

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

CLÓVIS ALBERTO BERTOLINI DE PINHO

**A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA NA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº
12.846/2013)**

CURITIBA

2015

CLÓVIS ALBERTO BERTOLINI DE PINHO

**A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA NA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº
12.846/2013)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito do Estado pela Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA
DEZEMBRO
2015



Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico(a) **CLOVIS ALBERTO
BERTOLINI DE PINHO**

Aos quatro dias do mês de dezembro do ano de 2015, às 10:00 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) CLOVIS ALBERTO BERTOLINI DE PINHO, sobre o tema, "A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)". A Comissão constituída pelos Senhores Professores, EGON BOCKMANN MOREIRA (Orientador), (Coorientador), ALEXANDRE DITZEL FARACO e MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO - Direito Privado, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 10,0, 10,0 e 10,0 (dez); perfazendo a média igual a 10,0.

Obs.

Curitiba - PR, 04 de dezembro de 2015.

EGON BOCKMANN MOREIRA

Orientador

ALEXANDRE DITZEL FARACO

1º Membro

Coorientador

MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO -
Direito Privado

2º Membro

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço à minha família, nomeadamente aos meus pais, CLÓVIS e MARIÂNGELA, e à minha irmã, GIOVANNA, aqueles que sempre estiveram presentes em todos os momentos de minha caminhada até aqui. Por vezes, vocês não conseguiram compreender todos os meus sonhos, conquistados aos poucos, com muito suor, alegrias, angústias e tristezas; apesar disso, não poderia imaginar um caminho mais suave que não fosse ao lado de vocês.

Em segundo lugar, agradeço à PROFA. DRA. LEILA CUÉLLAR, orientadora de estágio durante os anos de 2013-2014. Foi nos trabalhos na Procuradoria-Geral do Estado do Paraná que comecei a tomar contato com a então desconhecida Lei Anticorrupção, e sua aplicação/regulamentação no Estado do Paraná, que, em um primeiro momento, parecia algo muito distante da realidade cotidiana. Agradeço por todos os ensinamentos obtidos, sobretudo como levar a vida de uma maneira serena, com muita ética e dedicação ao Direito.

Em seguida, devo externar meus agradecimentos ao Prof. DR. EGON BOCKMANN MOREIRA, orientador desta monografia. Foi em suas aulas da disciplina de Direito Constitucional A, no longo ano de 2012, que comecei a me interessar pelos temas de Direito Público em geral, o que se consolidou nas disciplinas tópicas e na matéria de Direito Econômico. Além destas lições, aprendi a admirá-lo como Professor, Pesquisador e Advogado; quiçá, a sua maior virtude é ser um jurista preocupado com um ensino jurídico de excelência, mas sempre tratando seus alunos com muito respeito e, principalmente, cordialidade. Meu mais sincero obrigado!

Agradeço à Profa. DRA. MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO, que teve influência decisiva na escolha deste tema. A Profa. MARCIA CARLA revelou-se uma grande incentivadora no estudo do Direito, demonstrando muita habilidade para lidar com os desafios que a vida cotidiana e forense nos impõem. Agradeço também ao PROF. MSC. GIOVANI RIBEIRO RODRIGUES ALVES por algumas das indicações bibliográficas que me auxiliaram valiosamente na redação deste trabalho.

Devo também mencionar meu reconhecimento ao Prof. DR. ALEXANDRE DITZEL FARACO, orientador de minhas pesquisas de Iniciação Científica durante 4 anos ininterruptos, ajudando-me a descobrir mais sobre o Direito Concorrencial e Regulatório, e suas constantes interações, acreditando em minha predileção para a pesquisa desde o primeiro ano de Facul-

dade. As conclusões abrangidas neste trabalho têm relação direta com minhas pesquisas de Iniciação Científica sob sua orientação.

Não poderia também deixar de agradecer aos Professores que tiveram papel decisivo durante estes 5 anos de caminhada: RODRIGO LUIZ KANAYAMA, PAULO CÉSAR BUSATO, Ministro LUIZ EDSON FACHIN, EDUARDO TALAMINI, JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, ROBERTO BENGHI DEL CLARO, MARIA CÂNDIDA KROETZ, DANIEL WUNDER HACHEM, ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA e, em especial, à BETINA TREIGER GRUPENMACHER, que se tornou uma das minhas maiores motivadoras na pesquisa e no estudo do Direito Público.

À servidora JANE DO ROCIO KIATKOSKI SCHUNEMANN, amparo e espinha dorsal dos alunos da Faculdade de Direito da UFPR.

Ademais, essa trajetória não seria a mesma caso não tivesse contado com o apoio dos amigos. Agradeço àqueles que sempre estiveram presentes nos momentos de angústia, antes de provas, apoiando-me nos problemas que perpassam a vida além-muros andradianos: ANTONIO EDUARDO REICHMANN SEIXAS, BRUNO POLONIO RENZETTI, RAÍSA CHUCHENE BONATTO, FERNANDO ALMEIDA STRUECKER, FELIPE TEIXEIRA ANDRADE, DAVI SCOPEL, PAULO LIBEL, RODRIGO PICCOLOTTO, PEDRO AUGUSTO OLIVEIRA, GIOVANA TREIGER GRUPENMACHER, RODRIGO VALENTE, CAMILA MARCANTE, RAFAELLA KRASINSKI ALVES PEREIRA, LUCAS ZAPATER BERTONI, RODRIGO SATURNINO DE FREITAS e todos aqueles que estiveram ao meu lado todos os dias. Vocês foram o melhor que a Faculdade poderia me proporcionar, muito mais que um Diploma, as amizades são o que nos motivam a seguir sempre em frente, por maiores que sejam os desafios.

Aos colegas durante o estágio na Procuradoria da República no Estado do Paraná, em nome da Procuradora da República ELENA URBANAVICIUS MARQUES, e dos amigos HENDRIX, JOÃO PAULO, CRISTINA, JOICE, CAMILA e GABRIELA, onde pude descobrir mais sobre o combate à corrupção e à improbidade administrativa, o que se tornou parte importante desta monografia.

Ao amigo de longa data DANIEL CONRADO MÜLLER ULRICH pela fraternal amizade.

Por fim, e não menos importante, agradeço às minhas avós ELENA e DALVA, à memória do meu avô DR. ILDEFONSO BERTOLINI (a quem devo grande parte de meu caráter), aos meus tios e às minhas tias MARIA LÚCIA, MARIA AMÉLIA e MARIA CRISTINA.

DOM

Deus dá a todos uma estrela.
Uns fazem da estrela um sol.
Outros nem conseguem vê-la.
(HELENA KOLODY, *Poesia Mínima*, 1986)

RESUMO

O trabalho analisa a efetividade das Disposições Gerais (arts. 1º a 4º) da Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção, que instala a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas que causem algum tipo de dano ou prejuízo à Administração Pública brasileira, especialmente em sede de licitações e contratos administrativos. A monografia se aprofunda no conceito de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e verifica as possibilidades deste regime de responsabilização mediante a utilização de sanções administrativas, com a respectiva comparação do regime de sanções administrativas estabelecidas no Direito Ambiental, do Consumidor, Tributário e Antitruste. Para isso, faz-se um exame a respeito da compatibilidade desta responsabilização objetiva, sem a comprovação de qualquer tipo de dolo ou culpa por parte daquele que acusa, com o ordenamento jurídico brasileiro. Uma das principais formas de atenuação e verificação desta responsabilidade objetiva da pessoa jurídica é mediante a instalação de critérios objetivos que possam aferir a conduta da pessoa jurídica, naquilo que a Lei Anticorrupção denomina de “Programas de Integridade” ou *Compliance*, que constituem valioso utensílio na averiguação da conduta danosa da pessoa jurídica e na atenuação das sanções administrativas da Lei nº 12.846/2013. Além disso, são apresentadas algumas perspectivas a respeito do regime de responsabilização das pessoas jurídicas nos casos da alteração, cisão, fusão, incorporação e transformação da pessoa jurídica, com a apresentação de algumas soluções para a responsabilização de empreendimentos empresariais como Consórcios Licitatórios, Sociedades de Propósito-Específico e Grupos Empresariais, objetos de atenção da Lei Anticorrupção em seu art. 4º.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção; responsabilidade objetiva; pessoa jurídica; sanções administrativas; reorganizações societárias.

ABSTRACT

The paper analyzes the effectiveness of the General Provisions (arts. 1st to 4th) of Brazilian Law No. 12.846/2013, also known as Anti-Corruption Act, which installs the strict liability of Companies that cause some sort of damage to the Brazilian Public Administration. The paper delves into the concept of strict liability of the legal entity and verifies the possibilities of this liability regime through the use of administrative sanctions, with the respective comparison of the system of administrative sanctions stipulated in the Brazilian Environmental Law, Consumer Law, Tax Law and Antitrust Law. For this, the paper presents the compatibility of the strict liability, without proof of any fraud or negligence by the Company accused, with the Brazilian legal system. One of the main forms of mitigation and verification of this objective responsibility of the corporation's is the "Integrity Program" or Compliance, which makes up a tute valuable tool in the investigation of the misconduct of the corporation and the alleviation of administrative penalties of Law No. 12.846/2013. In addition, the work presents some perspectives regarding the corporate accountability arrangements in cases of spin-off, merger, acquisitions and transformation of the legal entity.

Keywords: Anti-Corruption Law; strict liability; legal person; administrative sanctions; corporate reorganizations.

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho foi escrito em meio à revelação de uma das investigações penais mais importantes realizadas no país, a Operação Lava-Jato, que estimou que os valores desviados da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, maior empresa estatal brasileira, aproximaram-se de 6 bilhões de reais, segundo balanços divulgados pela própria Companhia.ⁱ As operações de corrupção se consolidavam mediante fraudes em licitações e contratos celebrados entre a PETROBRAS e empreiteiras, que superfaturavam as concorrências, mediante acertos e ajustes dos preços das propostas entre os concorrentes, com a respectiva divisão combinada dos certames entre os competidores, com o repasse destes recursos superfaturados ao financiamento de partidos políticos e campanhas políticas.

Ou mesmo recorda-se do julgamento do caso da Ação Penal nº 470 (Mensalão) pelo Supremo Tribunal Federal, em 2012. Embora alguns autores tenham definido a Lei nº 12.846/2013 como uma verdadeira Lei Penal, com a respectiva aplicação dos princípios que norteiam o Direito Penal, a monografia não é um trabalho de Direito Penal, nem mesmo de um trabalho de Direito Processual Penal.ⁱⁱ

O estudo empreendido é, antes de tudo, uma monografia afeita ao Direito Administrativo e às matérias de Direito Público em geral, realizando, também, amplos debates com o Direito Empresarial. Assim, propugna-se descrever o sistema de responsabilização da Lei nº 12.846/13, também conhecida como “Lei Anticorrupção” ou “Lei da Empresa Limpa”.

Em outras palavras, o Direito Administrativo, nos dias de hoje, toma lugar de destaque ao ser alçado como responsável pela solução das mazelas que alcançariam a Administração Pública e, conseqüentemente, a população brasileira, que ainda sofre com as péssimas condições de prestação de serviços públicos básicos, agravadas, em grande medida, pela corrupção.

Para compreender a Lei nº 12.846/13, é preciso destacar o seu contexto de formulação. Aprovada no Congresso Nacional com um trâmite legislativo supersônico, acatada na Câmara dos Deputados em pouco mais de um mês da aprovação desde de sua redação final, em menos de duas semanas no Senado Federal, e sancionada em menos de vinte dias, a Lei nº 12.846/13

ⁱ POLITO, Rodrigo *et al.* Petrobras perde R\$ 6,2 bi com corrupção e tem prejuízo de R\$ 21,6 bi. *Valor Econômico*, São Paulo/Rio de Janeiro, 22 de abr. de 2015.

ⁱⁱ Esta foi a posição, por exemplo, adotada por MODESTO CARVALHOSA, nos seus comentários à Lei Anticorrupção, que considerou a Lei nº 12.846/2013 como uma verdadeira lei penal, com a respectiva aplicação de todos os princípios afeitos ao Direito Penal. (cf. CARVOLHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 32 e ss.).

foi elevada à condição de solucionadora de um dos mais graves problemas que atingem os brasileiros, que é a corrupção.ⁱⁱⁱ Destaca-se que a Lei é uma tentativa de resposta do Congresso Nacional a uma série de protestos ocorridos no ano de 2013, que exigiram melhores condições de vida e uma melhor gestão da máquina pública pelos nossos administradores.

Entende-se, então, que o Direito Administrativo é, sobretudo o assim denominado Direito Administrativo Sancionador, uma importante ferramenta de correção dos malfeitos e dos males que atingem a Administração Pública em geral, dando o bom cumprimento da Constituição Federal.^{iv} Logo, a utilização de sanções administrativas, com o estabelecimento de pesadas penas à pessoa jurídica que pratique um dos atos do art. 5º da referida Lei, é um dos exemplos do tom de moralização que a Lei utilizada.

Porém, falar de correção da corrupção e de melhorias no exercício da função administrativa é, também, dissertar sobre o respeito à Constituição Federal, aos direitos fundamentais e das garantias necessárias à consecução dos objetivos da República. Portanto, ao se falar com certo tom moralizador da Administração Pública, tomando em conta um dos princípios mais controvertidos em nosso sistema jurídico [moralidade administrativa], não se deve esquecer dos pressupostos mínimos ao bom andamento da Administração Pública.

O texto, por força de limitação imposta pela própria tipologia de uma monografia, optou pela análise somente dos temas relacionados às “Disposições Gerais” do ato normativo, destacando dois de seus principais nortes condutores: *i*) a responsabilidade de ordem *objetiva* da pessoa jurídica, independente da comprovação de dolo ou culpa; *ii*) a possibilidade do estabelecimento desta responsabilidade objetiva por meio de sanção administrativa, com a respectiva análise de alguns dilemas a serem solucionados pelos aplicadores da Lei nº 12.846/2013.

ⁱⁱⁱ No dia 1º de agosto de 2013, a Presidência da República sancionou um verdadeiro pacote de projetos legislativos que buscavam combater a corrupção e a criminalidade organizada. Nesse mesmo dia, foi editada a Lei nº 12.850/2013, que trata das organizações criminosas e outros meios investigativos na investigação penal, principalmente o instituto da colaboração premiada, ação controlada, colaboração de agentes, entre outros. Para um breve panorama, BUSATO, Paulo César; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, *passim*.

^{iv} No mesmo sentido é o ensinamento de MAURICE DUVERGER a respeito do Direito Administrativo e do Direito Constitucional: “Esse caráter indeterminado da distinção entre direito constitucional e direito administrativo não tem importância, pois a distinção é puramente pedagógica. Do ponto de vista dos recursos perante os Tribunais, dos procedimentos, etc., é inútil, em geral, se questionar se nos encontramos no terreno do direito administrativo ou do direito constitucional: o essencial é que se trata de Direito Público e não do Direito Privado”. Trad. livre de: “Ce caractère indéterminé de la distinction entre droit constitutionnel et droit administratif n’a pas d’importance, car la distinction est purement pédagogique. Du point de vue des recours devant les tribunaux, des procédures, etc., il est inutile en général de se demander si l’on se trouve sur le terrain du droit constitutionnel ou du droit administratif: l’essentiel est qu’il s’agisse de droit public et non de droit privé”. (DUVERGER, Maurice. *Droit Public*. Paris: PUF, 1966, p. 6).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA.....	3
1.1.1. BREVES ESCLARECIMENTOS A RESPEITO DA LEI Nº 12.846/13	9
1.2. A RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	16
1.2.1. A PESSOA JURÍDICA COMO SUJEITO ATIVO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....	18
1.2.2. A QUESTÃO DA CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO....	19
1.3. CONCLUSÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO.....	24
2. É POSSÍVEL UMA RESPONSABILIDADE OBJETIVA CIVIL E ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA?.....	26
2.1. HISTÓRICO DAS SUPOSTAS INSUFICIÊNCIAS NA RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO	26
2.1.1. RAZÕES PARA UMA RESPONSABILIDADE OBJETIVA	34
2.2. PARÂMETROS PARA A COMPREENSÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NA LEI ANTICORRUPÇÃO.....	37
2.2.1. OBJEÇÕES À PROPOSTA DE MODESTO CARVALHOSA – CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA	44
2.3. POSSIBILIDADES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR MEIO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	47
2.3.1. DIREITO AMBIENTAL	47
2.3.2. DIREITO DO CONSUMIDOR	49
2.3.3. DIREITO TRIBUTÁRIO.....	51
2.3.4. DIREITO ANTITRUSTE	53
2.4. CONCLUSÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO.....	56
3. RESPONSABILIDADE NAS HIPÓTESES DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL, TRANSFORMAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO SOCIETÁRIA.	59
3.1. REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS.....	60
3.1.1. ALTERAÇÃO CONTRATUAL.....	60
3.1.2. TRANSFORMAÇÃO.....	62
3.1.3. INCORPORAÇÃO	63
3.1.3.1. A DECISÃO DO CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM CASO DE INCORPORAÇÃO	64
3.1.4. FUSÃO OU CISÃO SOCIETÁRIA	65
3.2. HIPÓTESES A SEREM ENFRENTADAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO.....	67
3.2.1. RESPONSABILIDADE NO CASO DE CONSÓRCIOS LICITATÓRIOS.....	67
3.2.2. AS SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO (SPE).....	69
3.2.3. GRUPOS EMPRESARIAIS	72
3.3. CONCLUSÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO.....	75
CONCLUSÕES: EFETIVIDADE DAS DISPOSIÇÕES	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	80

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.846/2013, que ficou conhecida como Lei Anticorrupção, ou ainda Lei da Empresa Limpa e Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas, erige um importante e peculiar sistema de responsabilização de ordem civil e administrativa da pessoa jurídica que cause danos às entidades públicas em geral.

Em síntese, os argumentos de sua edição se pautam na premissa de que inexistiria no Direito brasileiro um mecanismo de responsabilização que atinja, de maneira efetiva e contundente, a pessoa jurídica que cause prejuízos à Administração Pública, principalmente em atos avaliados como corruptos ou corrompidos, independentemente do seu ânimo volitivo – a título de dolo ou culpa.

A Lei Anticorrupção estatui determinados atos como lesivos à Administração Pública (art. 5º), dando especial atenção aos atos danosos em sede de licitações e contratos administrativos, aproximando-se das disposições penais da Lei Geral de Licitações – LGL (Lei nº 8.666/1993).

Com isto, o presente trabalho tem por fulcro analisar as premissas que conduziram a edição da Lei Anticorrupção, dando especial atenção às previsões da parte relativa às “Disposições Gerais” do diploma, abordando a premissa de compreensão do sistema de responsabilização objetiva da pessoa jurídica.

