

# Responsabilidade de pessoas jurídicas e físicas em matéria de corrupção: o regime jurídico da Lei nº 12.846/2013

**Bruno Fernandes Dias**

Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** São examinadas as regras positivadas pela Lei nº 12.846/2013 de responsabilização objetiva, administrativa e civil, de pessoas jurídicas, pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira; bem como de responsabilização individual dos dirigentes, administradores e gestores públicos, à luz de instrumentos internacionais e estrangeiros correlatos e dos parâmetros correspondentes de outras normas brasileiras.

**Palavras-chave:** Corrupção. Responsabilidade de pessoas jurídicas e físicas. Lei nº 12.846/2013.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Instrumentos internacionais e estrangeiros de combate à corrupção – 3 A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas – 4 A responsabilidade individual das pessoas físicas envolvidas – 5 A responsabilidade do gestor público envolvido – 6 Reflexões críticas sobre a técnica de responsabilização na Lei nº 12.846/13 – 7 Conclusões – Referências

## 1 Introdução

A objetivação da responsabilidade da Administração Pública, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição, tem sido vista com naturalidade pelos operadores do direito brasileiro desde as primeiras lições de Direito Administrativo recebidas na faculdade. Nesse dispositivo, o constituinte não estabelece, em verdade, mais do que uma hipótese em que uma pessoa jurídica — no caso, de direito público ou de direito privado, prestadora de serviços públicos — responde por danos causados por seus agentes, pessoas físicas. A norma, em si, adiciona poucas condicionantes a essa ideia geral, mas é amplamente debatida nos tribunais. As disputas já alcançaram o debate sobre a repercussão geral de controvérsias tratando da responsabilidade da Administração em casos de morte de detento<sup>1</sup> e de prestadoras de serviço público em relação a terceiros não usuários do serviço.<sup>2</sup>

Com a edição da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, essa mesma naturalidade deverá ocorrer quando se pensar na responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. Chamada de lei de anticorrupção, a norma tem recebido grande atenção da comunidade empresarial

brasileira. Para confirmar o que se disse, basta ver o que se escreveu sobre essa lei nos periódicos. Já se afirmou que a legislação foi aprovada às pressas, como uma reação às manifestações populares de junho de 2013,<sup>3</sup> passando pela observação de que os mecanismos de *compliance* exigirão dos agentes econômicos grandes investimentos, inclusive estrangeiros,<sup>4</sup> e chegando à pura admiração... condicionada à forma como a lei vier a ser regulamentada.<sup>5</sup> Elementos alheios ao conteúdo da lei, e próprios da atuação dos órgãos públicos responsáveis por aplicá-la, também ganharam notoriedade. Chegou a ser noticiada a posição informal de autoridades da cúpula da administração federal, em tom quase de advertência, sobre a total independência e desvinculação da aplicação da norma pelos Estados e Municípios,<sup>6</sup> ainda que se tenha observado uma certa deferência dos entes menores ao aguardar a regulamentação federal para também se posicionar sobre alguns pontos em aberto na legislação, especialmente os critérios para avaliação dos programas de *compliance* das empresas.<sup>7</sup> A legislação também levantou a questão sobre a falta de regularização de *lobby* e o desincentivo ao empreendedorismo.<sup>8</sup> Mais prosaicamente, tem-se notícia de que a lei gerou efeitos os mais diversos, como a demissão de executivos da alta cúpula;<sup>9</sup> a popularização de códigos de conduta e ética entre empresas;<sup>10</sup> a diminuição na contratação de despachantes externos

<sup>1</sup> ARE nº 638467 RG, Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 20.09.2012, Acórdão Eletrônico DJe-195, divulg 03.10.2012, public 04.10.2012.

<sup>2</sup> RE nº 591874 RG, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 23.10.2008, DJe-222 divulg 20.11.2008 public 21.11.2008 Ement Vol-02342-20, p. 04109

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3238750/lei-anticorruptao-leva-empresas-investir-em-programa-de-compliance>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

<sup>4</sup> O projeto de lei foi apresentado em 19 de junho de 2013. Vide <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=113244](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=113244)>. Acesso em: 12 jul. 2014.

<sup>5</sup> <<http://www.economist.com/blogs/schumpeter/2014/01/brazil-s-new-anti-corruption-law>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

<sup>6</sup> Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3240610/sao-paulo-prepara-regulamentacao-da-lei-anticorruptao>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/lei-anticorruptao-levantamento-aponta-baixo-numero-de-investigacoes-83413693>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

<sup>8</sup> ROVAL, Armando Luiz. Lei Anticorrupção, desestímulo empresarial? *Valor Econômico*, 02 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3570458/lei-anticorruptao-desestimulo-empresarial>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/3303002/compliance-faz-parte-do-negocio>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/3349886/politicas-claras-fortalecem-postura-etica-nas-empresas>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

para a obtenção de documentos;<sup>11</sup> o treinamento especial de funcionários que lidam com autoridades públicas;<sup>12</sup> a distribuição de questionários e aumento no escrutínio de serviços terceirizados de escritórios de advocacia, consultoria e contabilidade.<sup>13</sup>

Diversos setores privados e governamentais participaram das tratativas e elaboração da norma. Entre os primeiros, o Sebrae, a Febraban, a Fiesp, o Instituto Ethos, a CNI e a Price Waterhouse Coopers. Entre os outros, a Controladoria-Geral da União, Casa Civil, os ministérios da Justiça e do Planejamento, a Receita Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Advocacia-Geral da União.<sup>14</sup> Mais do que as pessoas jurídicas destinatárias da norma, é claro, e mesmo as pessoas jurídicas e entidades de direito público interessadas na instrumentalização eficiente do combate à corrupção, é apenas natural que o tema seja caro à população em geral. Empobrecidas muito em função do fenômeno da corrupção, algumas partes do continente americano tiveram índices impressionantes, acima de 60%, para o número de pessoas que tiveram que pagar algum tipo de propina no ano de 2012.<sup>15</sup> Para a advocacia pública, em particular, o tema é bastante relevante. Mais do que genericamente visar à proteção do patrimônio público, o que por si só é de interesse direto dos advogados públicos, a lei possui disposições expressas atribuindo competência aos órgãos de representação dos entes públicos. O legislador positivou, nesse sentido, a necessidade de manifestação prévia da advocacia pública quando da aplicação das sanções (art. 6º, §2º); previu, por igual, a sua atuação quando do ajuizamento de ações judiciais objetivando, dentre outros, o perdimento de bens, a suspensão ou interdição parcial das atividades ou a dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19).

O governo federal não foi o único ente a legislar sobre a matéria. Com um caráter predominantemente procedimental, o Decreto nº 60.106, de 29 de janeiro de 2014, disciplina, no Estado de São Paulo, a aplicação da lei federal, prevenindo a participação da Procuradoria-Geral do Estado em diversas fases do respectivo processo administrativo, inclusive para sanar controvérsia entre

a Corregedoria-Geral da Administração e dirigentes de entes da Administração indireta e fundacional (art. 2º, §2º). Já no Tocantins, o Decreto Estadual nº 4.954, de 13 de dezembro de 2013, praticamente configura um diploma autônomo, colacionando as regras básicas da norma, mesmo formato adotado pelo Decreto Estadual nº 10.271, de 21 de fevereiro de 2014, do Estado do Paraná. No Estado do Rio de Janeiro, o Projeto de Lei nº 2.730/2014, de iniciativa parlamentar, tramita na Assembleia Estadual desde fevereiro de 2014. Reproduzindo em muitas partes a lei federal, o projeto remete à regulamentação do Poder Executivo, nos termos do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 12.846, os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos de prevenção à corrupção que as pessoas jurídicas poderão implementar como forma de, caso venham a cometer irregularidades, terem suas penas moduladas.

A lei federal, por sua vez, conta com 31 artigos, divididos em um capítulo sobre disposições gerais (arts. 1º a 4º); sobre atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira (art. 5º); sobre a responsabilização administrativa (arts. 6º e 7º); sobre o processo administrativo de responsabilização (arts. 8º a 14); sobre o acordo de leniência (arts. 16 e 17); sobre a responsabilização judicial (arts. 18 a 21); e sobre as disposições finais (arts. 22 a 31). Neste estudo, a par de algumas noções gerais acerca da norma, são abordadas: (i) a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública; e (ii) a responsabilidade individual dos dirigentes, administradores; (iii) a responsabilidade de gestores públicos.

## 2 Instrumentos internacionais e estrangeiros de combate à corrupção

A Lei nº 12.846 não apenas se aplica a atos praticados em outros países<sup>16</sup> e a atos praticados por pessoas jurídicas não brasileiras, como se liga à comunidade jurídica internacional desde a sua própria origem. Ela foi o resultado de um instrumento de direito internacional ratificado pelo Brasil em matéria de combate à corrupção. Tanto assim que o seu art. 5º, ao descrever, em linhas gerais, o que a lei pretende tutelar, faz menção conjuntamente ao patrimônio público nacional ou estrangeiro, aos princípios da Administração Pública e aos

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3398166/companhias-investem-em-programas-contra-corrupcao>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://www.valor.com.br/carreira/3411006/empresas-apertam-cerco-contra-fraudadores>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

<sup>13</sup> Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3420908/escritorios-sao-investigados-por-clientes>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

<sup>14</sup> Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3505506/regulamentacao-da-lei-anticorrupcao-depende-de-dilma>>. Acesso em: 1 ago. 2014.

<sup>15</sup> Disponível em: <<http://dailysignal.com/2013/02/19/corruption-victimizes-the-poor-in-the-americas/>>. Acesso em: 4 ago. 2014.

<sup>16</sup> “Art. 28 – Esta Lei aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.”

Os parágrafos do art. 5º, a seu turno, definem o que deve ser entendido como “administração pública estrangeira” e “agente público estrangeiro”.

“compromissos internacionais assumidos pelo Brasil”. A técnica do direito internacional, aqui, não deve causar maior surpresa. Das diversas formas de interação entre o direito interno e o direito internacional, são, de fato, comuns as hipóteses em que o país, em vez de incorporar um tratado ele próprio aplicável no âmbito nacional, introduz uma legislação autônoma em consonância com os parâmetros delineados numa norma internacional. Embora a Lei nº 12.846 possa ser citada mais diretamente como um exemplo desse segundo caso, a verdade é que em matéria de combate à corrupção outras iniciativas do Brasil têm se destacado, inclusive sob formato distinto, como o plano de ação concebido no âmbito do G-20.<sup>17</sup>

No que diz respeito à Lei nº 12.846, o instrumento internacional relevante é a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, comumente chamada de Convenção Anticorrupção. Elaborada ao longo dos anos 90 do século passado e assinada em 1997, a Convenção foi ratificada pelo Brasil, e o respectivo instrumento depositado em agosto de 2000. Considerada como uma reação à pressão política exercida pelos Estados Unidos para que surgissem em outros lugares do mundo legislações de caráter semelhante à dos americanos, assim não sujeitando as empresas do país a padrões de conduta mais rigorosos que pudessem prejudicar a sua competição no mercado global,<sup>18</sup> a Convenção atualmente é aplicada em 40 países. Jurisdições entre as mais avançadas economicamente, como a dos Estados Unidos, Canadá, Alemanha e Reino Unido, colocam-se lado a lado na aplicação dessa Convenção com países emergentes, como México, África do Sul, Rússia e Turquia.

A Lei nº 12.846, como um estatuto praticamente autônomo e com escopo formalmente até maior do que o objeto original do tratado, de vez que abrange crimes praticados contra a administração estrangeira, mas também aqueles praticados contra a administração brasileira, foi apenas uma das inovações introduzidas no direito brasileiro como decorrência dessa Convenção. Em 2002, a Lei nº 10.467 já havia alterado o Código Penal, disciplinando os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira. Uma lacuna, todavia, persistia, tanto em relação aos atos

que *nacionais brasileiros* pudessem praticar *fora do país*, corrompendo *autoridades públicas estrangeiras*, como, igualmente, em relação a atos que *brasileiros e estrangeiros* pudessem praticar *no Brasil*, corrompendo *autoridades nacionais*: a responsabilização da pessoa jurídica eventualmente utilizada como instrumento da ilicitude. Em documento elaborado em 2007, depois de uma visita ao país, representantes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico registraram a complexidade das relações econômicas transnacionais, o frequente cometimento de crimes de corrupção por meio de empresas e a dificuldade de se responsabilizar somente os indivíduos envolvidos, e não as pessoas jurídicas beneficiadas pelos atos.<sup>19</sup> A lacuna na legislação brasileira chegou a ser percebida como um obstáculo “para a efetiva implementação de outras obrigações do Brasil sob a Convenção, em particular em respeito à lavagem de dinheiro, cooperação jurídica mútua e confisco”.

Não é somente no Brasil, os fatos provam, que acontecem casos de corrupção. A comunidade internacional tem assistido, perplexa, inúmeros casos de corrupção doméstica, bem como, na linha do objeto mais caro à Convenção, de corrupção internacional. Em muitos deles autoridades americanas têm conseguido aplicar os dispositivos de direito interno — *Foreign Corrupt Practices Act* — para alcançar multinacionais de outros países ricos e incidentes em corrupção em países pobres.<sup>20</sup> A conexão com os Estados Unidos pode ser mais ou menos fraca, mas, em geral, ocorre pelo fato de as operações, como a remessa de divisas, serem realizadas desde instituições financeiras americanas. As autoridades americanas exercem igualmente a sua competência punitiva quando a empresa tem papéis sendo vendidos no mercado acionário americano.

<sup>19</sup> Report on the application of the Convention on Combating Foreign Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions.

“International experience suggests that corporate entities are frequent vehicles for the payment of bribes, and the use of elaborate financial structures and accounting techniques to conceal the nature of transactions is commonplace. In relation to large companies which are often characterized by complex corporate structures, decentralized operations and multiple layers of decision-making authority, it will often be difficult for investigators to attribute responsibility to any one specific individual. The failure to take proper account of the role of legal entities in foreign bribery could result in insufficient attention being paid to them in detection efforts, as well as in targeting measures of deterrence and prevention. In addition, the absence of liability of legal persons may present a significant obstacle to the effective implementation of other obligations by Brazil under the Convention, in particular in respect of money laundering, mutual legal assistance and confiscation”. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/anti-briberyconvention/39801089.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://www.thefiscaltimes.com/Articles/2011/12/13/The-Ten-Largest-Global-Business-Corruption-Cases>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

<sup>17</sup> Disponível em: <[http://www.g20civil.com/documents/Final\\_G20\\_Anti-corruption\\_Working\\_Group\\_progress\\_Report.pdf](http://www.g20civil.com/documents/Final_G20_Anti-corruption_Working_Group_progress_Report.pdf)>. Acesso em: 03 ago. 2014.

<sup>18</sup> TRAUTMAN, Lawrence J.; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *The Foreign Corrupt Practices Act: Minefield for Directors*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1930190>>. Acesso em: 19 jul. 2014, p. 157.

Desde os anos 70 essa legislação já existe, mas recentemente é que passou a ser aplicada com mais desenvoltura, se bem que ainda com baixa incidência de casos sendo levados aos tribunais para julgamento. As cifras dos acordos celebrados, de qualquer forma, comumente atingem as centenas de milhões de dólares. Essa conjuntura tem impactado o próprio volume de investimento americano em países considerados como sendo afetados pela corrupção, já que diretores das matrizes podem acabar sendo punidos por atos de corrupção praticados por empregados nas subsidiárias, fenômeno que se manifesta, igualmente, com o arrocho em fusões e aquisições.<sup>21</sup>

Tendo sido editada em momento posterior, a Convenção Anticorrupção traz, no seu art. 2º, a previsão de que “each party shall take such measures as may be necessary, in accordance with its legal principles, to establish the liability of legal persons for the bribery of a foreign public official”. O comentário que a própria OCDE faz a esse dispositivo é claro no sentido da desnecessidade de caracterização desse tipo de responsabilidade como devendo ser de natureza criminal, o que, no Brasil, sequer pode seriamente ser considerado um obstáculo. Isso porque os preceitos do direito ambiental e do direito concorrencial já adquiriram, há muito, uma feição penal para as pessoas jurídicas que praticarem os ilícitos descritos nas respectivas legislações. A compatibilidade material da Convenção com o ordenamento brasileiro pode ainda ser vislumbrada num outro dispositivo, em cuja leitura se percebe a tendência de harmonização com que o instrumento internacional pretende se relacionar com todos os direitos internos dos países signatários: “this Convention seeks to assure a functional equivalence among the measures taken by the Parties to sanction bribery of foreign public officials, without requiring uniformity or changes in fundamental principles of a Party’s legal system”. O capítulo das sanções propriamente ditas, da mesma forma, não preconizando abertamente a subjetivação ou a objetivação da responsabilidade, determina que as sanções de caráter não criminal que venham a ser estabelecidas, incluídas as penas pecuniárias, sejam efetivas, proporcionais e dissuasivas. Os comentários da OCDE esclarecem, além disso, que as outras penas que a Lei nº 12.846 contemplou se alinham às práticas internacionais, a saber: “exclusion from entitlement to public benefits or aid; temporary or permanent disqualification from participation in public procurement or from the practice of other commercial activities; placing under judicial supervision; and a judicial winding-up order”

<sup>21</sup> Disponível em: <<http://www.economist.com/node/21529103>>.

Outro diploma estrangeiro de destaque na matéria é a legislação britânica. O *U.K Bribery Act*, que entrou em vigor em julho de 2011, consagrou, no ponto da modalidade responsabilidade das pessoas jurídicas, a chamada *strict liability*,<sup>22</sup> a qual pode ser identificada com a responsabilidade objetiva porque se volta para punir as pessoas jurídicas por não possuírem programas de prevenção à corrupção. Quer dizer: aceita-se que, no caso concreto, mesmo que não tenha agido intencionalmente, a pessoa jurídica possa ser responsabilizada por prática de corrupção. O que se pretendeu atingir com a legislação, intuitivo o quanto se possa querer, ganha importância concreta ao se examinar o documento produzido pelo Ministério da Justiça a fim de cumprir os preceitos de uma análise séria de impacto regulatório.<sup>23</sup> Uma peculiaridade da visão britânica, por exemplo, é a do reconhecimento de que uma legislação nessa matéria, pela sensibilidade natural em torno do assunto, exige um compromisso imediato de revisão mandatária e próxima do teor normativo. Isso se faz — no caso britânico, o prazo estipulado para tal revisão foi de 3 a 5 anos — de modo a reequilibrar eventuais custos que os benefícios trazidos pela lei não são capazes de cobrir.

### 3 A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas

O art. 1º da lei desde logo afirma que o seu objeto normativo é a “responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas”. O legislador qualificou de objetiva tal responsabilidade sem mencionar o fato de que a análise e a eventual conclusão pela responsabilidade poderão ocorrer *independentemente da culpa do agente*. Uma alusão didática, nesse sentido, é feita, por exemplo, pelo art. 12 do Código de Defesa do Consumidor. Tão consagrada no Brasil é a oposição conceitual entre responsabilidade objetiva e subjetiva,<sup>24</sup> no entanto, a opção legislativa poderá ser considerada mais o reflexo de uma má técnica do que uma incongruência jurídica. Em termos sucintos, e partindo ambas da ocorrência de um dano, a responsabilidade objetiva é caracterizada pela verificação de um fato, de um resultado e de umnexo causal; ao passo que a responsabilidade subjetiva, na linha do art. 18, II, do Código Penal, estará presente se o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência

<sup>22</sup> TRAUTMAN, Lawrence J.; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *Lawyers, Guns and Money: the Bribery Problem and UK Bribery Act*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2276738>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

<sup>23</sup> Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bills-acts/bribery-bill-ia.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

<sup>24</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39.

ou imperícia. Desde sua concepção, porém, a Lei nº 12.846 tinha por alvo a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e subjetiva, dos seus agentes.<sup>25</sup> Na comunicação conjunta da Controladoria-Geral da União, do Ministério da Justiça e da Advocacia-Geral da União, ainda em 2009, já se chamava de *salutar* e *inovadora* a opção pela objetivação.<sup>26</sup> Foi essa também a percepção que se teve quando da tramitação do projeto de lei pelo Senado.<sup>27</sup>

Em matéria de corrupção e de responsabilidade de pessoa jurídica, o próprio direito internacional que serviu de base para a edição da legislação guiava-se pelo parâmetro da responsabilidade subjetiva: a Convenção,<sup>28</sup> em seu art. 1(1), coloca em termos claros que somente a conduta intencional será punida.<sup>29</sup> No caso do direito nacional, por sua

vez, até mesmo a legislação civil (art. 932, III, do Código do Civil) estipula a responsabilidade objetiva do empregador por seus empregados, no exercício do trabalho que lhe compete.