Logo, o escrito é assim dividido:

- i)* Primeiramente, a monografia se concentra no cerne de apreensão da Lei Anticorrupção, que é a exigência e o estabelecimento de uma responsabilidade objetiva da pessoa jurídica quando esta cause danos à entidade pública;
- ii)* Em segundo lugar, abarcam-se as possibilidades a respeito da responsabilidade da pessoa jurídica no Direito Administrativo Sancionador, com destaque às suas especificidades, promovendo discussão, a partir da revisão bibliográfica, a respeito dos pontos controvertidos na doutrina em geral;
- iii)* Em terceiro lugar, analisam-se as compatibilidades de uma responsabilidade objetiva da pessoa jurídica com o Direito Administrativo brasileiro, dada a suposta inexistência de uma responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por atos avaliados como corruptos ou torpes;
- iv)* Em quarto lugar, avaliam-se as demais hipóteses de responsabilização da pessoa jurídica na Lei nº 12.846, mormente quanto à responsabilidade de grupos

econômicos, na ocorrência de reorganizações societárias, consórcios licitatórios e a presença de Sociedades de Propósito Específico (SPE), em sede de concessões de serviços públicos à luz da Lei nº 8.987/1995 e Projetos de Parcerias Público-Privadas (PPP – Lei nº 11.079/2004);

- v) Por fim, algumas considerações são trazidas à baila de conclusão a respeito do sistema de responsabilidade civil e administrativa da pessoa jurídica da Lei nº 12.846/2013, apresentando arremates a respeito da efetividade de suas disposições no combate à corrupção.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA

A Lei nº 12.846/13 consolida possibilidades de sancionamento civil e administrativo da pessoa jurídica que cause efetivos danos à Administração Pública, a serem apurados no curso de um processo administrativo ou em um processo judicial de responsabilização da pessoa jurídica por atos lesivos à Administração Pública; porém, esta responsabilidade é de ordem objetiva. A responsabilização de ordem objetiva é o seu centro e, talvez, o seu fio condutor. Fala-se em uma responsabilidade independentemente da comprovação de qualquer tipo de dolo ou culpa, por parte do sujeito ativo do ato avalizado como corrupto, corrompido ou torpe.

Essa possibilidade de responsabilidade de ordem objetiva da pessoa jurídica não é inédita em outros domínios do Direito brasileiro, como o Direito do Consumidor, o Direito Ambiental, ou mesmo o Direito Concorrencial, levando em consideração que toda “a racionalidade da Lei nº 12.846/2013 é a mais próxima daquela das normas de proteção ao meio ambiente e à concorrência do que propriamente do Direito Administrativo sancionador e do Direito Penal tradicionais”.⁵

Ou seja, a Lei Anticorrupção trouxe toda uma normatização de responsabilização de ordem objetiva que, até então, era de utilização atenuada ou, por que não, desconhecida ao Direito Administrativo brasileiro, nomeadamente quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou público que causassem danos à Administração Pública.⁶

Curioso é observar que a responsabilidade civil objetiva, de certo modo, poderia ser definida como um dos fatores de gênese do Direito Administrativo como se conhece nos dias de hoje, a partir do pronunciamento do *Árret Blanco*, em 1873, pelo Tribunal de Conflitos

⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 47, jul./set., 2014, p. 60.

⁶ Questão sensível é a respeito de uma possível aplicação da Lei Anticorrupção aos sujeitos ativos do ato de corrupção quando forem integrantes da Administração Pública indireta: “os agentes da Administração Pública indireta (empresas públicas, empresas de economia mista e fundações públicas), eventualmente, ao menos em tese doutrinal, também poderiam ser responsabilizados pela prática de atos lesivos à Administração Pública, nos termos da Lei 12.846” (CUÉLLAR, Leila; PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Reflexões sobre a Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, abr./jun., 2014, p. 146). Nesse mesmo diapasão, cf. CARVOLHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 65; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1.001. Por todos em sentido contrário, cf. SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção*. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 77-79, que compreendem que a Lei Anticorrupção não seria aplicável às pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública Indireta que desenvolvam atividade em regime de serviço público, e não atividade econômica em sentido estrito. Para uma melhor distinção a respeito do tema, cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 99-106.

francês, que solidificou a diferenciação entre as regras de responsabilidade da Administração Pública do esquema previsto no Código Civil francês.⁷

A decisão do *Ârret Blanco* tem tamanha importância que JACQUES MOREAU avulta que esta decisão promoveu uma verdadeira revolução na jurisprudência francesa a respeito da responsabilidade civil do Estado (*responsabilité administrative*), mesmo que este aresto tenha sido supostamente revelado à doutrina francesa somente no início do séc. XX, conforme relatam alguns autores.⁸ Ressalta-se que a decisão do *Ârret Blanco* não criou a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito Público, muito menos a indenização por danos decorrentes das atividades de serviço público.⁹

A conhecida expressão da responsabilidade objetiva do Estado tornou-se imperativa nos países de tradição Romano-Germânica, desde o início do séc. XIX, e também na tradição anglo-saxã, a partir da década de 40 do século passado.¹⁰ Nesse mesmo sentido, a fórmula constitucional brasileira atual é aquela inserta no art. 37, §6º da Constituição Federal, modelo constitucional adotado desde a Constituição Federal brasileira de 1946.¹¹

Ao comentar a respeito do teor da Lei nº 12.846/2013, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO avalia que a Lei Anticorrupção buscou dar aos entes privados o mesmo tratamento dado

⁷ FRANÇA. *Tribunal des conflits*. *Ârret* du 8 février 1873. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886&dateTexte>>. Acesso em 30 de jan. de 2015. A respeito da segregação da responsabilidade do Estado do Direito Civil, cf. WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Trad. de Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977, p. 15 e ss.

⁸ Esta posição é trazida por JACQUES MOREAU, cite-se: “A importância decisiva do Acórdão *Blanco* não escapou a seus contemporâneos, por ter sido “descoberto” tardiamente pelo Comissário do Governo Tessier entre 1906 e 1908? Esta é a tese do romance defendida por alguns autores modernos (Eisenmann e R. Chapus); para outros (M. Waline), na decisão de 1873 se encontra a origem de uma verdadeira revolução jurisprudencial”. Trad. livre de: “L’importance décisive de l’arrêt Blanci a-t-elle échappé à ses contemporains, pour être <<découverte>> tardivement par le commissaire du gouvernement Teissier entre 1906 et 1908 ? C’est La thèse du <<roman>> défendue par certains auteurs modernes (Eisenmann, R. Chapus) ; pour d’autres (M. Waline), la décision de 1873 se trouverait à l’origine d’une <<véritable révolution jurisprudentielle>>” (MOREAU, Jacques. *La responsabilité administrative*. 3. ed. Paris: PUF, 1996, p. 11). Nesse mesmo sentido, cf. ROUGEVIN-BAVILLE, Michel. *La responsabilité administrative*. Paris: Hachette, 1992, p. 12-13.

⁹ MOREAU, Jacques. *La responsabilité administrative*. 3. ed. Paris: PUF, 1996, p. 11.

¹⁰ A respeito do tema, aprofundar em RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. Trad. de José Cretella Júnior. São Paulo: Editora RT, 1995, p. 85-94. Sobre o caminho histórico do Direito Administrativo, especialmente na França e na Alemanha, cf. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 29-34.

¹¹ Comenta ALMIRO DO COUTO E SILVA que: “A doutrina e a jurisprudência brasileiras reconhecem nesse preceito, sem divergência, a consagração, como regra, da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado e das pessoas jurídicas de sua administração descentralizada ou indireta prestadoras de serviços públicos, reafirmando uma concepção que tem suas raízes na Constituição de 1946”. (SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, out./dez., 1995, p. 20). Ampliar também em ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 293 e ss.

ao Estado e aos seus agentes, especificamente a responsabilidade objetiva do art. 37, §6º, da Constituição Federal.¹²

Apesar disso, o objeto de análise do presente trabalho não é a responsabilidade objetiva do Estado, ou das concessionárias prestadoras de serviço público, muito menos um aprofundamento sobre a responsabilidade civil da Administração Pública, fato este que já é consolidado [ousando-se afirmar que esta constitui quase que uma trivialidade na função administrativa atual]. Busca-se, ao fundo, compreender o sistema de responsabilização das pessoas jurídicas, sobretudo as de direito privado no Direito Administrativo brasileiro, especialmente quando estas cometam atos que causem prejuízos às entidades públicas, tomando em conta o regime instalado na Lei nº 12.846/2013.

O primeiro exemplo que poderia ser oferecido em relação à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado no Direito Administrativo brasileiro é a Lei de Improbidade Administrativa – LIA – Lei nº 8.429/1992, que a partir do exposto na Constituição Federal em seu art. 37, §4º,¹³ situa que os agentes administrativos, que causem algum dano ou prejuízo ao erário, incorrerão em de ato de improbidade administrativa, seja pela via comissiva – mediante comprovação de dolo (art. 9º, 10 e 11) ou pela via da culpa (art. 10).

A Lei de Improbidade Administrativa especifica somente como possível a ocorrência de ato de improbidade administrativa por culpa, com a sua respectiva comprovação, na ocorrência de ato de improbidade que gere prejuízos ao erário. De tal modo, a Lei de Improbidade Administrativa é toda embasada em um sistema de responsabilização individual e doloso do agente público que cometa atos de improbidade administrativa. Destaca-se, ainda, que a Lei de Improbidade Administrativa não admite a possibilidade de a pessoa jurídica, seja ela de Direito Público ou Privado, ser sujeito ativo do ato de improbidade administrativa por si só.

O art. 3º da LIA acolhe a perspectiva de responsabilidade do terceiro, não-agente da Administração Pública, somente como partícipe ou beneficiário do ato de improbidade administrativa, seja ele pessoa natural ou jurídica, tendo em vista não haver distinção na Lei entre estas; somente faz-se menção à pessoa que seja beneficiária, indutora ou partícipe do ato de

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1.000.

¹³ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. FÁBIO MEDINA OSÓRIO discute a respeito da natureza jurídica da sanção imposta na Lei nº 8.429/92 (Improbidade Administrativa), afirmando que muito embora ela se aproxime de uma sanção de natureza penal, a improbidade administrativa é, antes de tudo, próxima ao Direito Administrativo (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 176).

improbidade administrativa. Este ponto é bem explicitado por EMERSON GARCIA, que avalia que “o art. 3º da Lei de Improbidade não faz qualquer distinção em relação aos terceiros, [...] o que permite concluir que as pessoas jurídicas também incluídas sob tal epígrafe”.¹⁴

Observe-se que até mesmo a extensão da sanção administrativa a outrem é exigência de uma responsabilidade pessoal e individual, tão afeita ao Direito Penal, como também ao Direito Administrativo Sancionador. ALEJANDRO NIETO adverte que não é possível, no Direito Administrativo Sancionador, a exigência de apenas um vínculo pessoal com o autor ou a posse de algo para que se produza uma determinada infração ou sanção. A exigência da individualização da sanção supõe a vedação à existência de uma responsabilidade objetiva.¹⁵

Nesse mesmo sentido, JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA esclarece que a “exigibilidade pessoal, vista por outro ângulo, é que determina que seja admitida e regularmente sancionada a hipótese de concurso de agentes no cometimento de infrações administrativas”.¹⁶ Evidencia-se que a responsabilidade subjetiva, condutora das sanções administrativas, parece limitar a existência de uma responsabilidade objetiva no Direito Administrativo Sancionador. A maior evidência da exigência de uma responsabilidade subjetiva no Direito Administrativo Sancionador está na limitação da extensão da sanção administrativa a outrem, que parece ser o desígnio desta responsabilidade subjetiva.

O Direito Administrativo Sancionador parece exigir uma responsabilidade subjetiva, como destaca ALEJANDRO NIETO, pois as sanções administrativas se regulam pelo princípio subjetivo do ilícito; ou seja, a intervenção a partir do autor, por meio do dolo e da culpa, incompatível, assim, com a chamada responsabilidade objetiva, sendo aquela que o jurista espanhol caracteriza como vinculada automaticamente com o fato.¹⁷

Por outras palavras, as pessoas jurídicas são responsáveis pelos atos que não se coadunam, por exemplo, com o bom cumprimento do contrato administrativo, ensejando a responsabilidade destas. Igualmente, as pessoas jurídicas são responsáveis no Direito Administrativo pelos atos lesivos que venham a cometer, devendo ser responsabilizadas pelos prejuízos e eventuais danos que venham a causar.¹⁸

¹⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 239.

¹⁵ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008, p. 380.

¹⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 481.

¹⁷ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008, p. 380.

¹⁸ Ressalta-se que a acepção de dano aqui utilizada é em um sentido lato ou amplo, pois é possível mácula aos princípios regentes da Administração Pública, sobretudo no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, bem como no art. 6º da Lei Anticorrupção.

RAFAEL MUNHOZ DE MELLO refere que nada impede que as pessoas jurídicas sejam sancionadas por meio de medidas administrativas. Apesar disso, o autor entende que os conceitos de dolo e culpa da pessoa jurídica não são aplicáveis a ela, pois esta não tem vontade ou consciência própria. Mas isso não significa afirmar, automaticamente, que a responsabilidade da pessoa jurídica é de ordem objetiva.¹⁹

A maior utilização deste regime de responsabilidades administrativas das pessoas jurídicas está nas sanções administrativas expostas na Lei nº 8.666/1993 – Lei Geral de Licitações – LGL, que responsabilizam as pessoas jurídicas pelos eventuais danos causados no curso da execução de um contrato administrativo, independentemente do seu objeto. A respeito das sanções e infrações administrativas aplicáveis às pessoas jurídicas sob a égide da Lei nº 8.666/1993, FRANCISCO ZARDO, em vasto trabalho monográfico a respeito do tema, defende que as sanções e infrações administrativas presentes na LGL decorrem do art. 58 da Lei nº 8.666/1993, mas que não se resumem somente à inexecução do objeto do contrato administrativo: “Logo, somente ela [pessoa jurídica] pode ser o sujeito ativo da infração de ‘inexecução total ou parcial do contrato’”.²⁰

De outro lado, menciona-se que as disposições penais da LGL sancionam diretamente e tão somente as pessoas físicas que causem atos prejudiciais à administração pública. Como indica a doutrina majoritária brasileira, os crimes previstos na Lei de Licitações parecem inadmitir uma responsabilidade penal da pessoa jurídica, ressalvado pela Constituição Federal a hipótese do art. 225, §3º, na ocorrência de danos ao meio-ambiente.²¹

A Lei Anticorrupção visa justamente abranger esses atos que não estão compreendidos sobre a égide da proteção e garantias fundamentais necessárias à exigência de estrita responsabilização pessoal e individual, como parece que a Constituição Federal²² e as garantias im-

¹⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 208.

²⁰ ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 67.

²¹ “No Brasil, a *obscura previsão* do art. 225, §3º da CF, relativamente ao *meio ambiente*, tem levado alguns penalistas a sustentar, equivocadamente, que a Carta Magna consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. No entanto, a responsabilidade penal ainda se encontra limitada à responsabilidade subjetiva e individual” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99).

²² Eis o teor da Lei Maior: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”. Sobre a responsabilidade penal pessoal e individual, cf. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 91-100. A respeito de maiores ensinamentos a respeito da individualização das penas, cf. BOSCHI, José

prescindíveis do Direito Penal parecem exigir.²³ Conforme leciona RAFAEL MUNHOZ DE MELLO, esta, talvez, seja a principal distinção entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, já que uma das principais diferenciações entre as sanções penais e as sanções administrativas está no simples fato da valoração que é dada pelo legislador.

Recorda-se a lição de NELSON HUNGRIA, para quem a distinção da punição das condutas na esfera administrativa e penal se dá “senão a razões de conveniência política: para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal”.²⁴

Contudo, aplicam-se às sanções administrativas os princípios inerentes ao regime jurídico punitivo, que na visão de MELLO, não se confundem com os princípios básicos do Direito Penal: “Não se trata, portanto, de princípios de direito penal, mas sim de princípios que regem toda a manifestação do poder punitivo estatal, seja penal ou administrativa”.²⁵

De tal modo, a Lei nº 12.846/13 parece evadir dos pressupostos comuns e do senso comum teórico dos juristas, na difundida expressão de LUIS ALBERTO WARAT,²⁶ situando a responsabilidade da pessoa jurídica a lume de uma “responsabilidade objetiva, independentemente de comprovação de dolo ou culpa”, conforme a dicção do art. 2º, *caput*, da Lei Anticorrupção.²⁷

Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 143-158.

²³ A respeito da teoria das garantias constitucionais penais que possuem direta influência no Direito Administrativo Sancionador, cf. a obra de FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. de Luiz Flávio Gomes *et al.* 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 785-789.

²⁴ HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 1, 1945, p. 27.

²⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 105. Nesse mesmo sentido, cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35-37. DANIEL FERREIRA também parece concordar com a opinião esposada por MUNHOZ DE MELLO, no exato sentido que o autor explicita que o princípio de legalidade, com a aplicação dos princípios inerentes ao art. 5º da Constituição Federal, parece limitar a atividade punitiva do Estado, seja em decorrência de crimes, contravenções ou infrações administrativas (FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86-89). Portanto, o entendimento adotado pelo autor, na presente monografia, parece se distanciar daquele exposto *recentemente* por MODESTO CARVALHOSA, nos seus comentários à Lei Anticorrupção. Para CARVALHOSA, a Lei nº 12.846/2013 é uma típica Lei Penal: “A presente Lei tem nítida natureza penal. Com efeito, as condutas ilícitas tipificadas e os seus efeitos delituosos têm substância penal, na medida que justapõem na esfera penal. [...] Assim, a presente Lei somente se distingue da Lei Penal quanto ao processo e não quanto à sua substância. Em consequência, devem rigorosamente ser observadas as garantias penais, como tem sido reconhecido pelo STJ ao tratar dos processos administrativos sancionatórios” (CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 33).

²⁶ “Metaforicamente, caracterizamos o senso comum teórico como a voz ‘off’ do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento e das relações que tais crenças mitifica” (WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis: UFSC, jan., 1982, p. 54).

²⁷ “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”.

Destarte, o trabalho se atém aos aspectos da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, buscando compreender as suas possibilidades, limites e extensões desta responsabilidade no teor da Lei Anticorrupção.

1.1.1. BREVES ESCLARECIMENTOS A RESPEITO DA LEI Nº 12.846/13

Antes de meditar sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas na Lei Anticorrupção, impende realizar alguns breves esclarecimentos a respeito do diploma legal de nosso interesse.

A Lei nº 12.846/13 é originária de um Projeto de Lei remetido pela Presidência da República, cuja formulação ficou a cargo da Controladoria-Geral da União,²⁸ e que trouxe a Mensagem do Poder Executivo à Câmara dos Deputados nº 52/2010. A Mensagem do Projeto de Lei nº 6.826/2010 fundamenta que o ato legislativo se destina a abranger os atos avaliados como corruptos, em face da ineficácia das disposições que abrangem atos lesivos à Administração Pública, praticados por pessoas jurídicas.

EGON BOCKMANN MOREIRA e ANDREIA BAGATIN elucidam que os objetivos do Projeto são claros, buscando a supressão das lacunas existentes no sistema jurídico brasileiro, principalmente a “ausência sentida no sistema brasileiro de responsabilidade civil-administrativa: muito embora as pessoas físicas respondessem por seus atos, as jurídicas eram quase imunes a isso”.²⁹

No entanto, qual o motivo da Lei nº 12.846/13 ficar conhecida, seja na doutrina ou nos meios de comunicação, como uma legislação supostamente anticorrupção?

A previsão do art. 5º, I, da Lei nº 12.846/13, prevê que é ato de corrupção “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”. A disposição aproxima-se da concepção penal de corrupção, exposta no art. 333 do Código Penal brasileiro.³⁰

JORGE HAGE SOBRINHO, Ministro-Chefe encarregado pela CGU à época da edição da lei, fundamentou, em artigo de doutrina o seguinte: “Com efeito, temos vários dispositivos

²⁸ A Controladoria-Geral da União – CGU – é órgão ligado ao Poder Executivo Federal, que possui papel de fiscalização da aplicação dos recursos federais, da lisura na condução da Administração Pública Federal e no bom emprego dos recursos distribuídos pela União aos demais entes federativos.