É interessante notar que o inciso X do art. 7º da lei, o qual foi vetado, trazia uma previsão que tangenciava o elemento da culpa, porém sob o ponto de vista do servidor público envolvido na ilicitude. A respectiva sanção da empresa, segundo a norma vetada, seria definida levando-se em conta “o grau de eventual contribuição da conduta de servidor público para a ocorrência do ato lesivo”. No mesmo sentido, o §2º do art. 19 também foi vetado.<sup>30</sup> Com isso, excluiu-se a previsão de que as sanções de suspensão, dissolução compulsória e proibição de receber incentivos também precisariam da comprovação da culpa ou dolo.

O art. 2º da lei também alude a essa objetivação, estatuiuindo que “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”. O escopo da legislação, aqui, vai se delineando, uma vez que *somente os atos lesivos previstos na Lei nº 12.846*, e não algum outro que eventualmente seja praticado em detrimento da Administração Pública, resultarão na responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas. Mais do que isso, também condiciona a aplicação da norma o fato de que tais atos devam ser praticados, exclusivamente ou não, *no interesse ou a benefício* da pessoa jurídica. Assim, embora a verificação prática possa até levar à conclusão de que são tantos os atos lesivos previstos na lei que nada mais sobreria fora do seu alcance; e embora a noção de interesse e benefício da pessoa jurídica possa ser interpretada tão largamente que quase sempre se iria concluir que o pressuposto para a aplicação da lei estaria presente, o fato é que o desenho geral da norma é o de selecionar, em alguma medida, as condutas que desembocarão na responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas.

Nesse ponto, aliás, a restrição à responsabilidade (genérica ou objetiva) parece ser muito mais pronunciada do que aquela prevista no art. 37, §6º, da Constituição, que simplesmente remete à ideia de danos causados por agentes públicos, nessa

<sup>25</sup> NETO, Ary Azevedo Franco Neto. Problemas da Lei Anticorrupção. *Valor Econômico*, 10 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3511822/problemas-da-lei-anticorruptcao>>. Acesso em: 12 jul. 2014. No mesmo sentido de destaque do direito penal: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Ponderações sobre o *compliance* criminal. *Valor Econômico*, 01 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3599626/ponderacoes-sobre-o-compliance-criminal>>. Acesso em: 12 de julho.

<sup>26</sup> “Disposição salutar e inovadora é a da responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Isso afasta a discussão sobre a culpa do agente na prática da infração. A pessoa jurídica será responsabilizada uma vez comprovados o fato, o resultado e o nexo causal entre eles. Evita-se, assim, a dificuldade probatória de elementos subjetivos, como a vontade de causar um dano, muito comum na sistemática geral e subjetiva de responsabilização de pessoas naturais” Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130589&tp=1>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

<sup>27</sup> “Concordamos com o estabelecimento de responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas nos casos definidos no projeto. Com efeito, a exigência de comprovação de dolo ou culpa poderia conduzir à ineficácia os mecanismos nele previstos, dadas as dificuldades enfrentadas no processo de responsabilização de pessoas jurídicas, para a identificação do elemento subjetivo do ilícito. Além disso, a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas não constitui nenhuma novidade no Direito Brasileiro. Entre os casos previstos na legislação, podemos citar os disciplinados no Código de Defesa do Consumidor, na legislação ambiental e, no própria Código Civil, a responsabilidade fundada na teoria do risco”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=131960&tp=1>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

<sup>28</sup> Veja-se, com omissão nas referências “The Convention only applies to those who intended to commit the act of bribery of a foreign public official, as defined by the Convention. Similarly, U.S.’s FCPA requires a finding of “corrupt intent.” The Brazilian Act goes beyond this requirement, and imposes strict liability, civil and administrative, on legal entities. Therefore, as long as the offense was committed in the interest of the legal entity, or for its benefit, the legal entity will be liable. There is no need to prove negligence or willfully corrupt conduct. President Rouseff was quoted as saying, “what do we have to lose?” while explaining her decision to exercise her line item veto power to delete any fault or intent requirement from the law. She believed that such requirements would result in insufficient disincentives for engaging in the offense of bribery of public officials.” ZAHEER, Sonia. Brazil’s Landmark Clean Companies Act: Comparison to the OECD Anti-Bribery Convention and Issues (March 1, 2014). p. 20-21. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2417155> ou Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2417155>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

<sup>29</sup> “Art. 1 (1) Each Party shall take such measures as may be necessary to establish that it is a criminal offence under its law for any person intentionally to offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a foreign public official, for that official or for a third party, in order that the official act or refrain from acting in relation to the

performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business.”

<sup>30</sup> As razões do veto foram as seguintes: “Tal como previsto, o dispositivo contraria a lógica norteadora do projeto de lei, centrado na responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas que cometam atos contra a administração pública. A introdução da responsabilidade subjetiva anularia todos os avanços apresentados pela nova lei, uma vez que não há que se falar na mensuração da culpabilidade de uma pessoa jurídica”.

qualidade, a terceiros. Isso pode ser dito, também, sob o ângulo da restrição de escopo da norma positivada no art. 5º da lei. Ali, não obstante o *caput* sugerir que atos que genericamente atentassem contra o patrimônio público, contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, pudessem resultar na responsabilização objetiva, o fato é que os incisos trazem definições mais ou menos fechadas das condutas puníveis. Mais do que isso, o formato da lei sequer coloca em questão uma possível dúvida a respeito da natureza da responsabilidade, relativamente à noção de *prejuízos causados* pelo agente, indicativo de uma responsabilidade subjetiva, e a noção de *prejuízos sofridos* pela vítima, indicativo de uma responsabilidade objetiva por atos genéricos. A objetividade alcança, como visto, a própria conduta, taxativamente descrita na lei.

O elemento da negligência é levado em consideração pelo legislador, ao menos de maneira indireta e parcial. O art. 7º estabelece que para a aplicação das sanções serão levados em consideração um fator externo à conduta delituosa em si, e possivelmente revelador de uma não negligência na condução dos negócios da pessoa jurídica e na adoção de medidas tendentes a evitar situações ilícitas: 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.

Por fim, cabe apontar alguns desdobramentos do objeto da responsabilidade como sendo de caráter *administrativo* e *civil*. Ao menos uma breve menção deve ser feita aos tipos de conduta que gerariam uma e outra modalidade de responsabilidade, bem como aos tipos de sanção aplicáveis em cada caso. Para essa finalidade, não basta a leitura do art. 5º da lei, o qual enumera, em caráter taxativo, os atos lesivos à Administração Pública. Isso porque, a despeito de se poder classificar os tipos segundo algum critério mais ou menos útil, todos eles são compatíveis com a sistemática que a lei cria para o procedimento de responsabilização administrativa (arts. 6º e 7º), bem como com o procedimento de responsabilização judicial (arts. 18 a 21). Há mesmo a previsão expressa de que “a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial” (art. 18), e que as condutas descritas no art. 5º também ensejarão essa última modalidade de responsabilidade (art. 19). Argumentavelmente, as circunstâncias do art. 7º, formalmente inseridas somente no capítulo da responsabilidade administrativa, servirão de referência igualmente para a aplicação das “sanções judiciais” descritas no art. 19.

#### 4 A responsabilidade individual das pessoas físicas envolvidas

A relação geral entre pessoa jurídica e pessoa física envolvida, na lei, parece se guiar por uma espécie de horizontalidade, em que (i) a pessoa física pode ser punida, caso a empresa também o seja; (ii) a pessoa física não pode ser punida, caso a empresa não o seja; (iii) a empresa pode ser punida, ainda que a pessoa física não o seja. O *caput* do art. 3º e os seus parágrafos é que sugerem esse esquema.

Pelo *caput* do art. 3º, “a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou participe do ato ilícito”. Por essa diretriz, essas pessoas físicas poderão ser responsabilizadas, ainda que esteja em curso ou já tenha havido um procedimento civil ou administrativo que tenha resultado na punição da empresa. Como a lei não estabelece nenhum benefício de ordem, e sequer cogita de solidariedade, a atribuição de um sentido prático a esse dispositivo parece levar à conclusão de que se *ainda* não houver um procedimento punitivo contra a empresa, a pessoa física poderia vir responsabilizada, mas se esse procedimento já houver sido concluído, já com decisão pela não responsabilização da empresa, então, a pessoa física não poderia ser punida. Para reforçar essa leitura, o §1º do art. 3º, do contrário, de maneira tautológica, diz que “a pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*”. Ora, se a independência entre as responsabilidades já poderia ser razoavelmente extraída do *caput*, ou o §1º é inútil, ou então ele deve ser lido por oposição, para se concluir que a pessoa física será responsabilizada *dependentemente* da pessoa jurídica. Não parece ser necessária, assim, a construção de que a separação entre as responsabilidades da pessoa jurídica e da pessoa física tenha sido feita “na ânsia de evitar qualquer contágio subjetivista na responsabilidade civil da empresa”, nem que seja “curiosa” a situação jurídica na qual seja demonstrada a ausência de culpabilidade na conduta dos gestores e, mesmo assim, venha a empresa a ser responsabilizada.<sup>31</sup>

Complementando essa sistemática, o §2º do art. 3º estatui que “os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos

<sup>31</sup> PRISCO, Alex Vasconcellos. Responsabilidade civil na Lei Anticorrupção. *Valor Econômico*, 11 set. 2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3265812/responsabilidade-civil-na-lei-anticorruptcao>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

ilícitos na medida da sua culpabilidade”. É essa a orientação geral do direito americano também.<sup>32</sup> A norma faz menção somente aos *dirigentes* e *administradores*, ao passo que o *caput* deixa positivada a regra de que, para fins de responsabilização de pessoa física, além dessas duas figuras, qualquer outra pessoa natural pode ser *autora do ato ilícito*, bem como coautora ou partícipe. Quer dizer, uma pessoa física — que, em tese, não precisa nem ser vinculada à pessoa jurídica — pode ser autora de ato ilícito conexo à pessoa jurídica, desde que esse ato seja considerado *lesivo* no rol da lei e que se tenha revertido no interesse ou benefício da sociedade, ainda que de maneira não exclusiva. No entanto, pela leitura estrita do §2º, quando se estiver pensando em pessoas vinculadas à sociedade, somente dirigentes e administradores poderiam ser punidos, o que não abarcaria funcionários em geral, ainda que praticando os mesmos atos que a mencionada pessoa natural do *caput*. Uma proposta interpretativa é a de englobar todos esses agentes, na medida da sua culpabilidade, como possíveis responsáveis, contanto que a responsabilidade da sociedade ainda não tenha sido excluída por um processo administrativo conclusivo; isto é, contanto que já tenha havido uma punição da empresa, já tenha sido ou ainda seja possível instaurar tal procedimento, limitada por eventuais prescrições que possam favorecer a empresa ou as pessoas físicas envolvidas.