²⁹ MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 47, jul./set., 2014, p. 57.

³⁰ “Corrupção ativa - Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003) Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional”.

legais aptos à punição de atos de ‘corrupção’ lato sensu, no capítulo dos crimes contra a Administração Pública do Código Penal, ao qual já se acrescentou, inclusive, o tipo relativo ao suborno transnacional”.³¹ E ainda complementou que “Nenhuma delas, todavia, cobria as lacunas que somente com o advento da Lei 12.846/2013 vieram a ser preenchidas”.³²

As leis penais atinentes à corrupção seriam, ao que tudo indica, totalmente inatingíveis às pessoas jurídicas, por razões de preferência de técnica legislativa, ou mesmo de política criminal,³³ sobreveste pelo fato de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica encontrar óbices na Constituição Federal; como já se asseverou, não há previsão constitucional que possa inferir que o sistema jurídico brasileiro tenha adotado a responsabilidade penal da pessoa jurídica para crimes que não se referiam às lesões ao meio-ambiente.

Haveria uma suposta ineficiência, ou mesmo iniquidade, do sistema jurídico brasileiro para com as pessoas jurídicas que cometessem atos lesivos à Administração Pública (compreendida em sentido amplo).³⁴

Conforme se destacou brevemente, as disposições penais brasileiras, que dizem respeito a atos corruptos, não alcançariam as pessoas jurídicas, pelo simples motivo de que as pessoas jurídicas não poderiam ser autores de um crime. A única possibilidade admissível a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica estaria no preceito do art. 225, §3º da Constituição Federal, que admitiria como plenamente possível a responsabilidade penal da pessoa

³¹ HAGE SOBRINHO, Jorge. Lei 12.846/2013: Lei da Empresa Limpa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora RT, v. 947, set., 2014, p. 38-39. A respeito da corrupção e a punição penal: “Nesses mesmos termos, quando falamos em crimes de corrupção ou simplesmente em corrupção, consideramos crimes diversos no direito penal brasileiro (dentre os quais o tráfico de influência do art. 332, CP, por exemplo), e não apenas a corrupção passiva e ativa” (CAMARGO, Beatriz Corrêa Considerações sobre os crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora RT, v. 89, mar./abr., 2011, p.99).

³² HAGE SOBRINHO, Jorge. Lei 12.846/2013: Lei da Empresa Limpa..., p. 39.

³³ Deve-se entender por política criminal como o conjunto de diretrizes e decisões que determinam a criação de instrumentos jurídicos aptos para o controle da criminalidade, prevenindo-a e reprimindo-a. Para maiores aportes, cf. HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción la Criminología y a la Política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 26-28.

³⁴ Percebe-se que não há nem mesmo uma definição do que viria a ser Administração Pública para o art. 1º da Lei nº 12.846/2013. Este parece ser, também, um dos objetivos da Lei Geral de Licitações (art. 6º), que traz um conceito amplo de Administração Pública, com o intuito de abranger todos os órgãos e entidades, conforme destacam EGON BOCKMANN MOREIRA e FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES: “Todos os órgãos e entidades dos três Poderes do Estado, em todas as esferas políticas e níveis hierárquicos, devem obediência ao dever de licitar. Não há setores ou pessoas imunes à LGL, que envolve a integralidade da estrutura administrativa do Estado, a respeito da qual a legislação brasileira – em especial o Decreto-lei 200/1967- estabeleceu a distinção entre Administração direta (ou central) e Administração indireta (ou descentralizada)” (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 44). A respeito do dever de licitar das empresas estatais, cf. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; TORRES, Paula Ritzmann. O procedimento licitatório simplificado da Petrobrás - O dilema jurisprudencial de uma sociedade estatal de mercado. *Revista Direito Empresarial*, Belo Horizonte: Fórum, v. 10., 2013, p. 169-187.

jurídica, adstrita e tão somente aos crimes lesivos ao meio-ambiente.³⁵ Segundo BITENCOURT, a irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas remonta ao brocardo latino *societas delinquere non potest*, que inadmitiria qualquer tipo de delinquência por parte das pessoas jurídicas.³⁶

No sentido da incapacidade criminal da pessoa jurídica, posiciona-se RENÉ ARIEL DOTTI, defensor da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica no sistema jurídico brasileiro. DOTTI comenta que a pretensão de atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas não possui nenhum tipo de amparo constitucional. A atribuição de penas e restrição de liberdade deve ser aferível somente às pessoas naturais. A sistemática penal brasileira parece inadmitir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, por contas das limitações de ordem individual e de estrita individualização de pena, em especial a violação aos princípios fundamentais do Direito Penal como a culpabilidade e a individualização das penas.³⁷

De outro lado, PAULO CÉSAR BUSATO entende que a responsabilidade penal da pessoa jurídica seria totalmente compatível com o atual estágio de incremento da sociedade, bem como com os propósitos atuais de controle social do intolerável que o Direito Penal se propõe a realizar.³⁸ O autor defende veementemente que há fortes razões criminológicas para a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Os argumentos do penalista se centram na alta periculosidade que as pessoas jurídicas representam

³⁵ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral I*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 294. A respeito da evolução da tutela jurídica romana das pessoas jurídicas, MOREIRA ALVES destaca que os romanos, no direito pré-clássico, não admitiam a existência de uma entidade autônoma que fosse equiparável às pessoas naturais na assunção de direitos e obrigações. Percebe-se que no período romano as pessoas jurídicas estavam adstritas ao atingimento de fins comuns, como a *collegia* ou a *univeruersitates*, sendo, talvez, por esse motivo, que não se admitiria a responsabilidade penal da pessoa jurídica no período romano (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 137-142). Em sentido contrário manifesta-se ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, que relata que diversos canonistas admitiam a responsabilidade penal destas duas entidades coletivas: “O direito canonico admittiu a responsabilidade penal dos entes collectivos (capitulos, conventos, congregações, cidades, municipios). [...] A quasi unanimidade dos canonistas continuou a admittir a referida capacidade. Foram, porém, os posglosadores que deram á idéa da responsabilidade penal das *universitates* e do delicto corporativo seu maior e mais brilhante desenvolvimento” (SILVA, Antonio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. I, edição fac-símile do original de 1930. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 155-156, *ortografia como no original*). Agradeço ao colega DONIZETE GORDIANO pela recomendação desta citação.

³⁷ DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora RT, n. 11, jul./set., 1995, p. 191-198.

³⁸ Conforme identifica o penalista alemão CLAUS ROXIN, a proteção jurídico-penal deve-se ater à proteção dos bens jurídicos mais caros e necessários ao pleno desenvolvimento da sociedade como um todo, já que, como é sabido, o Direito Penal destina-se à proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade, a partir daquilo denominado de controle social do intolerável (ROXIN, Claus. *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*. Trad. de Manuel Cancio Meliá. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Madrid, v. 15, 2013, p. 6. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>>. Acesso em 10 de ago. de 2015).

no ambiente criminológico brasileiro, fundamentando que a não-adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico poderia ser mais prejudicial à sociedade brasileira do que o seu não-acatamento.

Em apertada síntese, BUSATO refere que embora o princípio da intervenção mínima do Direito Penal imponha que somente aquelas lesões a bens jurídicos essenciais sejam penalizadas, é inegável que a agressão aos diversos bens jurídicos coletivos se dá por meio de pessoas jurídicas. Ou seja, o Direito Penal de cunho minimalista não seria incompatível com a criminalização da pessoa jurídica, na exata medida que o recorte da intervenção mínima do direito penal impõe que as pessoas jurídicas sejam devidamente criminalizadas, por serem as maiores transgressoras da proteção dos bens jurídicos coletivos essenciais.³⁹

O autor ainda pondera que a utilização de restrições mais pesadas no campo do Direito Civil e do Direito Administrativo quanto às pessoas jurídicas não justifica o esquecimento da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. Se as multas e penas forem tão absolutas que não permitam garantias mínimas às pessoas jurídicas, restará evidenciada uma fraude de etiquetas entre os demais ramos do Direito e o Direito Penal: “se for afirmado que o Direito administrativo e o Direito civil gozam de tais garantias, está provada a fraude de etiquetas. Intervenção grave e garantias máximas são as impressões digitais do Direito [Penal]. Se estaria chamando de civil e administrativo aquilo que é claramente Direito penal”.⁴⁰

Deste modo, compreende-se que a Lei Anticorrupção busca realizar uma “*administrativação*” das condutas consideradas como ilícitas penalmente às pessoas físicas, sobretudo quanto aos crimes em sede de licitações e contratos administrativos, pois quase todos os atos considerados como ilícitos no art. 5º da Lei Anticorrupção correspondem a uma sanção penal na Lei nº 8.666/93.⁴¹

Embora possa ser questionável esta postura de simplesmente transformar sanções penais individuais como aplicáveis às pessoas jurídicas por meio de sanções administrativas, a

³⁹ Interessantemente o autor refere que os argumentos para a não-admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica partem da doutrina penal afeita ao marxismo: “resulta no mínimo curioso que justamente onde há defesa veemente da vertente criminológica crítica, de raiz marxista, se admita uma defesa tão ostensiva do capital quanto a negação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Afinal, admite-se que seja vítima, mas não autora do delito” (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 732).

⁴⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 733-734.

⁴¹ Em artigo publicado na Revista Digital de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo, tivemos a oportunidade de realizar uma análise comparativa entre as condutas consideradas como ilícitos penais no ordenamento jurídico e os atos como considerados como infrações administrativas pela Lei nº 12.846/13, com uma tabela comparativa, elencando cada ato na Lei Anticorrupção e o seu respectivo correspondente nas leis penais esparsas brasileiras, cf. PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Desconsideração administrativa da personalidade societária – Compatibilidades e possibilidades da Lei Anticorrupção. *Revista de Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, v. 2, n. 1, 2015, p. 387-389. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/85271/pdf_22>. Acesso em 24 de jul. de 2015.

Lei nº 12.846/2013 está em acordo com diversos Tratados Internacionais e as mais diversas normativas internacionais a respeito da corrupção.

Alhures, foi dito que “a Lei nº 12.846/13 está em consonância com diversos Tratados e Convenções Internacionais que tratam do tema da corrupção, observando-se que a mensagem do Poder Executivo também menciona os documentos internacionais de combate à corrupção”.⁴²

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada no Brasil com o Decreto Presidencial nº 5.687/2006, exige expressamente em seu art. 26 que os Estados signatários adotem em seus ordenamentos jurídicos técnicas de responsabilização de maneira distinta da responsabilização das pessoas físicas quanto aos delitos de corrupção.⁴³

O Supremo Tribunal Federal, em duas ocasiões, já admitiu a extradição de dois cidadãos norte-americanos por crime de lavagem de dinheiro e falsificação de softwares cometidos nos EUA, que muito embora estes dois delitos não estivessem presentes no rol de crimes expostos no Tratado de Extradicação entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos da América (Decreto nº 55.760/1965), haveria plena subsunção ao exposto na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção com as hipóteses de crime cometidos pelos extraditados, levando em consideração que os EUA e o Brasil seriam signatários da Convenção, havendo plena possibilidade de concessão da extradição pelo STF.⁴⁴

Inegável, assim, o papel que os Tratados Internacionais desempenham no combate à corrupção. Muitos autores, ao tratarem da Lei Anticorrupção, mencionam que as inspirações do diploma normativo estariam na concretização e internalização destes documentos interna-

⁴² CUÉLLAR, Leila; PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Reflexões sobre a Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, abr./jun., 2014, p. 138. Nesse mesmo sentido, SANTOS NETO, José Abduch dos; BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei Anticorrupção*. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 15-21; PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 22-29.

⁴³ “Artigo 26 - Responsabilidade das pessoas jurídicas - 1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa. 3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos. 4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo”.

⁴⁴ O Ministro EROS GRAU ainda consignou: “Ausência no rol taxativo do Tratado de Extradicação celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos da América. Entendimento, do Pleno (HC n. 92.598, j. em 13/7/07), de que esse crime foi inserido automaticamente no Tratado específico. Isso por fazer parte da lista de delitos da Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Palermo), da qual o Brasil e os Estados Unidos da América são signatários” (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ext 1103, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008, cf. também posição semelhante em Ext 1212, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 09/08/2011).

cionais no ordenamento jurídico brasileiro. Alguns juristas mencionam a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (Decreto Presidencial nº 3.678/2000) e a Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto Presidencial nº 4.410/2002).⁴⁵

UBIRAJARA CUSTÓDIO FILHO alude que a maior razão da edição da Lei nº 12.846/2013 está na assunção destes compromissos por parte do Governo Brasileiro frente à comunidade jurídica internacional. Entretanto, o jurista comenta ser lamentável esta postura, como o texto da exposição de motivos da Lei parece adotar, “parece ser evidente que combater a corrupção deveria ser uma preocupação do legislador brasileiro independentemente de pressões externas, mas apenas pela consciência dos males que isso gera à sociedade brasileira”.⁴⁶

Há ainda autores que mencionam a influência da *Foreign Corrupt Practices Act* (Lei Americana de Práticas Corruptas no Exterior) de 1977, como uma forma de resposta aos casos de subornos por companhias norte-americanas no exterior. No entanto, entende-se que o objetivo da Lei brasileira parece ser distinto da FCPA, já que a lei americana buscava que as empresas norte-americanas fossem mais diligentes e transparentes nos investimentos estrangeiros, em especial, no eventual pagamento de subornos; a exigência da FCPA é a “transparência no aspecto contábil dos investimentos externos, considerando que o pagamento de suborno, em regra, é feito mediante fundos ocultos em filiais fora do alcance da jurisdição do país sede”.⁴⁷

Essa posição inovadora dos EUA, ao exigir que as empresas americanas fossem mais diligentes no mercado internacional, quedou por deixar as próprias empresas norte-americanas em uma situação de desvantagem frente ao mercado internacional, “já que os demais Estados não adotavam a mesma medida”.⁴⁸

A FCPA tem tamanha importância que MODESTO CARVALHOSA chega a mencionar que a origem da maioria dos Tratados Internacionais em matéria de corrupção é inspirada ou possui como base a Lei norte-americana citada, advertindo que seria imprescindível que a

⁴⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 31.

⁴⁶ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção*. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 36.

⁴⁷ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em perspectiva internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora RT, v. 64, jan./fev., 2007, p. 41.

⁴⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em perspectiva internacional..., p. 41.

maioria dos Estados adotasse tal política anticorrupção, pois, conforme já se relatou, colocaria as empresas norte-americanas em situação de desvantagem no mercado internacional.⁴⁹

Segundo CARVALHOSA, o organismo da “OCDE foi o escolhido para ao exercício dessa pressão norte-americana, já no início dos anos 1990, do que resultou, auspiciosamente, em 1994, o primeiro Tratado Internacional Anticorrupção, denominado Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais”.⁵⁰

Contrariamente, a postura adotada pela FCPA parece se distanciar dos fitos pretendidos pela Lei Anticorrupção brasileira. Seu objetivo principal é a punição dos atos de corrupção cometidos contra a autoridade pública brasileira, em especial os entes federativos brasileiros, União, Estados, Distrito Federal e Municípios e as demais entidades públicas, como autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, entre outras.

Deve-se atentar que a Lei Anticorrupção também pune as empresas brasileiras por atos de corrupção cometidos contra a Administração Pública estrangeira, conforme previsão do art. 28 da Lei nº 12.846/2013.⁵¹ A previsão é de essencial importância com o esforço internacional de combate à corrupção, sendo hipótese de *ultraterritorialidade* da lei brasileira, segundo MODESTO CARVALHOSA; contudo, essa postura de *ultraterritorialidade* da Lei Anticorrupção não se coaduna com nosso pensamento, tomando em conta que CARVALHOSA aplica os princípios da *extraterritorialidade* próprios da aplicação da lei penal no espaço, invocando princípios de Direito Penal Internacional,⁵² com a aplicação do art. 7º, §2º do Código Penal brasileiro.⁵³

⁴⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 107.

⁵⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 107-108.

⁵¹ “Art. 28. Esta Lei aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior”.

⁵² CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 107-108.

⁵³ “Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984) [...] II - os crimes: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984) b) praticados por brasileiro; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984) c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984) [...] § 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984) a) entrar o agente no território nacional; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984) b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984) c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984) d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984) e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)”. A respeito da Lei Penal no espaço, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO observa que o “princípio da territorialidade, aparentemente de aplicação muito simples, pode ofere-

A extraterritorialidade das leis é presente também na Lei Antitruste brasileira, no art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.529/2011.⁵⁴ Muito embora a aplicação da Lei Antitruste adote o critério da produção dos efeitos como forma de aplicação extraterritorial da Lei Antitruste, há uma mescla dos fundamentos de aplicação extraterritorial da Lei Concorrencial. PAULA ANDREA FORGIONI define três formas de aplicação extraterritorial das leis antitruste: a) territorialidade; b) a nacionalidade dos agentes; c) local da verificação dos efeitos.⁵⁵

A Lei nº 12.529/2011 abraça expressamente a territorialidade como critério da aplicação da Lei antitruste brasileira, conjugado com o critério dos efeitos dos atos contrários à Ordem Econômica brasileira. A partir dos princípios próprios da aplicação extraterritorial da Lei Antitruste brasileira, entende-se que este seria melhor coadunável com um Procedimento Administrativo de Responsabilização – PAR, pois, ao que tudo indica, a Lei Anticorrupção evade dos princípios de aplicação da Lei Penal no espaço.⁵⁶

Outrossim, denota-se que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica é o principal meio de sancionamento da pessoa jurídica que cause danos à Administração Pública na Lei nº 12.846/2013, sendo considerada, também, como totalmente inovadora no sistema jurídico brasileiro. Conforme adverte CALIXTO SALOMÃO FILHO, todo aquele que busque estudar qualquer tipo de responsabilidade da pessoa jurídica, precisa se aprofundar nos tópicos a respeito de sua natureza jurídica e da manifestação de sua vontade.⁵⁷

Feitos esses breves esclarecimentos a respeito da Lei Anticorrupção, passa-se a analisar mais detidamente os limites ao estabelecimento de uma responsabilidade da pessoa jurídica e as hipóteses de responsabilização da pessoa jurídica no Direito Administrativo brasileiro.

1.2. A RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

cer dificuldades inesperadas nos delitos permanentes e continuados que, em certas circunstâncias, se consideram praticados em mais de um país” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 46).

⁵⁴ “Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”.

⁵⁵ FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 426.

⁵⁶ Esta foi a denominação utilizada pelo Decreto Presidencial nº 8.420/2015, que regulamentou a aplicação da Lei nº 12.846/2013 no âmbito da Administração Pública Federal: “Art. 2º A apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica que possa resultar na aplicação das sanções previstas no art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, será efetuada por meio de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR”.

⁵⁷ Embora o autor refira-se à responsabilidade penal da pessoa jurídica, é essencial a advertência feita pelo comercialista paulista: “Averiguar historicamente as concepções sobre a constituição das pessoas jurídicas é um trabalho fundamental ao estudioso que pretenda indagar sobre a possibilidade de responsabilização penal e sobre o conteúdo dessa responsabilidade. Isto porque a personificação de um ente, no sentido de criação de um centro de imputação de direito e deveres, é o primeiro passo rumo ao reconhecimento de sua responsabilidade, ainda que em termos genéricos” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 214).

É inegável que a pessoa jurídica é passível de responsabilização por seus atos mediante uma sanção de ordem administrativa. RAFAEL MUNHOZ DE MELLO salienta que a pessoa jurídica, segundo o art. 225, §3º, da Constituição Federal, poderá ser responsabilizada pelos atos que venham a ser perpetrados contra a integridade do meio-ambiente.⁵⁸

Ainda, MELLO relata que a doutrina brasileira é uníssona a respeito da ampla possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por meio de uma sanção de ordem administrativa. “O entendimento é correto, pois a pessoa jurídica tem capacidade para ser titular de direitos e deveres, de modo que o descumprimento de tais deveres deve sujeitar a própria pessoa jurídica à imposição de correspondente sanção administrativa”.⁵⁹

Por conseguinte, é plenamente possível no ordenamento jurídico brasileiro que a pessoa jurídica seja devidamente responsabilizada pelos atos e danos que ela venha a cometer à entidade pública, posto que ela responderá, em mais apurada análise, pelos atos manifestados pelas pessoas físicas que lhe integram.

PONTES DE MIRANDA, em seu Tratado de Direito Privado, manifesta-se favoravelmente à ampla possibilidade de responsabilidade da pessoa jurídica pelos atos por ela cometidos. Tanto é verdade que o jurista propõe que os integrantes da pessoa jurídica seriam diretamente os responsáveis pelos atos da pessoa jurídica, formulando a ideia de que a pessoa jurídica é apresentada, e não representada. O órgão decisório da pessoa jurídica não é de seu representante legal, mas é o emissor das decisões da própria pessoa jurídica, sua direta fonte de obrigações e direitos: “O órgão da pessoa jurídica não é representante legal. A pessoa jurídica não é incapaz. O poder de apresentação, que êle tem, provém da capacidade mesma da pessoa jurídica”.⁶⁰

A pessoa jurídica é diretamente responsável pelos atos cometidos em seu nome, principalmente a partir da teoria do órgão, pelo simples fato da pessoa jurídica ser plenamente capaz de ser titular de direitos, deveres e obrigações. “Se as pessoas jurídicas fôssem incapazes, os atos de seus órgãos não seriam atos seus. Ora, o que a vida nos apresenta é exatamente a atividade das pessoas jurídicas através de seus órgãos: os atos são seus, praticados por pessoas físicas”.⁶¹

⁵⁸ A respeito da importância da proteção do meio-ambiente, cf. SILVA, Vasco Pereira da. *Verde Cor de Direito: lições do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002, *passim*.

⁵⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 207.

⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Atualizado por Judith Martins-Costa *et al.* t. I. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 578, *grifos nossos*, ortografia como no original.

⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Atualizado por Judith Martins-Costa *et al.* t. I. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 578, ortografia como no original.

PONTES DE MIRANDA complementa que os “atos dos órgãos, que se não confundem com os dos mandatários das pessoas jurídicas, são atos das próprias pessoas jurídicas: têm elas vontade, que se exprime; daí a sua responsabilidade pelos atos ilícitos deles, que sejam seus”.⁶² Esta parece ser, também, a posição da Lei Anticorrupção, ao situar que a responsabilidade das pessoas físicas é totalmente independente da responsabilidade da pessoa jurídica.⁶³

Assim, é inegável que a pessoa jurídica é plenamente capaz de contrair obrigações e ser titular de direitos e obrigações (até mesmo de direitos fundamentais, para uma parcela da doutrina),⁶⁴ dando ensejo à responsabilização desta por seus atos ilícitos, corruptos ou torpes.

1.2.1. A PESSOA JURÍDICA COMO SUJEITO ATIVO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Assentado que a pessoa jurídica pode ser protagonista do ato lesivo da Lei nº 12.846/2013, basta analisar um dos pontos controvertidos a respeito da imposição de sanções administrativas às pessoas jurídicas, que é a respeito da ideia ou limitação de culpabilidade da pessoa jurídica.

Conforme esclarece MARCELO MADUREIRA PRATES, as pessoas jurídicas são responsabilizadas, no Direito Administrativo, pela assunção de alguns deveres administrativos em nome da pessoa jurídica, devendo esta ser sancionada pelos desvios concernentes a esse dever. Como se afirmou, a imposição de sanções administrativas às pessoas jurídicas também parecer ser um reflexo da individualização necessária à imposição de penas administrativas,

⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit., p. 578.

⁶³ “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 partícipe do ato ilícito. § 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput. § 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade”.

⁶⁴ A própria Constituição parece reconhecer alguns direitos fundamentais que são de possível titularidade das pessoas jurídicas, podendo-se identificar os seguintes, a mero título de exemplo: *i*) art. 5º, XXI - possibilidade das associações de representar seus filiados; *ii*) art.5º, XXII – direito de propriedade; art. 5º, XXXIV, alínea “a” – direito de petição aos órgãos públicos; *iii*) art. 5º, XXXV – devido processo legal; *iv*) art. 5º, LV – direito ao contraditório e ampla defesa em processo judicial ou administrativo; *v*) art. 5º, LXIX – direito ao mandado de segurança para se proteger direito líquido e certo; *vi*) art. 5º, LXX – mandado de segurança coletivo, que é concedido diretamente a pessoa jurídica associativa, a saber, o partido político com representação no Congresso Nacional e a entidade sindical, *vii*) art. 5º, LXXVII – razoável duração do processo. A respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas, cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 323; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 329-330; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 130. Em sentido crítico a respeito da admissibilidade de certos direitos por parte das pessoas jurídicas, cf. RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Droit Commercial*. 16. ed. Paris: L.G.D.J., 1996, p. 609; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Eduardo Bastos de. Anotações sobre pessoa jurídica e dano moral sob uma perspectiva econômica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 21, jan./mar., 2008, *passim*; CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 43.

“se a pessoa jurídica é capaz de exercer direitos e deveres no plano administrativo, ela também é capaz de responder pelos descumprimentos que lhe sejam imputáveis nesse domínio”.⁶⁵

A pessoa jurídica enquanto sujeito ativo do ato de corrupção, segundo MODESTO CARVALHOSA, responde diretamente pelos atos de corrupção que venha a causar, entendendo que o “sujeito ativo é sempre e unicamente a pessoa jurídica. A pessoa jurídica é que se conduz delituosamente, não compartilhando essa posição penal-administrativa com quaisquer pessoas físicas, para os fins e efeitos da presente Lei”.⁶⁶ A partir disto, muitos autores têm definido que a culpabilidade poderia ser um parâmetro de aferição e imposição das sanções administrativas. Por conseguinte, cumpre realizar alguns apontamentos a respeito da aplicação da culpabilidade às sanções administrativas impostas às pessoas jurídicas.

1.2.2. A QUESTÃO DA CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A culpabilidade é requisito essencial das penas e imposições de natureza penal. Contudo, a culpabilidade seria aplicável à pessoa jurídica? Ela ainda seria coadunável com os procedimentos e processos de natureza administrativa que imponham sanções em caso de ocorrência de infrações administrativas da Lei nº 12.846/2013?

A questão não possui assentamento firme na doutrina, havendo duas distinções realizadas pelos estudiosos do tema, sintetizadas brevemente a seguir:

i) A primeira delas defende que não é aplicável a culpabilidade à pessoa jurídica, da mesma forma que seria aplicável o princípio da culpabilidade somente às pessoas naturais em procedimentos de ordem penal. Assim, a pessoa jurídica seria desprovida de qualquer tipo de culpabilidade para a imposição de sanções administrativas ou mesmo de penas.

ii) Em segundo lugar, há a posição de que a imposição de sanção e penas exige que haja o reconhecimento de certa culpabilidade por parte da pessoa jurídica, principalmente por esta ser integrada por pessoas físicas, havendo uma culpabilidade diferenciada para a imposição de sanções e penas às pessoas jurídicas.

FÁBIO MEDINA OSÓRIO traz um breve panorama a respeito do tema. O autor afirma que a manifestação da vontade da pessoa jurídica não seria análoga àquela exposta pela pes-

⁶⁵ PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 98.

⁶⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 68.

soa física. A pessoa jurídica não tem consciência da ilicitude, vontade ou consciência: “As pessoas jurídicas, por seu caráter fictício, atuam sob o domínio dos homens, em geral de uma pluralidade de vontade, sendo que, em si mesmas, não estão dotadas desses atributos humanos”.⁶⁷

O maior óbice ao reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica é a culpabilidade. De outro lado, o Direito Administrativo é mais próximo à realidade social, sendo mais perceptível à atuação ilícita das pessoas jurídicas, que atinge diretamente o Estado e, em última análise, o meio constituído para a satisfação dos interesses comuns das sociedades, principalmente aqueles expostos na Constituição Federal.⁶⁸

As dificuldades teóricas que afligem o Direito Penal não são capazes de atingir o Direito Administrativo, por exemplo, já que os requisitos de necessidade de ressocialização e recuperação psíquica dos indivíduos não são imperativos no Direito Administrativo, em particular no Direito Administrativo Sancionador.⁶⁹

A culpabilidade, enquanto princípio limitador do *facultas puniendi* estatal, funcionaria como princípio limitador do Direito Penal somente. De outro lado, como já foi observado, a incidência de sanções administrativas é afeita à responsabilidade subjetiva, que exige a existência de uma culpabilidade e a responsabilização pela ocorrência de fatos.

A culpabilidade, no Direito Penal, é definida “como um *juízo individualizado* de atribuição de responsabilidade, e representa uma garantia para o infrator frente aos possíveis excessos do poder punitivo estatal. [...] Nesse sentido, a culpabilidade apresenta-se como *fundamento e limite* para a imposição de uma pena *justa*”.⁷⁰

ALEJANDRO NIETO faz breve síntese a respeito da culpabilidade aplicável às pessoas jurídicas, caracterizando-a como a verdadeira prova de fogo ao Direito Administrativo Sancionador. Muitos autores poderiam pensar que a pessoa jurídica, por não ser pessoa natural, não poderia ser nem mesmo responsabilizada, já que não seriam suscetíveis de imputação de nenhuma responsabilidade, ou mesmo do castigo.⁷¹

O jurista afirma que duas posturas também podem ser retiradas a respeito da aplicação da culpabilidade às sanções administrativas: *a)* a primeira destas posturas é de uma verdadeira aceitação *acrítica* de todos os princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo, denomi-

⁶⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 465-466.

⁶⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo...*, p. 466.

⁶⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo...*, p. 466.

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal...*, p. 428, *grifos no original*.

⁷¹ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador...*, p. 440.

nando esta postura como análise dogmática;⁷² b) em segundo lugar, NIETO apresenta a postura realista, que afirma que a comissão habitual de infrações pelas pessoas jurídicas seria inadmissível com esta postura dogmática, sendo a postura de preferência do autor, por conta de que não é possível se desconsiderar as consequências práticas entre estas teorias e a realidade social: “não estamos dispostos a passar ao alto pelas consequências destas constatações, e cremos que quando há discordância entre a realidade (seja normativa ou sociológica) e as teorias, devem estas se adaptar àquela, e não de maneira inversa”.⁷³

E ainda pondera que “desde a Idade Média, e desde os inícios do Direito Canônico, sabemos que as pessoas jurídicas atuam, necessariamente, através de seus órgãos, ou, mais acertadamente, todavia, através de pessoas físicas titulares de seus órgãos. Pois bem, a chamada teoria do órgão serve, cabalmente, para imputar legalmente à pessoa jurídica a atuação que realizam as pessoas físicas nela integradas”.⁷⁴ E assim, conclui que a teoria da imputação orgânica da pessoa jurídica é aplicável no âmbito das sanções e infrações administrativas, como no caso da Lei Anticorrupção, já que o responsável será unicamente a pessoa jurídica pelos efeitos favoráveis de seu ato.⁷⁵

A proposição ora defendida já possui respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, nomeadamente na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Embora a Lei de Improbidade Administrativa, mediante interpretação doutrinária, como já se ressaltou preliminarmente no presente escrito, admite a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica somente no caso do art. 3º; ou seja, quando a pessoa jurídica tenha sido beneficiária do ato de improbidade administrativa. Com isso, adota-se como parâmetro a teoria do órgão para a aferição da vontade da pessoa jurídica, observando-se a estrita possibilidade de ocorrência de ato de improbidade administrativa mediante comprovação de dolo, ressalvada a hipótese de admissão culposa do art. 10.⁷⁶

⁷² NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador...*, p. 441.

⁷³ Trad. livre de: “no estamos dispuetos a pasar por alto las consecuencias de tales constataciones y creemos que cuando hay discordancia entre la realidad (sea normativa o sociológica) y las teorías, deben éstas adaptarse a aquélla y no a la inversa” (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008, p. 441).

⁷⁴ Trad. livre do espanhol: “Desde la Edad Media y desde los inicios del Derecho Canónico sabemos que las personas morales actúan necesariamente a través de sus órganos o, más exactamente todavía, a través de las personas físicas titulares de sus órganos. Pues bien, la llamada teoría del órgano sirve cabalmente para imputar legalmente la persona jurídica la actuación que realizan las personas físicas en ella integradas”. (NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008, p. 442).

⁷⁵ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador...*, p. 442.

⁷⁶ “A Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9o.), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese

Eis o entendimento do STJ:

Ainda que em tese, não existe (sic) óbice para admitir a pessoa jurídica como sujeito ativo de improbidade administrativa - muito embora, pareça que, pela teoria do órgão, sempre caiba a responsabilidade direta a um agente público, pessoa física, tal como tradicionalmente acontece na seara penal, porque só a pessoa física seria capaz de emprestar subjetividade à conduta reputada ímproba.⁷⁷

Portanto, em tese, resta plenamente aplicável a teoria do órgão, mediante o apoio jurisprudencial e doutrinário, como critério definidor da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica em sede de sanções e infrações administrativas.

A questão da aplicação da culpabilidade à pessoa jurídica demonstra um dos maiores problemas a respeito deste conceito. Contudo, mesmo os mais candentes defensores da existência de uma unidade da incidência punitiva afirmariam que seria possível se coadunar a existência de uma responsabilidade das pessoas jurídicas por meio de sanções administrativas.

Enfim, NIETO entende que o regime das pessoas jurídicas, por sua natureza, exclui a existência de qualquer tipo de culpabilidade aplicável às pessoas jurídicas, mas que não servem para que esta ausência de culpabilidade exclua a existência de uma ilicitude, de tal modo que a responsabilidade da pessoa jurídica é plenamente possível no Direito Administrativo Sancionador.⁷⁸

Nesse mesmo sentido, KLAUS TIEDEMANN, em artigo de doutrina que sintetiza as possibilidades de responsabilidade das pessoas jurídicas na Europa, observa que há uma tendência em todos os ordenamentos jurídicos, em especial, aqueles da União Europeia, de querer alcançar uma categoria própria de uma existência de culpa própria da pessoa jurídica, uma culpabilidade não somente relacionada à imputação de fatos, mas relacionada a critérios que são muito conhecidos do Direito Civil.⁷⁹

Nada impede que as normas jurídicas reconheçam que as pessoas jurídicas sejam destinatárias das normas sancionatórias que revelam um cariz ético ou moralizador.⁸⁰ A correta organização da pessoa jurídica é uma obrigação própria desta, sendo por esse motivo que KLAUS TIEDEMANN reconhece a existência de uma culpabilidade própria da pessoa jurídica, ou mesmo uma culpa própria da pessoa jurídica.⁸¹

de prejuízo ao erário (art. 10)” (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1257150/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 17/09/2013).

⁷⁷ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 886.655/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 08/10/2010.

⁷⁸ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008, p. 442.

⁷⁹ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora RT, n. 11, jul./set., 1995., p. 30-31.

⁸⁰ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas..., p. 31.

⁸¹ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas..., p. 31.

A introdução de uma culpabilidade coletiva ou de uma agrupação, ao lado da culpabilidade individual tradicional, não seria impossível, segundo um ponto de vista de que o reconhecimento da responsabilidade das pessoas jurídicas não deve considerar esta como uma mera ficção.⁸²

O conteúdo das categoriais fundamentais do Direito Penal, como a culpabilidade, não parece ser igual quando se trata de agrupações delituosas, sendo que TIEDEMANN entende que a introdução de novos nomes às categoriais aplicáveis às sanções das pessoas jurídicas seria um modelo útil, como uma resposta negativa para assinalar que o fato sancionado não se trata de uma responsabilidade idêntica àquela aplicada aos indivíduos.⁸³

Apesar disso, PAULO CÉSAR BUSATO refere que a ação da pessoa jurídica não se coaduna com o modelo finalista de ação, baseado somente em ação e dolo, sendo por esse motivo que o penalista entende que não se deve adotar uma culpabilidade diferenciada às pessoas jurídicas, mas deve haver a superação do modelo finalista de ação, a partir daquilo que o autor define como modelo de ação significativa de ação.⁸⁴ Para isso, basta pensar que a culpabilidade diferenciada adotada para crianças e adolescentes esconde um modelo penal disfarçado, já que, certamente, “a atuação de uma pessoa jurídica envolvida em um ilícito penal costuma ser bastante mais perigosa que o envolvimento de um inimputável”.⁸⁵

Mais precisamente, FRANCISCO ZARDO arremata que a questão da responsabilidade da pessoa jurídica não tem relação com a sua culpa, ou mesmo a possibilidade da existência de uma culpabilidade aplicável às pessoas jurídicas, mas sim verificar se a pessoa jurídica tomou todos os cuidados exigidos pelas normas regulamentares ou que a Administração Pública lhe exigia,⁸⁶ reafirmando a sua responsabilidade. “A violação do dever de cuidado da pessoa jurídica é relevante, assim como também o é o elemento subjetivo que animou a conduta de seus representantes ou empregados”.⁸⁷

Ou seja, não poderia se imaginar uma responsabilidade autônoma da pessoa jurídica, desvincilhada das decisões de seus sócios, administradores ou funcionários. Este fenômeno é descrito pela doutrina mais abalizada como a teoria do órgão (conforme se dissertou com mais

⁸² TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas..., p. 31.

⁸³ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas..., p. 31.

⁸⁴ A respeito do finalismo, FRANCISCO MUÑOZ CONDE o define como a doutrina pela qual a ação é uma conduta humana voluntária, mas a análise dessa conduta é orientada pelo seu fim. Quando o legislador penal edita leis faz pensando na ação em si, mas como um processo regido pela vontade que conduz a ação (CONDE, Francisco Muñoz; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 57-59).

⁸⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 736.

⁸⁶ ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 111.

⁸⁷ ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 111.

propriedade no tópico 1.2.). Basta pensar no fato de que a pessoa jurídica não come, não dorme e não tem sentimentos. De tal modo, a pessoa jurídica necessita de intermediários para a plena manifestação de sua vontade e de seus atos decisórios.