Nos Estados Unidos, por exemplo, diretores de empresas multinacionais, frequentemente envolvidos em operações internacionais e eventualmente em contato com autoridades públicas estrangeiras, já têm no próprio FCPA um conjunto de regras acerca de condutas criminalizadas em matéria de corrupção e de inadequado registro contábil. Às voltas com demandas de acionistas buscando indenizações por gastos da sociedade em acordos com as autoridades públicas aplicando o FCPA,<sup>33</sup> esses diretores sofrem a influência direta das legislações dos países com os quais fazem negócios.

<sup>32</sup> TRAUTMAN, Lawrence J.; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *The Foreign Corrupt Practices Act: Minefield for Directors*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1930190>>. Acesso em: 19 jul. 2014. “In order to be criminally liable under the FCPA, the person making, promising, or offering the payment must have a ‘corrupt intent’ and ‘the payment must be intended to induce to the recipient to misuse his [or her] official position to direct business wrongfully to the payor. Indeed, ‘the word ‘corruptly’ in the FCPA signifies, in addition to the element of ‘general intent’ present in most criminal statutes, a bad or wrongful purpose and an intent to influence a foreign official to misuse his official position’”.

<sup>33</sup> TRAUTMAN, Lawrence J.; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *The Foreign Corrupt Practices Act: Minefield for Directors*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1930190>>. Acesso em: 19 jul. 2014, p. 148.

## 5 A responsabilidade do gestor público envolvido

Em três planos se chega ou se chegou a cogitar da participação de um agente público tanto nos fatos que a Lei Anticorrupção visa a coibir e cuja prática ela pretende punir, como na estrutura para essa finalidade montada. Sinteticamente, são: (i) participação direta no esquema; (ii) participação nos órgãos administrativos responsáveis pela apuração dos fatos; (iii) omissão em apurar fatos irregulares de que tenha tomado conhecimento.

O primeiro plano, já comentado, foi objeto de veto, quando se quis retirar do escopo da Lei nº 12.846 qualquer avaliação sobre o comportamento do agente público corrompido como um fator de influência na responsabilização a ser feita contra a pessoa jurídica. Ainda que aproximado da figura do coautor e do partícipe, esses tratados no art. 3º, o agente, por inferência, continuará sendo regido pelo Código Penal e pela Lei de Improbidade Administrativa. As breves razões para o veto foram as seguintes: “tal como proposto, o dispositivo iguala indevidamente a participação do servidor público no ato praticado contra a administração à influência da vítima, para os fins de dosimetria de penalidade. Não há sentido em valorar a penalidade que será aplicada à pessoa jurídica infratora em razão do comportamento do servidor público que colaborou para a execução do ato lesivo à administração pública”. Teria enorme repercussão, é claro, uma disposição nesse sentido, uma vez que vários tipos descritos no art. 5º só se concretizam mediante a participação de um servidor público, embora em alguns casos se possa conceber uma atuação independente da pessoa jurídica em relação à qual nenhuma contribuição interna seja prestada na administração, como é o caso do inciso V.<sup>34</sup>

O segundo plano se dissemina por vários agentes, nas três esferas e nos três níveis federativos, dizendo respeito mais a uma definição de competências administrativas genéricas do que a uma imputação de responsabilidade da autoridade. Seria possível conceber uma eventual responsabilidade pelo não exercício dessas competências, mas a verdade é que a Lei Anticorrupção positivou tal responsabilidade somente no caso específico da autoridade que, sem estar envolvida no esquema de corrupção, deixa de adotar providências para a apuração dos fatos, nos termos do art. 27. A rigor, para além dessas competências, existem comandos na lei que, se não observados, poderiam

<sup>34</sup> Diz a norma: “dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”.

ensejar uma responsabilização de caráter administrativo-funcional. Seria o caso, por exemplo, do comando do art. 6º, §2º, que determina a oitiva do órgão da advocacia pública previamente à aplicação das sanções; ou, então, do comando negativo contido no art. 8º, parágrafo único, que veda a subdelegação da competência para a instauração e o julgamento do processo de apuração da responsabilidade. Na mesma linha, consta uma determinação no art. 10, §3º, referente ao prazo de duração do processo administrativo, cuja inobservância não gera uma responsabilidade prevista na própria lei, mas que nitidamente assume um caráter funcional. O mesmo acontece com o art. 16, §1º, que limita a alguns requisitos específicos a celebração de acordo de leniência. A lei prevê, ainda, a obrigação dos órgãos em cujo âmbito houver sido aplicada sanção — e, argumentavelmente, de seus agentes — de informar e manter atualizado o Cadastro Nacional de Empresas Punidas, de que cuida o art. 22 da lei. Essa obrigação se estende para os casos de celebração de acordo de leniência, nos termos do art. 22, §3º, assemelhando-se à obrigação de informar e manter atualizado o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas.

Para além dos deveres funcionais correspondentes a competências administrativas previstas na lei, uma hipótese a ser mencionada, crucial para toda a estruturação do sistema de combate à corrupção, é a previsão de competência regulamentar traçada no art. 6º, parágrafo único.

Diante da determinação contida no *caput* do art. 7º, no sentido de que *serão* levados em consideração todos os fatores listados nos incisos, para fins de aplicação da sanção, a dúvida inicial é se a falta de regulamentação do parágrafo único constitui, ou não, uma barreira à própria punição. Se se considerar que sim, a mora na regulamentação pode, ela própria, ser considerada uma falta funcional capaz de gerar responsabilidade, no caso, da chefia do Poder Executivo.

Mais concreta, como já se pode imaginar, é a hipótese do art. 27. O seu viés parece ser claramente subjetivista, pois nela se delimita o indivíduo sobre quem recai o ônus legal e se lança como pressuposto o fato de que ele tem conhecimento das infrações. Em função do primeiro aspecto, entende-se que somente a autoridade máxima de cada órgão ou entidade, na linha do art. 8º, ou aquela a quem tenha sido delegada a competência de instaurar e julgar o respectivo processo administrativo, é destinatária da responsabilidade prevista no art. 27. Agentes públicos em geral, ainda que tenham tido contato com o assunto, não se enquadram na literalidade da norma, sendo duvidosa a possibilidade de que se possa alcançar tal enquadramento por

mera interpretação. Por outro lado, a subjetivação do comando se manifesta também na condição de que tal autoridade deva *ter conhecimento* das infrações, o que a princípio exclui os casos em que ela tenha conhecimento de fatos ligados a infrações, mas que eles próprios não sejam infrações, bem como aquelas situações em que a autoridade *devesse ter conhecimento*. Portanto, parece ter querido o legislador que aqui fosse aplicado o parâmetro da boa-fé subjetiva.

O assunto não se esgota nesse dispositivo, pois o art. 20 determina que, “constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa”, haverá o alargamento do escopo das ações ajuizadas pelo Ministério Público, ordinariamente limitadas às sanções descritas no art. 19, mas que, nessa hipótese, também poderão abranger aquelas listadas no art. 6º. A prática mostrará se serão aceitas, nessas condições, ações em que a dita “constatação” ocorrer após o ajuizamento da ação ministerial, provocando, em tese, certa transgressão processual da estabilização da demanda, bem como definirá exatamente os contornos da omissão, uma vez que num amplo espectro poderão estar situações em que as autoridades competentes falharam em punir; consideram inexistentes elementos para punir; ou simplesmente não concluíram os respectivos procedimentos de punição.

## 6 Reflexões críticas sobre a técnica de responsabilização na Lei nº 12.846/13

A intensificação dos debates sobre a responsabilidade civil e administrativa de pessoas jurídicas por atos de corrupção, a partir da edição da Lei nº 12.846, provavelmente se desdobrará, simultaneamente, na tentativa de explicar o alcance das novas normas, quando a lei não haja sido suficientemente clara, ou, mesmo quando tenha sido clara, quando simplesmente a lei represente algo novo demais; e, no mesmo ímpeto, buscará alinhar as críticas à própria existência dessa sistemática, já considerada por alguns como sendo, inclusive, inconstitucional. Inegavelmente, gera algum embaraço a tentativa, sem maiores refinamentos, do enquadramento da norma nas categorias do Direito Penal e a submissão aos princípios de que (i) não pode haver condenação sem apuração de culpa e (ii) a pena não pode atingir terceiros além do autor do ilícito. Até mesmo uma preocupação com acionistas dissidentes da deliberação tida por ilícita e punível, ou ainda os minoritários,<sup>35</sup> refreia o

<sup>35</sup> NETO, Ary Azevedo. Problemas da Lei Anticorrupção. *Valor Econômico*, 10 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3511822/problemas-da-lei-anticorrupcao>>. Acesso em: 04 ago. 2014.



entusiasmo que se possa ter em relação à lei, muito embora a esses terceiros prejudicados pareça estar reservada, em qualquer hipótese, a via do regresso. Antes de se passar propriamente ao exame dessas questões, no entanto, ao menos se apontarão aqui alguns elementos que também merecem a atenção da comunidade jurídica em geral, e da advocacia pública, como destinatária da lei, em particular.