No mesmo sentido, MIGUEL REALE estabeleceu que: “Personalidade jurídica sem órgão decisório próprio, ou melhor, sem um órgão próprio que tenha a responsabilidade final de decidir, ou que dependa de órgão estranho ao seu âmbito autônomo de interesses, é algo de juridicamente inconcebível, pois isso redundaria em admitir-se uma pessoa jurídica sem direito subjetivo”.⁸⁸

Entende-se que a opção legislativa da Lei nº 12.846/2013 ainda não é clara na doutrina, nem mesmo na legislação comentada, tendo em vista que a Lei Anticorrupção não traz uma delimitação de quais seriam as pessoas naturais autorizadas a cometer atos de corrupção, apesar de adotar uma posição totalizante. Ao que tudo indica, responsabiliza objetivamente todos os atos cometidos em nome da pessoa jurídica, que será melhor esmiuçada no Capítulo 2 da presente monografia.

1.3. CONCLUSÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO

A partir das ideias expostas no Capítulo 1 do trabalho, pode-se afirmar que nada impede a existência de uma responsabilidade da pessoa jurídica, mais precisamente pela imposição desta por meio de sanções administrativas.

Observou-se que o sistema jurídico brasileiro, especialmente aquele exposto no Direito Administrativo Sancionador, baseia a ação da pessoa jurídica como de ordem subjetiva, como acontece no caso da Lei de Improbidade Administrativa, que admite a participação da pessoa jurídica somente como um terceiro, em caso de a pessoa jurídica ser beneficiária do ato de improbidade administrativa, em concurso com o agente público, mediante a comprovação, no mínimo, da existência da culpa.

Assim, as hipóteses de responsabilização do Direito Administrativo Sancionador brasileiro são concebidas, inicialmente, sob o manto da responsabilidade subjetiva. Ademais, tem-se que a pessoa jurídica não pode ser responsabilizada penalmente pela ocorrência de um crime contra a Administração Pública (compreendida em sentido amplo), salvo na hipótese do art. 225, §3º, da Constituição Federal, que prevê a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica em lesões ao meio-ambiente.

⁸⁸ REALE, Miguel. Associação Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora RT, n. 445, v. 11, nov., 1972, p. 13.

Destacou-se que a Lei nº 12.846/2013 busca abranger estes atos que não seriam devidamente punidos pelas Leis penais brasileiras, realizando a transformação da maioria dos crimes imputados às pessoas físicas, previstos na Lei Geral de Licitações, em infrações administrativas (art. 5º da Lei Anticorrupção), independentemente de comprovação de dolo ou culpa por parte daquele que alega, impondo uma responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Com isso, impõe-se esta responsabilidade mediante o manejo de sanções administrativas, com a devida instalação de um Procedimento Administrativo de Responsabilização, sem olvidas ao procedimento judicial específico previsto nos arts. 18 a 21 do Diploma legal.

Ressaltou-se que a Lei Anticorrupção integra um esforço internacional de combate à corrupção, tendo como principal documento inspirador a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, que foi integralmente internalizada no Brasil no 2006, que prevê a necessidade dos países signatários punirem atos de corrupção cometidos pelas pessoas jurídicas no seu art. 26.

É inegável que a pessoa jurídica tem existência distinta de seus sócios e administradores, podendo contrair direitos e obrigações, devendo, assim, ser responsabilizada pelas suas manifestações contrárias à ordem jurídica. A partir disso, entende-se que as decisões tomadas pelo órgão da pessoa jurídica são essenciais, em particular considerando as ponderações de PONTES DE MIRANDA a respeito do tema, pois a pessoa jurídica é apresentada em sua decisão, e não representada.

Para grande parte da doutrina, a comprovação da culpabilidade da pessoa jurídica é desnecessária para a imposição de sanções administrativas, havendo alguns que defendam a existência de uma culpabilidade diferenciada para a pessoa jurídica, como forma de incidência atenuada ou diferenciada para as manifestações das pessoas jurídicas.

Feitas algumas ponderações a respeito da Lei nº 12.846/2013, nomeadamente a possibilidade de responsabilização por meio de sanções administrativas às pessoas e a culpabilidade da pessoa jurídica, passa-se ao exame da responsabilidade civil/administrativa objetiva da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção.

2. É POSSÍVEL UMA RESPONSABILIDADE OBJETIVA CIVIL E ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA?

A responsabilidade objetiva, independentemente de comprovação de dolo ou culpa, é uma das bases da Lei nº 12.846/2013, pois conforme ficou estabelecido no Capítulo anterior, exigiu-se uma responsabilidade objetiva para que ela fosse capaz de atingir a pessoa jurídica no cometimento de atos lesivos à Administração Pública brasileira, esta compreendida em sentido lato,⁸⁹ em decorrência de uma suposta ineficiência nos meios de controle e responsabilização da pessoa jurídica no Direito brasileiro, especialmente de atos que tem como fulcro a lesão do Estado (compreendido em sentido amplo) ou de bens jurídicos essenciais à coletividade.

A Lei nº 12.846/2013 estabelece a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, por meio da utilização de sanções administrativas, bem como o emprego da multa, a desconsideração da personalidade jurídica, a proibição de contratar com o Poder Público e a publicação extraordinária da decisão condenatória.

Assim, o presente Capítulo analisa alguns aspectos a respeito da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica à luz da Lei nº 12.846/2013.

2.1. HISTÓRICO DAS SUPOSTAS INSUFICIÊNCIAS NA RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica é a principal técnica de responsabilização da Lei Anticorrupção, a fim de punir aqueles atos cometidos por pessoas jurídicas, que não seriam responsabilizados, por exemplo, pelas Leis penais brasileiras. Entretanto, é imperiosa a apresentação da formação histórica do regime de responsabilidade da pessoa jurídica no Direito brasileiro para uma melhor apreensão do regime da Lei Anticorrupção.

BRUNO MEYERHOF SALAMA, em sua vasta monografia a respeito da responsabilidade da pessoa jurídica no Direito brasileiro, afirma que a limitação de responsabilidade da pessoa jurídica, especificamente a das sociedades limitadas, sofreu percalços e relativizações ao longo da história brasileira, que tem direta repercussão para a responsabilidade fundada na Lei nº 12.846/2013.

⁸⁹ Cf. a observação da nota de rodapé nº 34.

As sociedades limitadas têm como fundamento a consignação de uma responsabilidade limitada àquilo que os sócios trouxeram ao capital social da empresa, conforme a dicção do art. 1.052 do Código Civil, desde que este esteja totalmente integralizado.⁹⁰ Ou seja, os sócios não poderiam vir a responder por dívidas contraídas pelas sociedades, ou não honradas por esta, pois há uma distinção essencial entre os sócios e a sociedade, que encontrava o seu fundamento no art. 20 do Código Civil de 1916, o Código CLÓVIS.⁹¹

Ao mesmo passo, CLÓVIS BEVILÁQUA, principal lente do Código de 1916, confirma a distinção então considerada quase que como absoluta entre as pessoas dos sócios e a pessoa jurídica constituída por estes, *verbis*: “A consequencia immediata da personificação da sociedade é distingui-la, para os efeitos jurídicos, dos membros, que a compõem. Pois que cada um dos socios é uma individualidade e a sociedade uma outra, não ha como lhes confundir a existencia”.⁹²

RUBENS REQUIÃO, em artigo de doutrina publicado em 1969, já advertia que o conceito de personificação e, conseqüentemente, a distinção efetiva entre sócios e a pessoa jurídica poderia ser meio/anteparo da ocorrência de fraudes, com objetivos claros e evidentes para se contornar, por exemplo, as proibições estatutárias ou outras vedações de ordem legal. A principal razão da preocupação do comercialista é quanto à distinção entre a pessoa dos sócios e a pessoa jurídica.⁹³

A partir desta distinção, RUBENS REQUIÃO trazia um exemplo muito peculiar ao Direito Administrativo de utilização fraudulenta da personalidade jurídica: imagine-se o emprego de uma pessoa jurídica como concorrente em um processo de concorrência pública, em que um dos seus sócios tem como cônjuge a pessoa encarregada de analisar os processos de impugnação à mesma concorrência pública; e, na análise dos eventuais recursos, é utilizado o argumento de que a pessoa jurídica e a pessoa física são pessoas distintas daquelas dos seus sócios, contribuindo, ao que tudo aparenta, para uma forma de utilização fraudulenta da personalidade jurídica em um procedimento de contratação pública.⁹⁴ O exemplo permite inferir que a pessoa jurídica e, conseqüentemente, o conceito de personificação pode conduzir ao cometimento de fraudes por parte de seus dirigentes e sócios.

⁹⁰ “Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

⁹¹ “Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”.

⁹² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*: comentado por Clóvis Beviláqua. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 228, *ortografia como no original*.

⁹³ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora RT, v. 410, dez., 1969, p. 36.

⁹⁴ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude..., 1969, p. 20.

Todavia, BRUNO SALAMA elenca que a distinção entre a pessoa dos sócios e a pessoa jurídica, conjugada com a limitação de responsabilidade da sociedade limitada, foi essencial à prática empresarial brasileira, pois, com a edição do Decreto nº 3.708/1919, os tipos societários previstos no Código Comercial brasileiro ficaram no completo esquecimento e desuso. O jurista ainda afirma que “dois princípios – autonomia patrimonial e responsabilidade limitada – passariam, então, a compor o cerne da responsabilização empresarial no Brasil”.⁹⁵

Com efeito, ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO destaca que as sociedades limitadas se consolidaram no Direito brasileiro pelos seguintes aspectos que lhe caracterizavam: *i)* a sociedade limitada não exige um capital social mínimo para gozar da limitação de responsabilidade dos sócios; *ii)* a limitação de responsabilidade dá segurança jurídica aos sócios, estimulando o investimento no país.⁹⁶

Por sua vez, note-se que SALAMA adverte que o primeiro movimento de relativização da limitação da responsabilidade da pessoa jurídica de quotas de responsabilidade limitada ao capital social estaria na criação da Justiça do Trabalho no Brasil, em 1934, naquilo que o articulista denomina o “começo do fim da responsabilidade limitada”.⁹⁷

Com o reforço da edição da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – em 1943, a limitação da responsabilidade da pessoa jurídica sofre uma verdadeira revolução na sua concepção. O art. 2º, §2º, da CLT, estabelece que as empresas de um mesmo grupo econômico seriam solidariamente responsáveis por dívidas surgidas na relação de emprego.⁹⁸ Com esta disposição, tem-se um dos primeiros dispositivos que sancionam de maneira extracontratual objetiva a pessoa jurídica em decorrência de eventuais dívidas de trabalho: “Trata-se, como se vê, de modalidade de responsabilização civil extracontratual objetiva: outras empresas do grupo arcam com dívidas trabalhistas de empresa inadimplente independentemente de terem realizado qualquer ação dolosa ou culposa”.⁹⁹

MARÇAL JUSTEN FILHO, ao comentar o conceito de personificação para o art. 2º, §2º, da CLT, afirma que a pessoa jurídica no Direito do Trabalho já tem a sua personalidade jurí-

⁹⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: História, Direito e Economia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 67.

⁹⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 300-301.

⁹⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade...*, p. 83.

⁹⁸ “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. [...] § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

⁹⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade...*, p. 93.

dica desconsiderada caso haja qualquer tipo de exploração do empregado: “a desconsideração apresenta-se, sob um certo ângulo, como total (máxima). É o que o direito do trabalho ignora a pessoa jurídica ‘empregada’ e considera diretamente a pessoa jurídica beneficiária da prestação do serviço”.¹⁰⁰

Em segundo lugar, a CLT estabeleceu a possibilidade de celebração de um contrato de trabalho de maneira tácita, sendo que as empresas não poderiam alterar a execução, nem mesmo o conteúdo dos contratos de trabalho durante a execução.¹⁰¹ Isso “determinou que alterações na estrutura jurídica ou econômica das empresas não poderiam alterar os contratos de trabalho em vigor: mesmo que uma empresa seja vendida ou que seu tipo societário seja alterado, não seria possível realizar modificações unilaterais nas relações de trabalho”.¹⁰²

Em terceiro lugar, menciona-se a concepção de que a CLT expressa uma opção sociológica e, até certo ponto ideológica, a respeito da exploração dos empregados por parte de seus trabalhadores, na concepção de que “os empregados não dispõem de meios adequados para manter sua sobrevivência e que têm elevado grau de dependência ante o empregador”.¹⁰³

Notório, assim, o papel da edição da CLT para a atenuação da limitação da responsabilidade das pessoas jurídicas no Brasil, em especial as sociedades limitadas, estabelecendo uma responsabilidade objetiva da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, a despeito das demais já existentes no país.¹⁰⁴

SALAMA também destaca o papel da edição do Código Tributário Nacional – CTN – na atenuação da evasão fiscal e o reforço da responsabilidade tributária das pessoas jurídicas. A edição de regras específicas de responsabilização da pessoa jurídica, sobretudo na modalidade de terceiros, conforme se analisará em breve, foi a grande inovação utilizada no regime

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Editora RT, 1987, p. 105.

¹⁰¹ “Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado”.

¹⁰² SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade...*, p. 93.

¹⁰³ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade...*, p. 93. A respeito da postura da doutrina trabalhista, cf. o ensinamento de ALDACY RACHID COUTINHO: “Afinal, a força de trabalho vale pela sua representação e assim, não é o que é, mas o que aparenta ser – uma mercadoria, negociada no mercado pela sua correspondente representação monetária, não do bem em si ou do serviço produzido, porquanto cria sempre um valor superior a si próprio -, que permite pela mais-valia absoluta e remunerar o próprio capital” (COUTINHO, Aldacy Rachid. Comentário ao art. 7º, caput. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 550).

¹⁰⁴ MARIA CELINA BODIN DE MORAES menciona que o primeiro dispositivo brasileiro a prever a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas foi em 1912, com a edição do Decreto nº 2.681/1912, que previa a responsabilidade objetiva das estradas de ferro pela perda da bagagem dos seus passageiros: “Art. 1º - As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora RT, v. 854. dez., 2006, p. 13).

de responsabilidade das pessoas jurídicas no Direito Tributário. O autor complementa que “o CTN delimitou cuidadosamente a chamada responsabilidade por transferência de terceiros, inclusive sócios e administradores”.¹⁰⁵

Deste modo, o estabelecimento de uma responsabilidade tributária das pessoas jurídicas e de terceiros foi fundamental para o aumento das responsabilidades das pessoas jurídicas e uma atenuação da limitação de responsabilidades previsto no então Decreto das limitadas. O estabelecimento de uma responsabilidade tributária às pessoas jurídicas não era nenhuma novidade até 1964; outrossim, a novidade é advinda de uma “*meterregulação*” da responsabilidade tributária, que estabeleceria os limites da responsabilidade tributária do que seria tolerável. Os limites impostos pelo CTN seriam dois: *i*) a exigência de reserva legal para a edição de responsabilidades às pessoas jurídicas; *ii*) a existência de um fato gerador para a atribuição de responsabilidade tributária.¹⁰⁶

Com a edição da CLT e do CTN, BRUNO SALAMA indica que diversos movimentos defenderiam um regime de ampliação das responsabilidades das pessoas jurídicas, para além da responsabilidade limitada, sobretudo na década de 80, com a ampliação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica: “O rompimento com o regime de responsabilidades previsto no Decreto das Limitadas completava-se com novos posicionamentos da jurisprudência em matéria trabalhista. Como nos campos societário e tributário, também no campo trabalhista a flexibilização se apresentava de modo fragmentário e inicialmente pouco definido”.¹⁰⁷

A respeito destas responsabilidades, MARÇAL JUSTEN FILHO avulta que o regime de ampliação de responsabilidade e alcance dos sócios referentes às obrigações sociais se deu a partir da sofisticação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho: “a desconsideração costumeiramente se encontra, no direito do trabalho, como seriada. Vale dizer, aplica-se a desconsideração sobre todos os atos e eventos que envolvam o relacionamento entre a pessoa jurídica e um determinado sujeito”.¹⁰⁸

De outro lado, a admissão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Tributário se fundamenta pelos fins sociais almejada pela arrecadação; enquanto o direito do trabalho fundamenta na justiça social, o direito tributário “trilha o caminho da segurança social”.¹⁰⁹ Assim, “a desconsideração da personificação societária, no direito tributário,

¹⁰⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade...*, p. 103.

¹⁰⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade...*, p. 122-123.

¹⁰⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade...*, p. 153.

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Editora RT, 1987, p. 104-105.

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária...*, p. 115.

consistirá na suspensão da eficácia da distinção entre pessoas (decorrentes da existência de pessoa jurídica) para permitir a incidência de uma certa previsão tributária”.¹¹⁰

Inegável o papel do Direito do Trabalho e do Direito Tributário brasileiro para a concepção do regime de responsabilidade das pessoas jurídicas, mormente no contexto da década de 70 e 80.

Nesse mesmo sentido, SALAMA destaca que esta tendência de atenuação da responsabilidade limitada da pessoa jurídica, em especial no caso da sociedade limitada, levaria ao verdadeiro “*fim desta responsabilidade limitada*”, levando, também, ao fenômeno de regulação da responsabilidade da pessoa jurídica pela via da regulação administrativa-penal .

Na década de 90, com a edição do Código de Defesa do Consumidor – CDC, em 1990, e a reformulação do Código Civil, em 2002, o regime de limitação de responsabilidade “se aproxima da ilimitação da responsabilidade de sócios e da corresponsabilização de administradores e às vezes de outros terceiros por dívidas da empresa”.¹¹¹ Este fenômeno de quase total responsabilidade da pessoa jurídica e, conseqüentemente, de seus sócios e administradores, levou à ampliação total desse quadro, sobretudo quando se fala das técnicas de regulação administrativa e cível da responsabilidade da pessoa jurídica.

O regime de Privatizações no Brasil e a suposta diminuição do Estado, empreendido na década de 90, levou ao conhecimento de termos até então desconhecidos à doutrina de Direito Administrativo, “não se falava em regulação, mas sim em regulamentação”.¹¹² Igualmente, EGON BOCKMANN MOREIRA faz importantes advertências a respeito do Direito da Regulação da década de 90, concebendo que não é possível nem mesmo se falar no Brasil em um Estado Regulador, ou mesmo em um Estado Mínimo, “num país em que algumas das maiores empresas dos mais setores econômicos [...] são públicas, pode-se constatar que, a

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária...*, p. 115.

¹¹¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade...*, p. 187.

¹¹² SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade...*, p. 214. Nesse mesmo sentido, a respeito dos regulamentos no Direito brasileiro e sua regularidade, ensina EROS ROBERTO GRAU que o exercício do poder regulamentar pelo Poder Executivo é o reconhecimento da capacidade regulamentar prévia prevista somente em Lei e nesta exata medida: “O Executivo fica sujeito, ao editar esses *regulamentos autorizados*, exclusivamente às limitações definidas na *atribuição explícita* do exercício da sua função normativa. Logo, esses mesmos *regulamentos autorizados* podem impor obrigação de fazer alguma coisa (essa obrigação terá sido imposta *em virtude de lei*). (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 188) Em sentido contrário, manifesta-se EGON BOCKMANN MOREIRA, que afirma que: “É bastante inadequado denominar tais regulamentos de *administrativos* e/ou *executivos* (como se se dirigissem primeiramente a órgãos e entidades componentes da Administração Pública – e como se, em contraposição a eles, houvesse a espécie ‘regulamentos legais’ ” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 44, out./dez., 2013, p. 95, *grifos no original*).

partir de então, a regulação econômica passou a assumir a função antes estrutural do que circunstancial”.¹¹³

O movimento de privatização e, conseqüentemente, de retirada do Estado brasileiro de alguns setores estratégicos, como o das telecomunicações,¹¹⁴ exploração de minérios, quebra do monopólio constitucional da PETROBRAS sobre a exploração do petróleo, entre outros, reafirmou a importância das técnicas regulatórias, com a instalação de Agências Reguladoras, propiciando a ampliação da responsabilização administrativa por meio de regulamentos administrativos e demais sanções, desde que previstas em Lei.¹¹⁵

A reformulação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, com a edição da Lei nº 8.884/1994, que previa a possibilidade expressa da autoridade administrativa poder desconsiderar a personalidade jurídica (art. 18 da Lei nº 8.884/1994),¹¹⁶ sublinha essa ampla possibilidade de responsabilização administrativa da pessoa jurídica que cometa ilícitos contra à Ordem Econômica brasileira.¹¹⁷

¹¹³ MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 44, out./dez., 2013, p. 89.

¹¹⁴ Sobre o processo de privatização no setor de telecomunicações e a instalação de técnicas regulatórias neste setor, esclarece DIOGO ROSENTHAL COUTINHO que “a rede de infra-estrutura foi construída inteiramente pelo Estado que, igualmente, encarregou-se de expandi-lo e fazer-lhe manutenção. Quando as privatizações foram iniciadas na década de 1990, imaginou-se, ainda que de forma insuficiente, algumas formas de compensação social por meio de regras de universalização ou, mais especificamente, regras de investimento. [...] Nesse sentido, parece difícil conceber uma regulação econômica desvinculada de políticas públicas de caráter não regulatório e, especialmente, de um sistema tributário efetivamente progressivo que funcione como o motor principal de redistribuição da riqueza” (COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa de regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (coord.) *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 77). Nesse mesmo diapasão. cf. FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial: as telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 106-138.

¹¹⁵ A respeito do poder normativo das Agências Reguladoras, cf. CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e o seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 107-141. A respeito do poder sancionador das agências reguladoras, RAFAEL MUNHOZ DE MELLO pondera que “o poder normativo das agências reguladoras somente pode ser utilizado se houver atribuição legal, e nos estritos limites da atribuição legal. Cabe ao ato regulamentar editado pelas agências reguladoras desenvolver direitos e deveres que tenham seu contorno ‘previamente estabelecido’ em lei. O máximo que se pode admitir é que o grau de generalidade da lei que prevê direitos e deveres a serem desenvolvidos pelo ato normativo da agência reguladora seja maior ou menor, conforme se esteja na seara de relação de sujeição especial ou geral, respectivamente” (MELLO, Rafael Munhoz de. O Poder Normativo das Agências Reguladoras e as Relações de Especial Sujeição. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 1, abr./jun., 2003, p. 283).

¹¹⁶ “Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

¹¹⁷ THIAGO MARRARA expõe que a remodelação do Sistema Brasileiro da Concorrência foi acompanhada de uma série de reformas, como a criação de agências reguladoras, mas que não foram acompanhadas políticas de integração e diálogo entre as entidades de Defesa da Concorrência e os órgãos reguladores: “Na prática, a Lei de 1962 somente seria revogada por completo em 1994, quando se editou a Lei nº 8.884. Esta determinou a transformação do CADE em autarquia e colocou a Secretaria de Direito Econômico (SDE, derivada da antiga SNDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) ao seu lado. A reestruturação da organização administrativa foi pensada para dar mais efetividade ao sistema, sobretudo num contexto de abertura de mercado e de busca de investimentos pelo Estado. O resultado foi satisfatório” (MARRARA, Thiago. Defesa da concorrência x Re-

PAULA ANDREA FORGIONI destaca que a Lei nº 8.884/1994 reforçou a importância do regime de responsabilização das pessoas físicas e jurídicas que viessem a cometer atos anti-concorrenciais, possuindo respaldo do Poder Judiciário, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça: “A presença do CADE juntos aos Tribunais foi incisiva e responsável, com o aumento da qualidade do corpo técnico dedicado à defesa das posições da Autarquia. Em resposta, o Judiciário passou a dedicar mais respeito às decisões do CADE”.¹¹⁸

Seguidamente, a Lei nº 9.847/1997, que criou a Agência Nacional do Petróleo – ANP, prevê, expressamente, em seu art. 18, §3º a possibilidade de desconsiderar administrativamente a personalidade jurídica de fornecedores quando estes encontrem óbices ao ressarcimento aos danos causados ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis.¹¹⁹

Ou mesmo menciona-se a criação de diversas Agências Reguladoras, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, a Agência Nacional de Águas – ANA, a Agência Nacional de Transporte Terrestres – ANTT, a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, entre outras, que estabelecem uma quantidade de meios de regulação jurídica e a responsabilidade administrativa de pessoas físicas ou jurídicas, demonstrando a ampliação cada vez maior desse quadro de responsabilização pela utilização de sanções administrativas.

O que se denota, segundo EGON BOCKMANN MOREIRA, é que sob o disfarce da desregulamentação de determinadas atividades, o que se dá é a “re-regulação”, com a expansão e a intensificação dos sujeitos, objetos regulados e reguladores. “Os horizontes cognitivos são muito mais largos do que aqueles de meras alterações pontuais do Direito da regulação ou relativos a fenômenos passageiros”.¹²⁰

regulação Setorial: o que mudou com a Lei de 2011. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 50, abr./jun., 2015, p. 253).

¹¹⁸ FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do Antitruste*. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 123.

¹¹⁹ “Art. 18. Os fornecedores e transportadores de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem ou rotulagem, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor. (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005) [...] § 3º Poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade sempre que esta constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis”. Sobre os poderes normativos da ANP, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO observa que “o poder normativo da ANP deverá, malgrado a sua inegável amplitude, se basear nos princípios do Estado Democrático de Direito e da Administração Pública, notadamente nos princípios da *razoabilidade* e da *eficiência*, restringindo os direitos e interesses, individuais ou coletivos, apenas na medida em que a restrição for capaz de atingir com eficiência os fins públicos legitimamente almejados” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, abr./jun., 2002, p. 271).

¹²⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 44, out./dez., 2013, p. 108. A conclusão apresenta-

Ou seja, há uma dilatada ampliação das técnicas de responsabilização de pessoas jurídicas, mediante a instalação de responsabilidade de terceiros pela utilização de sanções administrativas, maiormente no caso da regulação de setores específicos da economia, como no caso das Agências Reguladoras Setoriais.

Percebe-se que diversos movimentos consolidaram a ampliação da responsabilidade da pessoa jurídica no Brasil, que não deve ter mais suas obrigações compreendidas a partir da limitação daquilo que os sócios trouxeram à sociedade, adstrita à integralização das quotas sócias; posto que é de fundamental importância a limitação de responsabilidade da pessoa jurídica, especialmente no caso das sociedades limitadas, percebe-se que atualmente o regime de responsabilização das pessoas jurídica não se resume somente àquilo que os sócios trouxeram ao capital social; porém, tem-se a construção de um marco teórico-normativo que amplia as responsabilidades da pessoa jurídica, impondo a sua responsabilização de ordem administrativa e cível, quiçá penal para alguns, como acontece no caso da Lei nº 12.846/2013.

2.1.1. RAZÕES PARA UMA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A responsabilidade civil objetiva é definida como aquela que independe da ocorrência de dolo ou culpa, ou seja, do ato volitivo da pessoa. Ela distancia-se da responsabilidade subjetiva por conta da ausência deste elemento subjetivo capaz de gerar responsabilidade a uma pessoa, seja física ou jurídica. Conforme destaca SÉRGIO CAVALIERI FILHO, “os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a essa transformação social”.¹²¹

O autor complementa que caso a vítima tivesse que comprovar todas as vezes a culpa do causador do dano, em inúmeros casos, ficaria sem qualquer tipo de indenização. Igualmente, a responsabilidade objetiva pressupõe uma maior facilidade na prova da culpa daquele que cause o dano. Ou melhor, a responsabilidade civil objetiva pressupõe a incidência de um dano, um ato juridicamente ilícito e o nexo de causalidade.

Assim, a responsabilidade civil objetiva, embora dispense a presença do ânimo subjetivo, a saber, a comprovação de qualquer tipo de dolo ou culpa por parte do causador do dano, não dispensa a existência efetiva do nexo de causalidade entre o fato causador e o dano causado. GUSTAVO TEPEDINO esclarece que independentemente da responsabilidade, seja ela de ordem subjetiva ou objetiva, não se isenta a comprovação do nexo de causalidade, cite-se:

da por MOREIRA é próxima àquela de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO. Ampliar em MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 144-170

¹²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 151.

“No direito brasileiro, em ambas as espécies de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, o dever de reparar depende da presença do nexos causal entre o ato culposo ou a atividade objetivamente considerada, e o dano a ser demonstrado, em princípio, por quem o alega [...], salvo nas hipóteses de inversão do ônus da prova previstas expressamente na lei”.¹²²

Com isto, muitos autores ainda fundamentam que a existência de uma responsabilidade objetiva também tem como fundamento o risco das atividades desempenhadas, o que justificaria a existência de uma responsabilidade civil objetiva independente de comprovação de dolo ou culpa.

A teoria do risco surgiu na França no séc. XIX, nos idos da Revolução Industrial, onde os problemas decorrentes da utilização de máquinas e os acidentes de trabalho em virtude da utilização destes equipamentos justificaram a existência da incidência de uma responsabilidade com fundamento no risco. “A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa”.¹²³

ALVINO LIMA, em 1937, em uma das primeiras obras a tratar da responsabilidade civil com fundamento no risco no Brasil, esclarece que a teoria do risco surgiu como uma forma de garantir à vítima a efetividade na indenização: “A teoria objetiva, que funda a responsabilidade extra-contratual no risco pelas múltiplas atividades humanas, foi, sem dúvidas, a que fixou as bases da nova concepção da responsabilidade sem culpa, passando do campo doutrinal para o direito positivo”.¹²⁴

LIMA ainda fundamenta que a responsabilidade fundada no risco fornece segurança à vítima que sofreu o dano: “Si destas atividades colhem os autores todos os proveitos ou pelos agem para conseguí-los, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados”.¹²⁵ Não seria justo, nem mesmo racional, que a vítima que não colhe nenhum tipo de proveito da atividade de risco, suporte os prejuízos da atividade de risco.¹²⁶

De tal modo, as razões para a existência de uma responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, segundo BRUNO MEYRHOF SALAMA, se pautam nos argumentos nos riscos que as atividades empresariais desempenham deveriam ser realocadas na sociedade. “O resultado

¹²² TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. *Revista Jurídica*, Rio de Janeiro, n. 296, jun., 2002, p. 7.

¹²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 152.

¹²⁴ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Editora RT, 1937, p. 93.

¹²⁵ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Editora RT, 1937, p. 93.

¹²⁶ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Editora RT, 1937, p. 93.

prático foi a relativização da forma jurídica chamada de *sociedade limitada*. Nas sociedades por quotas e também (embora em menor grau) nas sociedades por ações, sócios, administradores e contratantes passaram a se ver cada vez mais na condição de corresponsáveis, ou de responsáveis subsidiários, das dívidas da empresa”.¹²⁷

O autor ainda fundamenta que a técnica de imputação de uma responsabilidade cada vez maior das pessoas jurídicas, levando ao “fim da responsabilidade limitada”, estaria nas técnicas de imputação de responsabilidade objetiva. A objetivação da responsabilidade da pessoa jurídica manifesta-se na ampliação das circunstâncias que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada.¹²⁸

Nessa mesma testilha, SALAMA pondera que o Código de Defesa do Consumidor, conforme destacado, foi o diploma que sedimentou a existência de uma responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, sobreveste no caso de responsabilização do fornecedor. No entanto, a responsabilidade objetiva não se resume ao Código de Defesa do Consumidor, com a extensão cada vez maior da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica.¹²⁹

No especial caso da incidência de responsabilidade da pessoa jurídica na via administrativa, o jurista explana que “a legislação administrativa se apropriou da noção de responsabilidade objetiva e passou a estabelecer cada vez com maior frequência e vigor situações ensejadoras de punição independentemente de culpa”.¹³⁰

Os fundamentos desta responsabilidade objetiva estariam no embasamento, conforme demonstrado, de que a objetivação da responsabilidade está ligada a um problema prático, sendo difícil e por vezes quase impossível a vítima prova da responsabilidade das empresas.

131

A síntese realizada por MARIA CELINA BODIN DE MORAES confirma que a mudança de uma responsabilidade civil subjetiva para uma de ordem objetiva “corresponde a uma mudança sócio-cultural de significativa relevância que continua a influenciar o direito civil neste início de século”.¹³² E autora ainda complementa que a “responsabilidade civil desvincula-se (sic) da idéia da punição-sanção em favor da reparação da vítima injustamente lesada, optan-

¹²⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada...*, p. 356.

¹²⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada...*, p. 357.

¹²⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada...*, p. 358.

¹³⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada...*, p. 359.

¹³¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada...*, p. 360.

¹³² MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora RT, v. 854. dez., 2006, p. 18.

do por dar prioridade aos princípios do equilíbrio, da igualdade e da solidariedade em detrimento do objetivo anterior de sancionar os culpados”.¹³³

A responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica na Lei nº 12.846/2013 parece estar calcada nos riscos que a atividade empresarial e o constante relacionamento com a Administração Pública poderia causar, mais precisamente quanto aos eventuais riscos de ocorrência de atos torpes e inescrupulosos, conduzidos pela pessoa jurídica. Embora a Lei Anticorrupção não mencione que o fundamento da responsabilidade objetiva esteja nos riscos destas atividades, o Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a aplicação da Lei Anticorrupção no âmbito da Administração Pública Federal, em seus arts. 41 e 42 preveem expressamente que os riscos das atividades da pessoa jurídica devem ser levados em consideração na aplicação da sanção administrativa.¹³⁴

Destarte, a Lei Anticorrupção adota a responsabilidade objetiva como fundamento para ensejar a responsabilidade da pessoa jurídica que cause danos à Administração Pública, sob o fundamento do risco das atividades desenvolvidas pelas pessoas jurídicas que desempenham atividades com a Administração Pública, tendo em vista o seu art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.846/2013.

2.2. PARÂMETROS PARA A COMPREENSÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Conforme já apontado, a Lei Anticorrupção estabelece uma responsabilidade objetiva, que visa punir de maneira efetiva os danos causados à Administração Pública em geral, mediante um processo administrativo/judicial de apuração das condutas lesivas. Mas, a Lei nº 12.846 e o seu Decreto regulamentador não estabelecem parâmetros de aferição desta responsabilidade objetiva. É todo ato da pessoa jurídica que será capaz de ensejar a responsabilidade objetiva desta?

¹³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva..., p. 19.

¹³⁴ “Art. 41. [...] Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e *riscos* atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade. [...] Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: [...] V - análise periódica de *riscos* para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade”, *grifos nossos*.

A respeito da possibilidade de responsabilização objetiva e sobre as formas de atuação e manifestação da vontade da pessoa jurídica, FRANCISCO ZARDO esquadrinha a seguinte categorização:

- i) A responsabilidade da pessoa jurídica somente poderia se instaurar pelos atos ou omissões dos órgãos ou representantes legais qualificados para atuar em nome da pessoa jurídica, sendo a clássica expressão do modelo da teoria do Direito Civil;
- ii) A responsabilização por todos os atos de pessoas físicas que atuem em seu nome;
- iii) O modelo misto, o qual defende que a pessoa jurídica não poderia responsabilizada por atos de pessoas que não tenham nenhum poder de representatividade da pessoa jurídica.¹³⁵

ZARDO entende que a Lei Anticorrupção teria adotado a perspectiva apresentada pela segunda posição, já que a Lei Anticorrupção responsabilizará todos os atos de toda pessoa física que atue em nome da empresa.¹³⁶ Apesar disso, a doutrina coloca em dúvida essa fundamentação de que a Lei Anticorrupção parece adotar, em colocar como lesivos ou torpes como todos os atos de pessoa jurídica que cause danos às entidades públicas.

A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na Lei nº 12.846/2013 estaria pautada na premissa de que todo e qualquer dano seria capaz de ensejar a responsabilidade objetiva, seja este ato de um de seus funcionários mais ordinários, como um porteiro ou funcionário que efetue a limpeza da sede da empresa, bem como um de seus diretores e dirigentes de alto-escalão, na figura do CEO de uma grande Companhia com ações listadas em Bolsa de Valores. Não obstante, será mesmo que todos os atos de corrupção são capazes de ensejar a responsabilização objetiva da pessoa jurídica que cause danos às entidades públicas?

A mero título de elucubração, imagina-se que um determinado funcionário de uma banca de frutas, permissionária para operar em um determinado Mercado Municipal brasileiro, atento à ampla concorrência existente no Mercado Municipal, toma consciência que todos os seus concorrentes chegam ao Mercado por volta das 05h00min, sendo que o horário de abertura do Mercado ao público é às 06h00min.

¹³⁵ ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 72. A mesma classificação é apresentada em TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidade penal de personas jurídicas...*, p. 33-34.

¹³⁶ ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 72.

Nesse mesmo intuito, com vistas a tomar vantagem frente aos seus demais concorrentes, e sem conhecimento de seu chefe ou superior, o funcionário da frutaria oferece todos os dias cerca de R\$ 10,00 (dez reais) a um guarda-municipal, que abre os portões para o funcionário da banca de frutas, a fim de que ele possa arrumar a frutaria antes dos seus concorrentes, podendo deixar sua venda mais arrumada e atraente, despertando amplo interesse dos consumidores que passam pelo Mercado, por volta das 04h30min.

Tem-se que a conduta é plenamente compatível com a infração prevista no art. 5º, I, da Lei Anticorrupção, que expõe ser infração administrativa “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”.

Este ato, por si só, é capaz de ensejar a responsabilidade civil objetiva, independentemente de dolo ou culpa, com a imposição de multa administrativa que varia de 0,1% a 20% sobre o faturamento bruto da empresa? Ademais, este ato poderá dar causa a desconsideração da personalidade jurídica, publicação extraordinária da decisão condenatória e proibição de contratação com o poder público?

Denota-se, a partir do mero exemplo apresentado, que se a postura levada em consideração por uma parte da doutrina brasileira de que qualquer tipo de ato de corrupção, realizado por qualquer funcionário da pessoa jurídica, independentemente de qualquer tipo de critério de aferição da potencialidade lesividade da conduta, seja em critérios patrimoniais ou quantitativos,¹³⁷ seja em critérios de funcionalidade hierárquica na empresa, poderá levar a graves distorções quanto à aplicabilidade da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção.

Consequentemente, entende-se que não deverá ser todo e qualquer ato que será capaz de gerar responsabilidade civil-administrativa objetiva na Lei Anticorrupção, pois a Lei nº 12.846/2013 traz graves sanções às pessoas jurídicas que venham a causar qualquer tipo de danos às entidades públicas. É preciso haver certos limites e critérios de responsabilização das condutas!