Como quase tudo relacionado ao federalismo brasileiro, o fato de uma mesma norma ser aplicada em diversas unidades federativas, por si só, parece garantir que levará algum tempo até que as cortes e os estudiosos cheguem a algum consenso sobre o seu sentido e alcance. Essa descentralização já vem sendo objeto de duras críticas, como a de que os agentes locais podem acabar inaugurando procedimentos investigativos com o intuito de aumentar a receita por meio das multas aplicadas e revertidas ao órgão supostamente lesado. As referências, desejáveis ou não, dos Estados Unidos e do Reino Unido, de fato seguiram um caminho contrário e menos disperso numa pluralidade de órgãos.<sup>36</sup>

De benefício imediato da lei, vai-se consolidando uma postura geral das empresas de “eleição de valores e missão para conduzir os seus negócios, direcionados pela ética”, de resto verificada em iniciativas como a preponderância da governança corporativa nos Níveis 1 e 2 da Bolsa de Valores. Essa postura é acompanhada da percepção por parte do governo de que a corrupção acarreta não apenas perdas tributárias em decorrência de evasão fiscal, mas também a busca pelo Judiciário na tentativa de se defender, sem recolhimento, de cobranças consideradas abusivas.<sup>37</sup> A sensibilidade talvez não fique mais aguda em qualquer outro aspecto do que quando se considera a ausência, até o momento, de critérios para cumprimento do dever legal de estruturação de um programa de *compliance*, para os fins do art. 7º, VIII. O caminho não se consegue imaginar como sendo algo diferente da tentativa de se documentar “um genuíno esforço para descobrir e evitar violações à lei”,<sup>38</sup> e o da busca por se adotarem métodos de certificação internacional.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> FRANCO, Isabel. Apuração de ilícitos pela Lei Anticorrupção, *Valor Econômico*, 12 dez. 2013. Disponível em: <Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3367102/apuracao-de-ilicitos-pela-lei-anticorruptao>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

<sup>37</sup> Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/3303004/com-etica-competitividade-fica-maior>>. Acesso em: 1º ago. 2014.

<sup>38</sup> KRAIEM, Rubén; AKKERMANN, Gustavo. ‘Due diligence’ e práticas anticorrupção. *Valor Econômico*, 09 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3389320/due-diligence-e-praticas-anticorruptao>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

<sup>39</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo; DINIZ, Gustavo Saad. Mudanças na advocacia criminal corporativa. *Valor Econômico*, 14 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3479088/mudancas-na-advocacia-criminal-corporativa>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

Não tem causado maior consternação, contudo, que a Lei nº 12.846, assim como tantas outras leis editadas no país, não tenha sido precedida de uma Análise de Impacto Regulatório (AIR) que calcule os custos e os benefícios que a introdução da norma trará ao Brasil. Com mais razão para casos como o da Lei Anticorrupção, que pressupõem a montagem de um considerável aparato estatal e que, no mínimo conceitualmente, de forma tão marcante influenciam os atores econômicos, a AIR pode ser um instrumento formidável. A OCDE apresenta a AIR como sendo “tanto uma ferramenta e como um *processo decisório* para informar os tomadores de decisão quanto à possibilidade e à forma de regular para se atingirem objetivos de política pública”.<sup>40</sup> Em outras palavras: a AIR pretende auxiliar na elaboração de leis melhores, com redução de custos, descartando-se opções regulatórias anômalas e superando dificuldades não apenas em matéria de *compliance*, como também no tocante a riscos não previstos, distorções regulatórias, equívocos ou captura dos reguladores. A concretização disso se dá, prioritariamente, por meio de uma análise de custo/benefício.

Numa regulação tão ampla como a da Lei nº 12.846, estudos dessa natureza certamente seriam bem-vindos, pois poderiam examinar, sem trocadilhos, quem ganha quanto e quem paga quanto com a edição da lei. Longe de ser inviável, a realização de uma análise prévia de impacto regulatório — criticável ou puramente retórica o quanto se queira — foi levada a cabo no Reino Unido para a implantação do *UK Bribery Act*.<sup>41</sup> Na ocasião, teve-se oportunidade de debater a possibilidade de não se adotar nenhuma nova postura, de unicamente modernizar e consolidar os tipos de corrupção, ou de também introduzir uma nova figura de *failure to prevent bribery*, associável à noção de responsabilidade objetiva do Brasil. Custos e benefícios de cada uma dessas abordagens foram calculados ou ao menos levados em consideração. Dentre os custos, aqueles ligados à perda de negócios de outra forma concretizados mediante o pagamento de propinas; custos de *compliance*; custos de continuar corrompendo autoridades públicas, mas evitando os instrumentos de controle e execução da nova legislação; custos experimentados pelo governo para executar a legislação; custos de execução da legislação para as empresas britânicas, como o pagamento de multas. Entre os benefícios, foram citados a economia

<sup>40</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Regulatory Impact Analysis. A Tool for Policy Coherence*. 2009. p. 12.

<sup>41</sup> Impact Assessment of Bill on reform of the law on bribery. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bills-acts/bribery-bill-ia.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2014.

com o não pagamento de propinas, os benefícios intangíveis na reputação do governo e das empresas britânicas, e os benefícios ligados à ordem pública, mais bem estruturada pela legislação contra a corrupção.

Essas questões mais econômicas e menos jurídicas ficando de lado, um estudo realizado no âmbito da União Europeia didaticamente resumiu muitos dos pontos suscitados quando se pensa no arranjo estabelecido pela Lei nº 12.846 para responsabilizar as pessoas jurídicas, em geral, e para fazê-lo sob o viés da responsabilidade objetiva, em certa medida. Seria uma questão de justiça responsabilizar as pessoas jurídicas por atos de corrupção, uma vez que, muitas vezes, deliberadamente foram praticados atos lesivos ou simplesmente instaurada uma cultura de tolerância à corrupção. A descentralização das grandes empresas, dificultando ou tornando injusta e severa a responsabilização individual, acaba sendo um fator de incentivo a essa técnica, a qual também se presta à prevenção da tomada do interesse público por interesses corporativos. Os próprios riscos da corrupção incentivam a criação de medidas adequadas, pois tendem a ser avaliados mais racionalmente no nível das pessoas jurídicas: dados sugerem que, nos Estados Unidos, empresas sofrendo investigações dessa natureza perdem 9% do valor de mercado. Responsabilizar as empresas é também a reação esperada diante das complexas estruturas financeiras e técnicas de contabilidade que são comumente utilizadas para a prática da corrupção, expediente que também serve para o confisco do produto dos atos ilícitos e, em última análise, para robustecer o orçamento do governo e beneficiar o público prejudicado.<sup>42</sup>

A abordagem específica mediante a qual se apurará a responsabilidade também já vem sendo objeto de legislações e estudos fora do Brasil, quer sob o ângulo da *teoria da gerência* (em que o ato do chefe da empresa é um ato da própria empresa); quer sob o ângulo da *teoria do mestre-servo* (em que o mestre, isto é, a pessoa jurídica, é responsável pelo ato do servo, isto é, seus empregados). O mais que fuja a esse modelo associado, em alguma medida, à noção brasileira de culpa, já foi categorizado da seguinte forma, todas elas entendidas como sendo condizentes com a Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa: *falta objetiva* (em que a responsabilidade surge se a pessoa jurídica “mostrar uma falta de conceitos organizacionais, cultura corporativa, e esforços críveis

de *compliance*”); *falta de supervisão* (em que a responsabilidade surge se “um dos funcionários [da empresa] com poder relevante falha em supervisionar os subordinados adequadamente”); e, por fim, a *responsabilidade objetiva* (em que “a falta da pessoa natural é automaticamente imputada à pessoa jurídica”).<sup>43</sup>

Sobre o alcance do tipo de norma que a Lei nº 12.846 traz, a adoção de um modelo de responsabilidade objetiva, embora acarrete consequências relevantes no tocante à administração pública, repercute de maneira relativamente mitigada no campo da corrupção do setor privado. Isso se diz no terreno do perfil normativo, conquanto a responsabilização objetiva tenha ao menos a pretensão de dar conta de fenômenos de caráter mais econômico, como são o baixo índice de pagamento de sanções pecuniárias aplicadas por órgãos de regulação e fiscalização<sup>44</sup> e a alta rentabilidade da corrupção, a qual produz, em média, lucros dez vezes superiores ao valor da propina.<sup>45</sup> Posicionado como a 114ª<sup>46</sup> economia mais livre do mundo por uma importante *think tank*, num *ranking* que tenta avaliar critérios abrangentes, como o império do direito, a limitação governamental, a eficiência regulatória e a abertura de mercados, o Brasil tem no império do direito, com sua divisão entre proteção à propriedade e inexistência de corrupção, um de seus índices mais baixos. Que a adoção de medidas contra a corrupção surge como uma necessidade não se tem dúvidas, não obstante a crença já praticamente tornada folclórica de que, às vezes, uma lei é uma boa resposta para um problema, às vezes não; e, às vezes, apesar de boa, a resposta simplesmente não produz um resultado adequado. O autor, aliás, considera em algum nível proveitoso o fato de as manifestações de massa de 2013 ao menos terem resultado em alguma espécie de formalização jurídica. Nem fugiu muito à história o Brasil nesse ponto, pois também nos Estados Unidos a formalização do *Foreign Corrupt Practices Act* representou um desdobramento do choque social experimentado com o escândalo de *Watergate*.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Idem, p. 27.

<sup>44</sup> Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniao/3413104/lei-anticorruptcao-e-um-avanco-mas-nao-panaceaia>>.

<sup>45</sup> Liability of Legal Persons for Corruption Offences. Disponível em: <<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/Publications/EaP/Liability%20of%20Legal%20Persons%20for%20Corruption%20Offences.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2014.