¹³⁷ O Superior Tribunal de Justiça, na interpretação a respeito do princípio da insignificância na Lei de Improbidade Administrativa, já definiu ser completamente impossível a aferição da lesividade da conduta somente com base na quantia monetária envolvida, não se admitindo qualquer relativização do princípio da moralidade: “A conduta ímproba não é apenas aquela que causa dano financeiro ao Erário. Se assim fosse, a Lei da Improbidade Administrativa se resumiria ao art. 10, emparelhados e esvaziados de sentido, por essa ótica, os arts. 9 e 11. Logo, sobretudo no campo dos princípios administrativos, não há como aplicar a lei com calculadora na mão, tudo expressando, ou querendo expressar, na forma de reais e centavos” (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 892818-RS 2006/0219182-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 11/11/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/02/2010). Em sentido contrário, cf. GABARDO, Emerson; BLANCHET, Luiz Alberto. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, n. 47, jan./mar., 2012, p. 127-150.

Aos moldes daquilo que foi explanado por ZARDO anteriormente, percebe-se que o regime mais adequado com os princípios do Direito Administrativo Sancionador seria a adoção do primeiro modelo de manifestação de vontade e avaliação dos atos corruptos pela Lei Anticorrupção, que considera somente como válidos os atos da pessoas físicas que estejam qualificados para atuar em nome da pessoa jurídica, “acrescido da possibilidade imputar à empresa a responsabilidade pela omissão quanto ao dever de vigilância e controle de seus empregados”,¹³⁸ que será melhor aclarado adiante.

No entanto, a limitação desta responsabilidade da pessoa jurídica, segundo a própria Lei nº 12.846/2013, está no fato da pessoa jurídica possuir programas de prevenção e ocorrência de ilícitos, naquilo que a Lei Anticorrupção denomina de técnicas de “Programa de Integridade”, observando-se que o art. 7º, VIII, da Lei nº 12.846/2013, estabelece que “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” deverá ser critério de aferição da proporcionalidade da sanção da Lei Anticorrupção.

Estas técnicas de integridade também são denominadas pela doutrina como *Compliance*, que é abrangido como os mecanismos de redução de ocorrência de práticas corruptas, ensejando diversos mecanismos, internos e externos à pessoa jurídica, de controle e prevenção da ocorrência de atos censuráveis em uma determinada empresa. MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO e PATRÍCIA DITTRICH FERREIRA DINIZ defendem que o *Compliance* não se trata do mero cumprimento das exigências legais: “Não se pode confundir o *Compliance* com o mero cumprimento de regras formais e informais, sendo seu alcance bem mais amplo”.¹³⁹

Além disso, o art. 7º, parágrafo único, da Lei Anticorrupção estatui que Decreto Presidencial definiria os parâmetros de avaliação das técnicas de *Compliance* previstas no art. 7º, VIII, como forma de atenuação da sanção administrativa a ser imposta pela Administração Pública.¹⁴⁰

A União somente regulamentou a aplicação e verificação das técnicas de *Compliance* no dia 18 de março de 2015, depois de pouco mais de 1 ano e sete meses após a edição da Lei nº 12.846/2013, mediante o Decreto Presidencial nº 8.420/2015, que definiu os meios e meca-

¹³⁸ ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 72.

¹³⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 205, jan./mar., 2015, p. 88.

¹⁴⁰ “Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal”.

nismos de aferição das técnicas de *Compliance* empresarial por parte da Administração Pública Federal, Estadual, Distrital e Municipal.¹⁴¹

O Decreto da Presidência da República mencionado estabelece que os parâmetros de aferição do *Compliance* são os seguintes:

- i) O comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;
- ii) Os padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
- iii) Os padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- iv) Os treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
- v) A análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
- vi) Os registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
- vii) Os controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;
- viii) Os procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;
- ix) A independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;
- x) Os canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé;
- xi) As medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;
- xii) Os procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
- xiii) As diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- xiv) A verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;
- xv) O monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção.
- xvi) A transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.¹⁴²

¹⁴¹ A demora na edição do Decreto Presidencial regulamentando a Lei nº 12.846/2013 foi objeto de diversas críticas no meio jurídico e nos meios de comunicação. As críticas relativas à demora na edição do Decreto regulamentador podem ser encontradas em BULLA, Beatriz. Decreto da Presidência ‘extrapola’ Lei Anticorrupção, afirma ex-ministro do STJ. *Estado de S. Paulo*, São Paulo, 24 de mar. de 2015. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,decreto-da-presidencia-extrapola-lei-anticorruptao-afirma-ex-ministro-do-stj,1656871>>. Acesso em 18 de set. de 2015.

Além destes critérios expostos no art. 42 do Decreto nº 8.420/2015, a Administração Pública, ao aferir os mecanismos de *Compliance*, deverá analisar, ainda: *a*) a quantidade de funcionários e empregados da pessoa jurídica; *b*) a quantidade de departamentos existentes na empresa; *c*) a utilização de agentes intermediários, como consultores ou representantes comerciais; *d*) o setor econômico que a pessoa jurídica atua; *e*) os países em que ela tem participação; *f*) a quantidade e localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; *g*) a sua condição de microempresa ou de pequeno porte.

O *Compliance* deve ser utilizado como uma das técnicas de redução da ocorrência de ilícitos em uma determinada empresa. Assim, o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 12.846/2013, estabelece como fundamental a existência destes mecanismos, como forma de redução da pena e até mesmo de prevenção/precaução dos riscos, sobretudo para aquelas empresas que negociam e têm atividades diretas com a Administração Pública.

Destaca-se que a utilização de técnicas de *Compliance* no Brasil não é inédita. Com a criação do Novo Mercado e a reformulação do Mercado de Capitais no país, com a concentração dos ativos na Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA,¹⁴³ exigiu-se que as empresas tivessem um Código de Conduta próprio para a negociação de seus ativos do mercado de capitais.¹⁴⁴ Ademais, o Sistema Bancário brasileiro também busca manter a integridade dos Bancos, “em que uma infinidade de normas de natureza contábil, financeira e contratual é criada justamente com o objetivo de evitar que os bancos realizem operações arriscadas que

¹⁴² A lista de critérios encontra-se nos arts. 42 e ss. do Decreto que regulamentou a Lei Anticorrupção. Ampliar em BRASIL. *Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015*: Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso de em 18 de set. de 2015

¹⁴³ A respeito do tema, KARIN BERGIT JAKOBI e MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO expõem o seguinte: “O Sistema Financeiro subdivide-se em: mercado de crédito, mercado monetário, mercado cambial e mercado de capitais. No mercado de capitais, também conhecido como mercado de valores mobiliários, realizam-se operações que visam, essencialmente, canalizar recursos para as empresas emissoras, que geralmente são sociedades anônimas abertas, por meio de emissão pública de valores mobiliários. O retorno dos investimentos, em regra, relaciona-se com a lucratividade da companhia emissora” (JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *A Análise Econômica do Direito e a Regulação do Mercado de Capitais*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94).

¹⁴⁴ Sobre as técnicas de *Compliance* para as Companhias Abertas que operam na Bolsa de Valores de São Paulo, o Regulamento do Novo Mercado da Bovespa em seu art. 6.9. obriga a existência de um Código de Conduta da pessoa jurídica que opere em bolsa: “A Companhia deverá elaborar, divulgar e enviar à BM&FBOVESPA código de conduta que estabeleça os valores e princípios que orientam a Companhia e que devem ser preservados no seu relacionamento com Administradores, funcionários, prestadores de serviço e demais pessoas e entidades com as quais a Companhia se relacione”. Além disso, o não-envio do Código de Conduta à BOVESPA enseja a imposição de uma sanção da ordem de R\$ 21.930,00 (vinte um mil, novecentos e trinta reais) aos administradores da Companhia. Informações disponíveis em: <http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/download/Regulamento_NMercado.pdf>. Acesso em 20 de set. de 2015.

levem à sua quebra. Em tese pelo menos, nesse particular a ideia é proteger os bancos de si próprios”.¹⁴⁵

Uma das propostas de BRUNO MEYRHOF SALAMA para a limitação da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas estaria na utilização dos *gatekeepers*, que teria como tradução para o português como os “porteiros”, mas compreendido no sentido de guardião de uma determinada empresa.¹⁴⁶ Em uma das únicas monografias a respeito do tema no Brasil, TAIMI HAENSEL pondera que os *gatekeepers* “exercem o papel de monitoramento e de dificultar a realização de negócios ilícitos”.¹⁴⁷

SALAMA elenca três características fundamentais dos *gatekeepers*: i) este terceiro deve ser capaz de evitar a ocorrência de práticas indesejáveis na pessoa jurídica; ii) a prática a ser evitada pelos *gatekeepers* deve estar efetivamente ao seu alcance; iii) a regra jurídica que permite a sua atuação não deve deixar margem à dúvida a respeito da sua negativa de cooperação.¹⁴⁸

O critério essencial dos *gatekeepers* está no fato deste não-integrar os quadros da pessoa jurídica, sendo considerado como um terceiro estranho, diferenciando-se das técnicas de *Compliance*, que estão localizadas no âmbito interno da pessoa jurídica, na exata medida que a responsabilização destes *gatekeepers* pela ocorrência de ilícitos é “espécie de responsabilidade de terceiros empregada com o propósito eminentemente regulatório de ajustar condutas politicamente indesejáveis”.¹⁴⁹

Na doutrina italiana, a discussão a respeito do *gatekeepers* se deu no âmbito da crise europeia de 2008, sobreveste no que se refere à concepção das agências de classificação de risco de investimento como avaliadoras do grau de investimento de uma determinada dívida soberana, nas quais as agências de risco funcionariam como verdadeiros *gatekeepers* na averiguação da qualidade dessa dívida, com a discussão a respeito da responsabilidade destas pela ocorrência de eventuais fraudes.¹⁵⁰

¹⁴⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada...*, p. 364.

¹⁴⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada...*, p. 362.

¹⁴⁷ HAENSEL, Taimi. A figura dos *gatekeepers*: aplicação às instituições intermediárias do mercado organizado de valores mobiliários brasileiro. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 20. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-04032015-083153/publico/Parcial_dissertacao_Taimi_Haensel.pdf>. Acesso em 20 de set. de 2015.

¹⁴⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada...*, p. 362.

¹⁴⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada...*, p. 362.

¹⁵⁰ LUCIA PICARDI expõe que as agências de classificação de risco funcionariam como verdadeiros *gatekeepers* do mercado no âmbito da crise europeia: “em razão da grande atenção dados pelos investidores para os julgamentos formulados pelas agências de risco, as agências de *rating* acabam por funcionar, de vez em quando, como *gatekeepers* da categoria de instrumentos sujeitos ao investimento”. Trad. livre de: “in ragione della

Por outro lado, entende-se que a adoção das técnicas de *Compliance* pelas pessoas jurídicas, que não se confundem com os *gatekeepers*, poderia ser utilizada como uma forma de limitação da incidência da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica que cometa as infrações administrativas previstas no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, sendo a opção legislativa por excelência de limitação da responsabilidade objetiva.

2.2.1. OBJEÇÕES À PROPOSTA DE MODESTO CARVALHOSA – CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

MODESTO CARVALHOSA publicou, no início do ano de 2015, a obra “Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas”. Nesta obra, CARVALHOSA concebe a responsabilização da pessoa jurídica como uma verdadeira sanção penal-administrativa, a partir da teoria da imputação objetiva, que estaria relacionada às técnicas de responsabilização penal.

CARVALHOSA propõe que a responsabilização da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção estaria muito mais próxima às teorias de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas do que pela responsabilidade civil a partir do risco, como concebemos. Para uma melhor compreensão da proposta de CARVALHOSA, faz-se mister uma breve apresentação da teoria da imputação objetiva ao leitor, como forma de melhor apresentação das ideias deste autor, com objetivo à crítica e aproveitamento de algumas de suas propostas.

A teoria da imputação objetiva, segundo PAULO CÉSAR BUSATO, é a teoria que busca dinamizar e questionar os efeitos que o causalismo e o finalismo buscaram imprimir à ação penal. Em outras palavras, não é toda relação entre causa e efeito que é capaz de imprimir

diffusa attenzione rivolta dagli investitori ai giudizi da esse formulati, le agenzi di *rating* finiscono per porsi quali *gatekeepers* della categoria di strumenti di volta in volta oggetto di investimento” (PICARDI, Lucia. Il *rating* fra crisi e riforma dei mercati finanziari. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: CEDAM, anno LV, n. 6, nov./dez., 2009, p. 716). A autora ainda defende uma plena reforma no funcionamento destes *gatekeepers* no mercado financeiro europeu, sobretudo na Itália, sob pena de ocorrência de verdadeiras fraudes no mercado financeiro: “os mesmos agentes que, na ausência de uma regulação específica, poderão empurrar a formulação de avaliações de qualidade inadequada. Isso reforça a atualidade e a higidez da procura por abordagens complementares. Se alterado, o modelo com base na explicação do capital de reputação, poderá levar à identificação dos mecanismos de correção apropriados para recuperar um elevado nível de fiabilidades destas classificações”. Trad. livre de: “le agenzi medesime, in assenza di una specifica reputazione, potrebbero essere spinte a formulare valutazioni di qualità inadeguata. Si rafforza così l'attualità dell'esigenza di ricercare impostazioni complementari, se non alternati, al modello di spiegazione basato sul capitale reputazionale, che possano condurre all'individuazione di meccanismo correttivi idonei a recuperare un elevato livello di attendibilità del rating” (PICARDI, Lucia. Il *rating* fra crisi e riforma dei mercati finanziari. *Rivista di Diritto Civile*, Padova: CEDAM, anno LV, n. 6, nov./dez., 2009, p. 721-722). No mesmo sentido das fraudes das classificações de risco, cf. GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes*. Trad. de Paulo Anthero Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 57-61.

responsabilidade a uma determinada pessoa, já que, nem sempre, uma relação de causa e efeito poderá gerar a responsabilização, sobretudo na esfera penal.¹⁵¹

De tal modo, a teoria da imputação objetiva fundamenta-se na existência de critérios objetivos para a aferição da responsabilidade penal. O elemento fundamental da teoria da imputação objetiva está no risco que determinadas ações e omissões podem causar à sociedade. “O que existe é meramente a adição do critério axiológico risco na determinação do elo objetivo da imputação, sendo que esse critério axiológico é determinado dentro de cada tipo, consideradas as ações caso a caso”.¹⁵²

A partir disto, na verificação da lesividade de uma determinada ação/conduta, o elemento risco é preponderante na adoção de critérios objetivos para a aferição da ação e, consequentemente, da responsabilidade penal. BUSATO identifica dois critérios para a afirmação da teoria da imputação objetiva: *a)* a criação ou o incremento de um risco a ponto de ultrapassar os limites do que se pode tolerar; *b)* a realização, no resultado, do risco previamente criado.¹⁵³

Por outras palavras, quando analisados os riscos e níveis permitidos de perigos, serão verificados os riscos pré-determinados para uma das condutas. Logo, cada tipo terá um nível de risco considerado para a aferição da responsabilidade penal. “Portanto, não há uma teoria geral unificada que se possa considerar *teoria da imputação objetiva*, o que existe são diferentes critérios oferecidos pela doutrina, em complemento à causalidade, para a determinação da atribuição de um tipo à realização de uma conduta”.¹⁵⁴

LUÍS GRECO ainda esclarece que, para a teoria da imputação objetiva, “será perigosa aquela ação que, aos olhos de um observador objetivo dotado dos conhecimentos específicos do autor, situado no momento da prática da ação, gere real possibilidade de dano para um determinado bem jurídico”.¹⁵⁵ E ainda complementa que deve haver um “*fundamento* da necessidade de desaprovação jurídica do risco criado uma *ponderação* entre o interesse de proteção de bens jurídicos, que tende a proibir toda ação perigosa, e o interesse geral de liberdade, que se opõe a tais proibições”.¹⁵⁶

MODESTO CARVALHOSA identifica, em seu modo de ver, que a responsabilidade “penal-administrativa” prevista na Lei nº 12.846/2013 é fundada na teoria da imputação-objetiva. O autor justifica a sua postura por conta da incompatibilidade da teoria do risco ligada à teoria

¹⁵¹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 335.

¹⁵² BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 335.

¹⁵³ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 335-336.

¹⁵⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 336, *grifos no original*.

¹⁵⁵ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 39.

¹⁵⁶ GRECO, Luís. *Um panorama...*, p. 47, *grifos no original*.

da responsabilidade civil objetiva, já que o elemento risco não seria capaz de explicar a responsabilidade prevista na Lei Anticorrupção. Entretanto, o autor utiliza-se da teoria da imputação objetiva, que é inteiramente fundamentada no risco, como parâmetro de aferição da conduta, sem levar em consideração a função do risco, cite-se:

Isto posto, a noção de responsabilidade objetiva fundamentada no risco é incompatível com a finalidade do processo penal-administrativo instituído pela presente Lei, a medida em que a conduta corruptiva nunca pode ser culposa, como referido, na medida em que se trata de um delito formal e de mera conduta.

O processo penal-administrativo instituído na presente Lei, não tem por finalidade apurar e mensurar a extensão de um dano causado ao Estado, mas, pelo contrário, destina-se a punir (*jus puniendi*) e a reprimir uma conduta que afeta o equilíbrio social e, portanto, lesiva ao bem jurídico.¹⁵⁷

Ousa-se divergir da postura de MODESTO CARVALHOSA. Primeiramente, destaca-se que a teoria da imputação objetiva está ligada sim com a teoria do risco. A suposta incompatibilidade da teoria do risco fundada na teoria da responsabilidade civil da pessoa jurídica por conta da teoria do risco é equivocada. Ao que tudo indica, a teoria da imputação objetiva do Direito Penal está totalmente calcada na utilização da teoria do risco.

Além disso, o autor explana que a responsabilidade prevista na Lei Anticorrupção seria um procedimento penal-administrativo, com a aplicação de todos os princípios inerentes à responsabilização penal dos indivíduos.

Respeitosamente, entende-se como um certo equívoco na concepção defendida por MODESTO CARVALHOSA a respeito da Lei Anticorrupção. Não é pelo gravame da responsabilidade civil-administrativa que será definida a responsabilidade penal. Se assim fosse, um simples processo administrativo disciplinar, que impõe graves sanções administrativas aos servidores públicos, poderia ser considerado como um procedimento de ordem penal. CARVALHOSA desconsidera o fator de risco da teoria da imputação objetiva, critério este que é essencial para averiguação de qualquer conduta quando a teoria da imputação objetiva é levada em consideração.

ROMEUFELIPE BACELLAR FILHO, ao tratar da responsabilidade administrativa no processo administrativo disciplinar, previsto na Lei nº 8.112/1990, esclarece que nem todo procedimento administrativo que preveja sanções graves poderá ser considerado como procedimento penal, por conta da diferenciação essencial entre as sanções aplicadas e os princípios que as fundamentam. Ademais, percebe-se que se não houve distinção entre os princípios penais e administrativos, não haveria nenhum sentido a diferenciação entre o Direito Penal e o

¹⁵⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 45.

Direito Administrativo, cite-se: “É curial evidenciar a autonomia do direito administrativo sancionatório em face do direito penal. A questão é constitucional. [...] Há, portanto, uma diferença substancial, e não meramente gradativa, da qual decorre a possibilidade de aplicar concomitantemente ambas as sanções sem a configuração de *bis in idem*”.¹⁵⁸

A partir daquilo que foi mostrado no tópico anterior, a limitação da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção está calcada na existência de Programas de Integridade, que poderiam ser traduzidas nas técnicas de *Compliance*, que buscam atenuar os riscos da ocorrência de práticas consideradas como ilícitas pela Lei Anticorrupção. Efetivamente, a existência desses parâmetros de atenuação de riscos poderiam ser aqueles considerados pela teoria da imputação objetiva como os mecanismos de atenuação dos riscos criados, ajudando a avaliar a conduta da pessoa jurídica a lume da teoria da imputação objetiva.