<sup>46</sup> Disponível em: <<http://www.heritage.org/index/country/brazil>>. Acesso em: 04 ago. 2014. São citadas como fontes para esse *ranking*: *Transparency International, Corruption Perceptions Index, 2011*; *U.S. Department of Commerce; Country Commercial Guide, 2009-2012*; *Economist Intelligence Unit; Country Commerce 2009-2012*; *Office of the U.S. Trade Representative; 2012 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers*, além de publicações oficiais dos respectivos governos.

<sup>47</sup> ENGLAND, Catherine. The Foreign Corrupt Practices Act: a Case of Overkill? Disponível em: <[http://s3.amazonaws.com/thf\\_media/1981/pdf/ib74.pdf](http://s3.amazonaws.com/thf_media/1981/pdf/ib74.pdf)>. Acesso em: 4 ago. 2014, p. 1.

<sup>42</sup> Liability of Legal Persons for Corruption Offences. Disponível em: <<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/Publications/EaP/Liability%20of%20Legal%20Persons%20for%20Corruption%20Offences.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2014, p. 8.

Na Administração Pública, os atos que ensejam a responsabilidade são amplos e abrangem praticamente qualquer dano atrelado a praticamente qualquer conduta. Não é isso o que ocorre na Lei nº 12.846, uma vez que os atos lesivos que desencadeiam a responsabilidade das pessoas jurídicas possuem uma descrição bastante fechada. Em alguns casos, é até difícil transplantar a sistemática da imperícia, da negligência ou da imprudência para a análise de certas condutas das pessoas jurídicas ou de seus agentes. Não se imagina, por exemplo, submeter com facilidade atos como o de prometer, oferecer ou dar vantagem indevida a agente público, *com vistas ao interesse ou a benefício da pessoa jurídica*, aos testes de imperícia, negligência ou imprudência. Muito menos o de criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo. O modelo da responsabilidade objetiva, em casos assim, parece mais adequado, na medida em que dá mais importância à conduta em específico do agente, já valorada pelo legislador como sendo lesiva, e não a um agir genérico que, por causa da intenção malévola do agente, deva atrair a sua responsabilidade.

É claro, todavia, que a aplicação da responsabilidade objetiva não é um procedimento perfeitamente homogêneo. A consagrada necessidade de provar o fato, o resultado e o nexos, permanecerá desafiadora para o acusador e variará segundo o tipo envolvido. Isso porque no âmbito ordinário a averiguação da responsabilidade objetiva parte da premissa de que houve um dano, o qual atrairá a responsabilidade de um agente contanto que a ele seja atribuída uma conduta qualquer que comprovadamente cause esse dano. O cenário é distinto na Lei nº 12.846. A existência do dano, se não é deixada inteiramente de lado, é ao menos abrandada em alguns dos tipos, e pode ser consideradas como sendo *ipso facto*, em outras circunstâncias. No art. 5º, I, por exemplo, a simples promessa de vantagem indevida, mesmo que essa não se concretize, e mesmo que, em se concretizando, não cause prejuízo, é considerada ilícita; ao passo que, no inciso IV, “a”, a combinação para frustrar o caráter competitivo de procedimento licitatório público produz um dano praticamente presumido, de caráter econômico ou, ao menos, de atentado ao princípio democrático que vigora nessa matéria. Esse último exemplo remete o observador, é claro, à Lei nº 8.666, de junho de 1993, a qual não deixa de prever punições para a prática de determinados atos que negativa e ilicitamente afetam os procedimentos de licitação no Brasil. No Congresso Nacional essa duplicidade

normativa não passou despercebida<sup>48</sup> e o que se veio a constatar, em verdade, foi a lacuna que a Lei nº 8.666, assim como a Lei nº 8.429, de junho de 1992, deixa em relação à punição da pessoa jurídica.

Na mesma linha dessa diferença no que respeita à abertura conceitual e prática no campo do dano, é importante ressaltar que as condutas que ensejam a responsabilização, na Lei Anticorrupção, são enumeradas em caráter exaustivo. Portanto, é relevante a distinção — e talvez irrelevante a preocupação — com a suposta intromissão excessiva da lei. A limitação dos atos que causam a responsabilidade a uma lista específica, somada ao fato de que sempre que se cogitar tal responsabilização, a prova do ato é premissa necessária, ao menos em tese afasta a possibilidade de temeridades na hora da aplicação.

Lançadas essas bases gerais de interpretação e aplicação dos tipos, passa a exigir certo esforço atribuir algum sentido à condicionante “comprovadamente”, nos incisos II e III, do art. 5º.<sup>49</sup> A lei parece ter ido mal, pois nos demais incisos mesmo a responsabilidade objetiva não exclui a necessidade de prova das circunstâncias — não da intenção da pessoa jurídica e/ou de seus agentes — consideradas pelo legislador como sendo lesivas. Esse é o limite mínimo e máximo do esforço probatório, e não se concebe que os incisos atraíam uma atuação distinta. Por outro lado, sequer se pode imaginar que seja um tipo de prova distinto, como a prova documental, em oposição a outras modalidades, como a testemunhal.

Um espaço a ser desbravado pelos operadores é o do enquadramento das condutas na descrição

<sup>48</sup> Outrossim, embora a sistemática de responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas já [existisse] na Lei nº 8.666, de junho de 1993, para as hipóteses de atos lesivos praticados em licitações e contratos administrativos, aquela legislação possui ainda lacunas que urgem ser supridas. As duas principais lacunas referem-se à previsão das condutas e às sanções. As condutas mais graves são tratadas apenas na seção sobre crimes da Lei nº 8.666, de 1993, a qual não se aplica à pessoa jurídica que se beneficia da conduta ou que determina a prática do delito, e as sanções aplicáveis à empresa no âmbito da Lei de Licitações não atingem de modo eficaz o seu patrimônio, nem geram o efetivo ressarcimento dos danos causados à Administração Pública.

Outro importante diploma legislativo que pode ser aplicado contra condutas lesivas praticadas contra a Administração Pública seria a Lei nº 8.429, de 2 junho de 1992, a Lei de Improbidade Administrativa. Todavia, em sua disciplinar, a responsabilização da pessoa jurídica depende da comprovação do ato de improbidade do agente público, e as condutas descritas pela lei são de responsabilidade subjetiva, devendo ser comprovada a culpa dos envolvidos, com todos os inconvenientes que essa comprovação geral com relação às pessoas jurídicas. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130589&tp=1>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

<sup>49</sup> “Art. 5º (...) II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;”

abstrata da norma, sempre uma tarefa sofisticada e às vezes protetora ou abusiva de direitos, de acordo com o talento do operador. Por isso, a responsabilidade objetiva não deve representar, sem qualquer critério, um descompromisso de associar uma determinada conduta, que eventualmente tenha um resultado semelhante àquela descrita na norma, e simplesmente se construir o raciocínio de que a parte assumira riscos e que, portanto, deva ser responsabilizada.

De outro lado, uma noção muito desenvolvida em matéria de responsabilidade civil, a qual inevitavelmente aumenta a carga de casuísmo na hora de decidir, é a da culpa exclusiva da vítima. Isso porque em praticamente qualquer tipo de atividade econômica desenvolvida atualmente na sociedade, com seus complexos riscos, é possível conceber casos de agentes que deveriam se responsabilizar de maneira objetiva pelos danos decorrentes de suas atividades perante partes com as quais tenham relação jurídica e com terceiros, mas que, diante de todo bom senso, deveriam ter suas responsabilidades excluídas ou mitigadas pelo comportamento da vítima. Seria de se indagar se semelhante expediente também seria válido para o caso de corrupção. Quer dizer, se o comportamento da autoridade pública, talvez incitando a prática de ilícitos, não seria capaz de atenuar a responsabilidade da pessoa jurídica. Do ponto de vista estritamente positivo, a resposta é negativa, tendo a matéria sido objeto de veto. Além do mais, caberia a reflexão de que o intuito da Lei nº 12.846 é de proteger o patrimônio público, em geral. Logo, a vítima do ilícito, se não toda a coletividade, é a pessoa jurídica de direito público, e não os agentes que casualmente a representam. Logo, num Estado Democrático de Direito, por mais que se possa pensar que a corrupção esteja institucionalizada, a perversão individual ou coletiva jamais substituirá por completo os valores consagrados na Constituição e que fundamentam o funcionamento dos entes públicos. É este funcionamento regular, distorcido pela corrupção, que o direito deve tutelar e que à advocacia pública incumbe diariamente defender: punir quem pratica a ilicitude, independentemente do auxílio expansivo de alguém dos quadros públicos parece, afinal, ser um fim em si mesmo.

Mesmo a objetivação dessa responsabilidade encontraria alguma fundamentação teórica autônoma, se bem que o conjunto da obra da Lei nº 12.846 possa ter levado importantes doutrinadores a reverem posicionamentos anteriormente defendidos. Na obra de Fábio Medina Osório se destaca, a esse respeito, “a histórica possibilidade de se responsabilizarem pessoas jurídicas [no] terreno

[do direito administrativo sancionador]”<sup>50</sup> e que uma teoria da culpabilidade da pessoa jurídica deve se adaptar a essa realidade. Malgrado essa posição, em comentário mais recente e específico em relação à Lei nº 12.846, o doutrinador aparentemente considera desprovida de fundamento a responsabilidade objetiva.<sup>51</sup>

Além do suposto vício pela previsão de aplicação de sanções de caráter penal diretamente pelo poder executivo, sem a intervenção do Poder Judiciário,<sup>52</sup> a Lei Anticorrupção já foi apontada como sendo inconstitucional,<sup>53</sup> ao argumento, em síntese, de uma violação ao art. 173, §5º,<sup>54</sup> da

<sup>50</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*, p. 342. Mais adiante, na página 345, diz o autor: “Abstraindo-se, de qualquer modo, o problema da existência de um requisito de ‘culpa’ no comportamento da pessoa jurídica, já se disse que a própria culpabilidade, tão importante no terreno sancionatório, não é unívoca, não se revela, sempre e invariavelmente, com um único e imutável conteúdo, porque há categorias de tipos sancionadores que comportam algumas distinções importantes, que aceitam um menor ou maior rigorismo no reconhecimento da própria culpabilidade”.

<sup>51</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Lei anticorrupção dá margem a conceitos perigosos. Artigo publicado no portal jurídico Conjur, em 20 de setembro de 2013. “A Lei 12.846/13 ostenta natureza punitiva e deve submeter-se ao regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador. Nesse sentido, não é cabível falar em responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas para fins de imposição de penalidades administrativas. Cabe ao acusador o ônus da prova, que não pode ser invertido. Necessário trabalhar a culpabilidade da empresa, o que requer níveis prudenciais de conduta na tomada de decisões, para atender padrões de probidade (boa gestão), e é precisamente neste campo que pode surgir novo espaço para responsabilidade de pareceristas e maior consistência nos processos de tomada de decisões empresariais”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorruptao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

<sup>52</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A “Nova” Lei Anticorrupção brasileira (Lei Federal 12.846). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 82, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 02 ago. 2014.

<sup>53</sup> ZANCHIN, Kleber Luiz. Inconstitucionalidade da Lei Anticorrupção. *Valor Econômico*, 24 mar. 2014. “Desse modo, fica a questão: se a base dos sistemas de responsabilidade no Brasil é subjetiva e a responsabilização das pessoas jurídicas encontra limitações claras no texto da Constituição Federal, como pode a Lei nº 12.846, de 2013, estipular-lhes sanções fundadas em responsabilidade objetiva? A lei poderia sim ter reforçado o dever de indenizar todos os prejuízos provocados por atos de corrupção, apesar de o Código Civil já dar conta do assunto. Mas ao fixar punições como multa, suspensão de atividades e até dissolução compulsória parece ter extrapolado a matriz constitucional. Soma-se a isso a dúvida sobre a mensuração das penas. Ao contrário da responsabilidade penal, em que o julgador primeiro define uma punição (reclusão, por exemplo) e depois dosa seu rigor (seis a 20 anos, por exemplo), na Lei Anticorrupção a própria definição do tipo de pena estará sujeita à discricionariedade da autoridade pública, o que pode, paradoxalmente, gerar mais corrupção.” Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3490548/inconstitucionalidade-da-lei-anticorruptao#ixzz37IZyupN>>. Acesso em: 02 ago. 2014.

<sup>54</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§5º – A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

Constituição Federal. Limitando a análise à técnica da responsabilidade objetiva, a tese de que tal dispositivo só acobertaria a edição de uma lei prevendo a responsabilização das pessoas jurídicas “nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” — matérias essas já reguladas em legislações específicas —, impõe algumas observações. A primeira delas é a de que mesmo que uma lei já tratasse do tema, e o fizesse mediante a técnica da responsabilidade subjetiva, parece que o legislador teria toda liberdade para revogar o regime anterior por meio da edição de um novo ato normativo. Afinal, objetivar a responsabilidade já tem sido feito em tantas outras áreas do direito, inclusive no tocante à administração mesma, na própria Constituição, que esse expediente não poderia estar constitucionalmente vedado numa área em particular, pelo simples fato de que o legislador optou, em algum dado momento, pela via da subjetivação. Também parece pertinente notar que inexistente no dispositivo qualquer indicação do tipo de responsabilidade que constitucionalmente é admitido impor às pessoas jurídicas, quer nos atos ali mencionados, quer em outros que porventura também venham a atrair a responsabilidade de um dado agente. Por consequência, a opção entre objetivação e subjetivação poderia, de fato, ficar com o legislador, e não permanecer entrincheirada, invisível, na Constituição.

Por sua vez, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em temas correlatos, delineou alguns parâmetros a serem observados em matéria de responsabilização de pessoas jurídicas de direito privado, por ato de seus agentes. Em decisão recente,<sup>55</sup> posterior à própria edição da Lei nº 12.846, a Corte traçou o panorama básico desse tipo de responsabilidade, fazendo menção, inclusive, à já antiga Súmula nº 341, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “é presumida a culpa do patrão pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Desse esquema duplamente pautado pela culpa, extraído à época do art. 1.521, III, do Código Civil de 1916, passou-se para um arranjo de ampla aceitação e a aplicabilidade da responsabilidade objetiva, nos termos dos arts. 932, inciso III, c/c art. 933, do atual Código. Os fatos do caso, por coincidência, até tinham reflexo no escopo da Lei nº 12.846. Tratava-se de ação ajuizada por uma empresa contra uma instituição bancária, buscando a responsabilização dessa última em virtude de fraude cometida na boca do caixa e com participação da gerência da filial. O delito, indiretamente refletindo no patrimônio público, ocorria quando

da apresentação de cheques para o pagamento de tributos estaduais, sendo feitas manobras para se confeccionarem falsos comprovantes de quitação e se apostarem falsos endossos nos cheques. Posteriormente, esses cheques eram descontados em favor dos criminosos. Como os fatos ocorriam dentro de agência bancária, a Corte afastou a tese de fortuito externo, aludindo, inclusive, à recente Súmula nº 479, a qual prevê que “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

Largamente utilizada pelo legislador e pelas cortes, a técnica da objetivação da responsabilidade não afasta, em abstrato ou na prática, eventuais circunstâncias excludentes. Não exatamente em matéria de corrupção de agentes do governo, mas, em todo caso, tratando-se de hipótese de responsabilidade objetiva, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu casos de exclusão da ilicitude.<sup>56</sup> Um dos fundamentos do citado REsp nº 1380974/RJ, aliás, foi o art. 945 do Código Civil.<sup>57</sup> No entanto, examinando os autos, a Corte afastou a culpa concorrente da vítima, mesmo que os despachantes dessa última hajam tomado parte na prática ilícita. De certa forma, num só lance, o Tribunal *aplicou* à instituição financeira a *teoria da gerência*, porque o fato de um funcionário da alta hierarquia do banco haver participado do esquema formou o convencimento dos **juízes** de que o banco seria responsável; e *deixou de aplicar* à empresa lesada a teoria do *mestre-servo*, porque considerou que, embora envolvidos no esquema, os representantes da empresa eram meros despachantes ou *boys* de escritório. Cabível seria, em tese, cogitar de semelhante expediente no regime da Lei nº 12.846, a participação do servidor público na prática fraudulenta servindo de base para abrandar ou tirar a responsabilidade da empresa. Como visto, no entanto, o veto presidencial ao inciso X do art. 7º da lei quis obliterar qualquer discussão nesse sentido.

No campo da responsabilização individual, não já de servidores públicos, mas de agentes da pessoa jurídica corrupta, por outro lado, merece ser feita uma referência a um outro julgamento da Corte, se bem que anterior em alguns meses à edição da Lei nº 12.846.<sup>58</sup> Aqui a Corte se manifestou sobre a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade

<sup>55</sup> REsp nº 1380974/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17.12.2013, *DJe* 11.02.2014.

<sup>56</sup> AgRg no AREsp nº 381.863/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17.10.2013, *DJe* 04.11.2013.

<sup>57</sup> “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

<sup>58</sup> RHC nº 34.997/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 11.04.2013, *DJe* 24/04/2013

de penal de funcionário de empresa acusada de causar poluição em níveis ambientalmente relevantes, por lançamento de substâncias poluidoras em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos. Mesmo aceitando que a acusação não precisaria ser minuciosa relativamente à conduta de todos os agentes envolvidos na estrutura da empresa supostamente beneficiada, a Corte pontuou a inexistência de *responsabilidade penal objetiva* no Brasil, exigindo que o “titular da ação penal demonstre uma mínima relação de causa e efeito entre a conduta do réu e os fatos narrados na denúncia”. Argumentou também que não estava demonstrado que o funcionário “tinha conhecimento da conduta criminosa e, tendo o poder de impedi-la, não o fez”, destacando-se, por fim, que, “embora [a parte] participasse do Conselho de Administração (...), o certo é que na data dos fatos constante da inicial não ocupava nenhum cargo na diretoria da citada empresa”.

O esquema de horizontalidade na responsabilidade da pessoa jurídica e da pessoa física, já descrito anteriormente, não parece ser incompatível com as noções defendidas pelo Tribunal nesse caso. O fato de haver uma autorização, no art. 3º, da lei, para que as pessoas físicas sejam responsabilizadas ainda quando, pelos mesmos fatos, a pessoa jurídica já o tenha sido, não implica logicamente que a responsabilização daqueles primeiros não se submeta a condições próprias ligadas, de um modo ou de outro, à sua participação nos fatos. Talvez a importância maior dessa premissa de aplicação do art. 3º não seja a de limitar, num dado caso, a possibilidade de pessoas físicas serem punidas — a letra da norma, aliás, sugere justamente o contrário —, mas, sim, a possibilidade de selecionar dentre os potenciais puníveis os indivíduos que realmente tiveram algo a ver com a ilicitude. Se se tratar de dirigente ou administrador da pessoa jurídica, o primeiro requisito para ser punido, previsto no *caput*, já resta configurado. Se tais pessoas tiverem alguma culpabilidade, será no limite dessa culpabilidade, de acordo com o §2º, que elas serão responsabilizadas. Assim, mesmo sem se adentrar na distinção conceitual que a doutrina do direito penal realiza, entre os conceitos de culpa e culpabilidade, parecem úteis os enquadramentos que o Tribunal realizou no RHC nº 34.997/RJ. Por esse precedente, fica autorizado que a horizontalidade seja levada a cabo não somente quando haja prova circunstanciada da culpa do agente, ou mesmo dolo, mas também em situações menos nítidas, porém frequentemente encontradas na prática: situações em que não seja possível minudenciar a conduta de todos os agentes envolvidos na ilicitude, mas que as circunstâncias fáticas demonstrem que

a pessoa física se inseriu na cadeia de causa e efeito do crime, numa posição não subalterna dentro da empresa. Outro não poderia ser o entendimento quanto à existência de uma modalidade objetiva de responsabilidade, pois se para a sua configuração o elemento anímico sai de cena, o fato e a conduta do agente concorrendo para a sua ocorrência continuam sendo imprescindíveis.

A Corte já teve a oportunidade,<sup>59</sup> aliás, de se manifestar sobre as modalidades de responsabilidade de administradores e membros de Conselho Fiscal de instituições financeiras sob intervenção e liquidação extrajudicial, nos termos da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974. Uma primeira faceta do sistema é baseada na responsabilidade subjetiva, nos termos do art. 39 e 40 da lei. A modulação aqui é apenas a da possibilidade jurisprudencialmente desenvolvida de se aplicar uma inversão do ônus da prova, “de modo que compete aos administradores da instituição demonstrar que atuaram com o devido zelo, a fim de não serem responsabilizados pelos prejuízos causados”. Já o Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, instituindo um regime de administração especial temporária, é expresso, em seu art. 15, acerca da responsabilidade “independentemente da apuração de dolo ou culpa”, da figura do controlador da instituição financeira.

Como a Lei nº 12.846 parece não deixar dúvidas sobre a responsabilidade individual se submeter a um parâmetro não objetivo, tal como a das pessoas jurídicas, será interessante observar o desenvolvimento da jurisprudência acerca de temáticas que tangenciam a responsabilidade puramente subjetiva, como a da presunção pura e simples da culpa e a inversão do ônus probatório. Da mesma forma, o REsp nº 962.265/SP revelou uma preocupação do Superior Tribunal de Justiça de justificar<sup>60</sup> a escolha pela subjetivação da responsabilidade individual levando-se em conta a possibilidade, ou

<sup>59</sup> REsp nº 962.265/SP, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Quarta Turma, julgado em 14.06.2011, DJe 22.06.2011.

<sup>60</sup> Veja-se o seguinte trecho do voto: “Além disso, com relação aos argumentos de que a responsabilidade objetiva se fundamenta no risco profissional, ou na necessidade de se prestar garantia aos credores da instituição financeira, trata-se de argumentos que não se sustentam. É necessário lembrar que em grande parte das vezes as instituições financeiras são geridas por administradores empregados, que não se beneficiam dos bônus decorrentes da atividade desenvolvida pela instituição. Assim, não há sentido em se justificar sua responsabilização pelo proveito que aufeririam da atividade desenvolvida pelo banco. Muitas vezes, não são os administradores que criam, ou que gozam dos riscos criados pela atividade bancária, o que é admitido até mesmo por defensores da teoria objetiva (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, cit., p. 114-115, conforme observado por Ivo Waisberg, cit., p. 144-145). Além disso, nas hipóteses de administradores empregados, que não auferem os lucros da instituição, sua responsabilização como medida de garantia seria de pouco mais que nada. Muito mais efetivo seria buscar do acionista controlador da instituição financeira a justa reparação aos lesados, ainda que mediante mecanismos de desconsideração da personalidade jurídica.”

não, de os indivíduos se beneficiarem, eles próprios, das atividades desempenhadas pelas pessoas jurídicas e, em última análise, dos atos ilícitos por ela praticados, mas na órbita da esfera de atuação dos indivíduos. A rigor, se os atos praticados pelo agente correspondem às atividades normais da pessoa jurídica, mas porventura causam danos a terceiros, a responsabilidade do agente, sendo subjetiva, somente deveria mesmo existir em caso de culpa. Isso protegeria, de fato, os indivíduos que ordinariamente não lucram pessoalmente com as atividades em geral, e nem com atos danosos, em particular. Resta ver se a jurisprudência defenderá essa tese, entretanto, em todas as suas consequências, se se estiver falando de atividades não normais da empresa, ilícitas por definição do art. 5º da Lei nº 12.846: nelas existe um espaço considerável para se presumir uma vantagem pessoal do próprio agente, ou para se reprovar socialmente a conduta a um ponto tal que se admita, em termos processuais, a inversão do ônus da prova, como já aventado pelo Superior Tribunal de Justiça.

No tocante à transferência da responsabilidade de um indivíduo integrante da pessoa jurídica à época dos fatos, para outro que posteriormente venha a lhe suceder na titularidade das respectivas ações, ressalte-se mais uma vez que o art. 2º, §2º, da Lei nº 12.846 estabelece que os “dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade”. Essa regra parece vedar, na linha do que o próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>61</sup> já vinha fazendo, que as pessoas físicas que venham a fazer parte da pessoa jurídica respondam por atos sobre os quais elas não tiveram qualquer influência. Admitir isso seria admitir a responsabilidade penal objetiva no seu mais radical rótulo, o qual, sob o pretexto de não examinar a culpa, acabaria deixando de examinar os fatos. Já não tão favorável, porém tampouco puramente draconiano, é o tratamento que a Lei nº 12.846 confere às pessoas jurídicas resultantes de fusão ou incorporação. As sucessoras, nesse caso, por força do art. 4º, §1º, respondem pela “multa e pela reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas”, a menos que fique comprovada simulação ou evidente intuito de fraude. Isto é: para as pessoas jurídicas existe a responsabilidade civil mitigada e a responsabilidade administrativa condicionada. Inclusive, por analogia, essa estrutura da Lei nº 12.846 já foi usada, isentando de responsabilidade pessoal, para o caso de não haver má-fé, fraude ou simulação, as

instituições financeiras que incorporarem pessoas jurídicas que tenham sido punidas anteriormente, sem prejuízo da transferência de penas pecuniárias.<sup>62</sup>

## 7 Conclusões

A Lei nº 12.846 previu a responsabilização de pessoas jurídicas brasileiras por atos cometidos no território nacional, quando violarem determinados preceitos básicos do direito público brasileiro. Em assim fazendo, a lei quase ofuscou, por sua abrangência e rigor, os elementos — de certa forma de direito internacional — também contemplados como instrumentos de combate à corrupção e que se destinam a coibir atos praticados por empresas estrangeiras no Brasil e atos praticados por empresas brasileiras no exterior. As controvérsias que se seguiram à nova lei, com forte foco na técnica de objetivação desse tipo de responsabilidade, ainda estão amadurecendo, a vagueza com que se veem defendidas posições contrárias e favoráveis talvez se devendo a um vício na origem: a falta de um estudo de impacto regulatório abrangente que tivesse calculado os benefícios e os custos concretos dessa medida. Não obstante esse estado de coisas, o autor apresenta as seguintes proposições, na expectativa de singelamente contribuir para o debate:

- é constitucional e consentânea com o direito internacional a responsabilização, em caráter objetivo, de pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos descritos no art. 5º da Lei nº 12.846;
- o caráter objetivo dessa responsabilidade, embora dispense a demonstração da culpa da pessoa jurídica, não afasta a necessidade de comprovação da conduta dotada de nexos causal com a prática do tipo;
- a responsabilidade individual das pessoas físicas descritas na lei é dotada de perfil subjetivo;
- a par das questões funcionais de inobservância dos comandos da própria Lei nº 12.846, o gestor público, assim entendida a autoridade máxima de cada órgão ou entidade, ou o seu delegado, responde, em caráter subjetivo, pela não apuração das infrações de que, pelo parâmetro da boa-fé subjetiva, tiver conhecimento.

## Referências

- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CONVENTION ON COMBATING BRIBERY OF FOREIGN PUBLIC OFFICIALS IN INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS AND RELATED DOCUMENTS, OECD (2011).

<sup>61</sup> HC nº 119.511/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21.10.2010, *DJe* 13.12.2010

<sup>62</sup> Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/3629592/conselhinho-usa-lei-anticorruptcao-e-isenta-citi#ixzz38tcrXcQb>>. Acesso em: 02 ago. 2014.

ENGLAND, Catherine. The Foreign Corrupt Practices Act: A Case of Overkill? Disponível em: <[http://s3.amazonaws.com/thf\\_media/1981/pdf/ib74.pdf](http://s3.amazonaws.com/thf_media/1981/pdf/ib74.pdf)>.

FIRST MONITORING REPORT OF THE G20 ANTI-CORRUPTION WORKING GROUP TO G20 LEADERS ON INDIVIDUAL AND COLLECTIVE PROGRESS MADE BY G20 COUNTRIES IN THE IMPLEMENTATION OF THE SEOUL ACTION PLAN (Paris, 2011).

JUSTEN FILHO, Marçal. A “Nova” Lei Anticorrupção brasileira (Lei Federal 12.846). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 82, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Regulatory Impact Analysis. A Tool for Policy Coherence*. 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Lei anticorrupção dá margem a conceitos perigosos*. Artigo publicado no portal jurídico Conjur, 20 set. 2013.

REPORT ON THE APPLICATION OF THE CONVENTION ON COMBATING FOREIGN BRIBERY OF FOREIGN PUBLIC OFFICIALS IN INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTION AND THE 1997 RECOMMENDATION ON COMBATING BRIBERY IN INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS, BRAZIL: PHASE 2, DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS, OECD (December 2007).

TRAUTMAN, Lawrence J.; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *Lawyers, Guns and Money: the Bribery Problem and UK Bribery Act*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2276738>>.

TRAUTMAN, Lawrence J.; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *The Foreign Corrupt Practices Act: Minefield for Directors*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1930190>>.

ZAHEER, Sonia. *Brazil's Landmark Clean Companies Act: Comparison to the OECD Anti-Bribery Convention and Issues* (March 1, 2014). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2417155>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2417155>>.

#### Sites

Valor Econômico, <[www.valor.com.br](http://www.valor.com.br)>.

Senado Federal, <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>.

The Economist, <[www.economist.com](http://www.economist.com)>.

O Globo, <[oglobo.globo.com](http://oglobo.globo.com)>.

G8/G20 and Civil Society, <[www.g20civil.com](http://www.g20civil.com)>.

OECD, <[www.oecd.org](http://www.oecd.org)>.

The Fiscal Times, <[www.thefiscaltimes.com](http://www.thefiscaltimes.com)>.

UK Ministry of Justice, <[www.justice.gov.uk](http://www.justice.gov.uk)>.

Council of Europe, <[coe.int](http://coe.int)>.

The Heritage Foundation, <[www.heritage.org](http://www.heritage.org)>.

Consultor Jurídico, <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>.

---

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

DIAS, Bruno Fernandes. Responsabilidade de pessoas jurídicas e físicas em matéria de corrupção: o regime jurídico da Lei nº 12.846/2013. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n. 167, p. 20-35, jan. 2015.

---