Ainda assim, a teoria da imputação objetiva fornece importantes contributos à responsabilidade civil-administrativa prevista na Lei Anticorrupção, vez que ela busca a escolha de critérios de aferição da lesividade a um determinado bem jurídico, levando em conta cada conduta separadamente considerada, objetivando analisar a conduta lesiva à Administração Pública sob o argumento do risco existente nas relações entre as pessoas jurídicas e as entidades públicas.

2.3. POSSIBILIDADES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR MEIO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

A partir das perspectivas impostas pela Lei nº 12.846/2013, cumpre analisar algumas das hipóteses de responsabilização por meio da utilização de sanções administrativas no sistema jurídico brasileiro que tomem a responsabilidade objetiva como parâmetro de aferição das condutas de pessoas jurídicas, que ajudam a compreender melhor as dissonâncias e proximidades existentes no ordenamento jurídico com o regime da Lei nº 12.846/2013.

2.3.1. DIREITO AMBIENTAL

O Direito Ambiental brasileiro, de certa maneira, foi o ramo jurídico que consolidou a utilização da responsabilidade objetiva. Segundo PAULO AFFONSO LEME MACHADO, no âmbito da responsabilidade objetiva no âmbito do meio-ambiente: “Não se aprecia subjetivamente a conduta do poluidor, mas a ocorrência prejudicial ao homem e ao ambiente”.¹⁵⁹ O dispositi-

¹⁵⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36.

¹⁵⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 405.

vo baseia-se no art. 14, §1º da Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente na década de 80.¹⁶⁰

A aplicação da penalidade administrativa prevista no art. 14 da Lei de Política Nacional do Meio-Ambiente não obsta a aplicação de sanção de reparação ou indenização pela ocorrência de um determinado dano ambiental.¹⁶¹

A responsabilidade ambiental objetiva significa que quem danificar o meio-ambiente tem o dever de reparar, não havendo nenhum interesse pelo tipo de obra, atividade ou risco que atividade desenvolva. “Procura-se quem foi atingido e, se for o meio e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano”.¹⁶²

Deste modo, a sanção administrativa, no Direito Ambiental, independe da ocorrência de dolo ou culpa por parte do poluidor para a sua constatação. Entretanto, para o indivíduo seja efetivamente sancionado, é preciso que reste bem caracterizado o efetivo dano ao meio-ambiente, com a clara tipificação da infração administrativa, para se impor a responsabilidade objetiva por meio de uma sanção administrativa.

Portanto, o nexo de causalidade entre a conduta danosa ou prejudicial ao meio-ambiente deve restar bem comprovada, conforme anota PAULO AFFONSO LEME MACHADO, “é necessário estabelecer-se a ligação entre a sua ocorrência e a fonte poluidora. Quando é somente um foco emissor não existe nenhuma dificuldade jurídica”.¹⁶³

A respeito das sanções administrativas em matéria ambiental, ÁLVARO LAZZARINI expõe que a sanção administrativa ambiental “é uma pena administrativa prevista expressamente em lei para ser imposta pela autoridade competente quando violada a norma de regência da situação ambiental policiada”.¹⁶⁴ E ainda complementa que ela objetiva “a correção do infrator, no que representa um verdadeiro castigo para que melhore a sua conduta de respeito às normas legais ambientais, como também um fim de prevenção, no sentido de servir de verda-

¹⁶⁰ “Art. 14 - Sem 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: [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, 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. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

¹⁶¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 404.

¹⁶² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental...*, p. 405.

¹⁶³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental...*, p. 412.

¹⁶⁴ LAZZARINI, Álvaro. Sanções administrativas ambientais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 214, out./dez., 1998, p. 123.

deiro alerta a todos os outros, e ao próprio infrator, das conseqüências da infração ambiental”.¹⁶⁵

Acredita-se que há uma aproximação essencial entre as técnicas de sancionamento administrativo previstas na legislação ambiental brasileira com os procedimentos de responsabilização da Lei Anticorrupção, tendo em vista que ela foi uma das primeiras a instalar a faculdade de sancionamento objetivo daquele que causa prejuízos ou polua o meio-ambiente. Aliás, aos moldes das sanções previstas na Lei Anticorrupção, não se dispensa o mínimo nexo de causalidade entre a conduta considera ilícita ou tendente a prejudicar o meio-ambiente.

Entretanto, a diferença essencial entre as sanções administrativas ambientais e aquelas decorrentes de atos de corrupção, previstas no art. 6º da Lei nº 12.846/2013, está no fato de que estas não podem ser preventivas ou independentes da ocorrência de um efetivo dano. Por exemplo, uma pessoa jurídica não pode se ver sancionada com fulcro na Lei Anticorrupção somente com fins preventivos e com o intuito da prevenção de ilícitos; diferentemente do que ocorrem com as sanções administrativas ambientais, que não exigem a ocorrência efetiva de um dano, desde que previstas em Lei/regulamento como infrações administrativas ambientais preventivas.

2.3.2. DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990, atendendo ao art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que determinou que o Congresso Nacional editasse um Código de Defesa do Consumidor,¹⁶⁶ funda, em seus arts. 55 e seguintes, uma série de sanções administrativas àqueles que cometerem infrações das normas de defesa do consumidor.

A responsabilidade no Direito do Consumidor é regulada pelo ânimo volitivo objetivo, na exata medida que se dispensa a comprovação de qualquer tipo de dolo ou culpa por parte daquele que descumpre as normas do consumidor, que é geralmente identificado na figura do fornecedor, a partir do que situa o art. 12, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.¹⁶⁷

¹⁶⁵ LAZZARINI, Álvaro. Sanções administrativas ambientais..., p. 123.

¹⁶⁶ “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

¹⁶⁷ “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

A respeito da responsabilidade prevista no art. 12, *caput*, do CDC, CLÁUDIA LIMA MARQUES observa que a responsabilidade do fornecedor é objetivada, se “definirmos responsabilidade objetiva como aquela que prescinde de culpa, certamente podemos concluir que o art. 12 do CDC segue a *teoria objetiva* [...] ‘independentemente da existência de culpa’”.¹⁶⁸

Assente que a responsabilidade no Direito do Consumidor é de ordem objetiva, passe a meditar a respeito da imposição desta responsabilidade pela utilização de sanções administrativa. O CDC prevê que os entes federativos brasileiros, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, podem se valer a utilização de sanções administrativas para o sancionamento daqueles que cometerem infrações às normas de defesa do consumidor, conforme a dicção do art. 55, *caput*, do CDC.¹⁶⁹

Nesta mesma senda, o art. 56 do CDC prevê uma série de sanções administrativas que os entes federativos poderão aplicar no exercício de seu poder de polícia administrativo.¹⁷⁰ Por esse motivo, alguns autores chegam afirmar a existência de um verdadeiro “Direito Administrativo do Consumidor”.¹⁷¹

BRUNO MIRAGEM destaca que as sanções previstas no CDC se dividem em dois grupos: *a)* as sanções administrativas objetivas, que seriam fundamentadas na existência de um risco, que “contrariam a precedência lógica nas sanções administrativas, do seu caráter reparatório ou inibitório. Antes de submeter o infrator a prejuízo concreto em decorrência da condu-

¹⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 433.

¹⁶⁹ “Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços”.

¹⁷⁰ “Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo”.

¹⁷¹ FERNANDO COSTA DE AZEVEDO esclarece que a “atuação da Administração Pública na defesa do consumidor se deve, em primeiro lugar, ao fato de que o constituinte confiou a proteção do consumidor ao Estado como um todo (art. 5º, XXXII, da CF/88), isto é, ao Estado no exercício de suas funções basilares. A Administração Pública, no exercício do poder de polícia administrativa, deve atuar, nos limites de sua competência, na prevenção e na repressão aos abusos praticados pelos fornecedores de produtos e serviços” (AZEVEDO, Fernando Costa de. Considerações sobre o Direito Administrativo do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora RT, v. 68, out./dez., 2008, p. 40). Ampliar em RODRIGUES, Marco Abelha. *Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 85-97.

ta antijurídica, buscam preservar o consumidor quanto a eventuais riscos”;¹⁷² b) as sanções subjetivas, que seriam assim consideradas “porque visam não a proteção do consumidor em relação a produto ou serviço que eventualmente ofereça risco, mas a própria atividade do fornecedor, cuja ilicitude em face às normas do CDC determina a sanção de modo mais amplo”.¹⁷³

Percebe-se que o Direito do Consumidor se utiliza da teoria do risco para fundamentar a existência de sanções administrativas,¹⁷⁴ que se dividem em objetivas e subjetivas. No entanto, denota-se que essa divisão visa proteger o mercado ou mesmo o consumidor, pois a responsabilidade objetiva já é pressuposto da sanção do fornecedor, pela inexistência da culpa no Direito do Consumidor. As sanções objetivas se fundamentam pela existência de um risco de ocorrência de prejuízos ao consumidor, podendo ser imposto sem a exigência de um dano.

De tal modo, as sanções administrativas no CDC parecem, também, se distanciar daquelas previstas na Lei Anticorrupção. O CDC não exige a ocorrência de um efetivo dano para a imposição de sanções administrativas, bastando que haja o mero risco de lesão ao consumidor, diferentemente das sanções previstas na Lei nº 12.846/2013, que exigem, ao mínimo, a ocorrência de dano aos princípios regentes da Administração Pública, mas que é objetivamente considerado, a saber, sem a comprovação de qualquer tipo de comprovação de dolo ou culpa da pessoa jurídica que ocasione esse dano.

2.3.3. DIREITO TRIBUTÁRIO

Conforme já destacado, o CTN foi um dos diplomas brasileiros que reforçou a existência de uma responsabilidade tributária da pessoa jurídica. Em uma das obras mais abrangentes sobre o assunto, MARIA RITA FERRAGUT observa que a instalação de regras de responsabilidade tributária no Código Tributário Nacional tem o estrito objetivo arrecadatário, elegendo um terceiro como o responsável pelo pagamento de um determinado tributo que não é o contribuinte. “Alega-se que, por razões de conveniência e necessidade, a lei elege um terceiro

¹⁷² MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 1.387.

¹⁷³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código...*, p. 1.388. A mesma divisão é apresentada em LAZZARINI, Álvaro. Tutela administrativa e relações de consumo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 191, jan./mar., 1993, p. 96-97.

¹⁷⁴ A respeito da utilização da teoria do risco no Direito do Consumidor, cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade do Risco e Direito do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. (coords.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 373-374.

para ser o responsável pelo pagamento de um determinado tributo, em caráter pessoal, subsidiário ou solidário”.¹⁷⁵

De outra senda, é assente na doutrina tributária que o objeto do tributo não é equiparável à multa, nem mesmo a qualquer tipo de sanção administrativa imposta pela Administração Pública. GERALDO ATALIBA muito bem esclarece que “o tributo não é sanção por violação de nenhum preceito, nem reparação patrimonial. Com estas delimitações é que se deve entender o conceito de tributo, adotado pelo direito constitucional brasileiro”.¹⁷⁶

O Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172/1966), em seu art. 136, coloca que a responsabilidade pela ocorrência de infrações tributária independe da ocorrência de dolo ou culpa.¹⁷⁷ O conceito de infração tributária em nada se confunde com o conceito de tributo, já que a infração tributária é “toda ação ou omissão que, direta ou indiretamente, represente o descumprimento dos deveres estatuídos em leis fiscais”.¹⁷⁸

Assim, a infração fiscal deve ser compreendida como uma modalidade objetiva de sancionamento, que poderá, por exemplo, sancionar de maneira objetiva a pessoa jurídica. MARIA RITA FERRAGUT esclarece que “a infração fiscal é objetiva, configurando-se pelo mero descumprimento dos deveres tributários de fazer e não-fazer e da obrigação de dar, todos previstos na legislação. O dolo e a culpa, certamente, são prescindíveis”.¹⁷⁹ A imposição de uma responsabilidade objetiva pela infração fiscal é certamente com o estrito objetivo de evitar com que seja alegado o desconhecimento da norma tributária, ou mesmo o argumento de que se praticou determinada infração sem a intenção de lesar o Fisco.¹⁸⁰

Com isto, percebe-se que a responsabilidade por infrações fiscais é objetiva, mas isso não dispensa, ao menos, a demonstração de um comportamento que revele a imperícia, negligência ou imprudência, que são sancionados ao menos a título de culpa, no entendimento MARIA RITA FERRAGUT.¹⁸¹

A jurista advoga que as infrações no Direito Tributário devem ser examinadas, ao menos, pelo ânimo volitivo da culpa, tendo em vista que a infração é objetiva, mas a responsabilidade deveria ser, ao menos subjetiva, já que “é inerente à responsabilidade tributária a noção

¹⁷⁵ FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 52.

¹⁷⁶ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed., 6. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 35.

¹⁷⁷ “Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

¹⁷⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Tributo Tributário*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 470.

¹⁷⁹ FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 146.

¹⁸⁰ FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária...*, p. 146.

¹⁸¹ FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária...*, p. 147.

de culpa ou dolo, pois ainda que o indivíduo não atue com a consciência e vontade de um específico resultado, a infração decorre pelo menos da culpa”.¹⁸²

PAULO DE BARROS CARVALHO observa que mesmo que as infrações tributárias devam ser vistas sob o véu da responsabilidade objetiva, nada impede que algumas figuras específicas como a sonegação, a fraude e o conluio dependam da existência de uma infração subjetiva. E ainda apresenta solução parecida com a de FERRAGUT, observando que sempre “que o legislador introduzir culpa, na modalidade da negligência, da imprudência e da imperícia, dentro da descrição normativa da infração tributária, estaremos perante um fato infringente de caráter subjetivo”.¹⁸³

A responsabilidade fiscal pela ocorrência de infrações é objetiva, mas isso não significa afirmar, de pronto, que se tem uma hipótese de uma responsabilidade independentemente de comprovação ao menos a título de culpa, já que algumas figuras infracionais fiscais, como a fraude, a sonegação e o conluio, exigem a comprovação de um intuito de lesar o Fisco. De tal modo, a responsabilidade por infrações tributárias, embora conduzida pelo elemento objetivo, em alguns casos, deverá levar em consideração o elemento subjetivo do agente.

Nesse ponto, é imperioso destacar que a responsabilidade por infrações fiscais se aproxima da responsabilidade prevista no art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.846/2013, na exata medida que as infrações deverão ser analisadas objetivamente, sem alegação de desconhecimento da Lei, ou mesmo a falta de intenção de lesar o fisco ou a Administração Pública (no caso da Lei Anticorrupção). Todavia, a responsabilidade por infrações fiscais é distinta da responsabilidade erigida sobre a Lei Anticorrupção, tomando em conta que a Lei Anticorrupção dispensa a comprovação, em qualquer hipótese, a título de culpa, já que a pessoa jurídica será responsabilizada objetivamente pelos praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.846/2013), independe da intenção da fraude ou conluio, próprios das infrações fiscais.

2.3.4. DIREITO ANTITRUSTE

A Lei Antitruste brasileira admite a responsabilização de ordem objetiva por danos à ordem econômica, ou seja, sem a necessidade de comprovação de dolo ou culpa. O art. 36 da Lei nº 12.529/11, com apoio majoritário da doutrina brasileira, acolhe a responsabilização de

¹⁸² FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária...*, p. 147.

¹⁸³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Tributo Tributário*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 474.

maneira objetiva da pessoa jurídica, a saber, independentemente de comprovação de dolo ou culpa por parte do agente.¹⁸⁴

CALIXTO SALOMÃO FILHO observa que a Constituição Federal, segundo uma análise mais apurada do art. 173, §3º, parece exigir a existência de um elemento volitivo para ocorrência de prejuízo à ordem econômica: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. SALOMÃO FILHO complementa, ao afirmar que é “inegável a presença da intenção nos atos direcionados a um objetivo. Ao invés simplesmente de refutar sua existência, parece necessário determinar o significado específico dessa intenção”.¹⁸⁵

Os dispositivos do art. 36 da Lei Antitruste e do art. 173, §3º da Constituição Federal são plenamente compatíveis entre si, pois a Lei brasileira não impõe a necessidade de produção de certos efeitos para a ocorrência/consumação do ato ilícito. Ao efetuar esse tipo de exigência, de que os atos seriam condicionados aos efeitos *anticoncorrenciais*, já que todo ato que vise, de qualquer forma, dolosa ou culposa a prejudicar à concorrência, visará um “objetivo predeterminado e anticoncorrencial”.¹⁸⁶

No mesmo passo, THIAGO MARRARA analisa que a responsabilização subjetiva é empregada somente nos casos de conduta anticoncorrencial do administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração que seja cometida por pessoa jurídica (art. 37, III da Lei nº 12.529/2011).¹⁸⁷

Para a configuração de um ilícito concorrencial é necessária a existência de determinados documentos da empresa ou mesmo de manifestações no sentido da ocorrência do ato ilícito, mesmo em casos que esta postura não é possível de acontecimento ou prova, já que a Lei Antitruste situa que atos potencialmente lesivos à concorrência podem ser sancionador. MARRARA esclarece que é preciso “tão somente da comprovação dos danos causados ou da potencialidade de sua ocorrência”.¹⁸⁸

¹⁸⁴ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”.

¹⁸⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 95.

¹⁸⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 96.

¹⁸⁷ MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 211.

¹⁸⁸ MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 211.

Em outras palavras, “o maior indício de que uma determinada conduta anticoncorrencial visa efetivamente a um objetivo anticoncorrencial é que seja possível atingi-lo. Assim, o círculo completa a sua volta. Os efeitos (potenciais) levam às intenções, e vice-versa”.¹⁸⁹

A responsabilidade objetiva, independente de comprovação de dolo ou culpa, por atos prejudiciais à ordem econômica no sentido da Lei Antitruste brasileira parece se distanciar do sentido a ser dado pela Lei Anticorrupção. A Lei nº 12.529/11 visa proteger a ordem econômica dos atos futuros que sejam prejudiciais aos consumidores e, conseqüentemente, ao mercado em geral. Conforme complementa FORGIONI, “a Lei procura coibir atos que, no futuro, possam vir a gerar abusos ou prejuízos concorrenciais”.¹⁹⁰

MARRARA ressalta que as hipóteses de responsabilização objetiva na Lei Antitruste se localizam nos art. 37, I e II, em relação às condutas que o acusado seja a pessoa física agindo em nome próprio, ou seja, que poderiam ser relacionados ao empresário individual, ou a pessoa jurídica com ou sem atuação no mercado. “Emprega-se, nessas hipóteses, uma técnica de responsabilização objetiva, que torna o exercício da função repressiva pelo CADE muito mais simples e menos custosa em termos de prova”.¹⁹¹

Portanto, parece que há uma flexibilização das exigências para a ocorrência do ilícito concorrenciais em detrimento do ilícito erigido na Lei nº 12.846/2013. Ou seja, “o ilícito concorrenciais seja ele cartel, fixação do preço de revenda, dentre outras práticas, guarda semelhança com o ilícito penal no sentido de poder ser configurado mediante mera conduta (mas dele se afasta, por outro lado, porque o ilícito concorrenciais caracteriza-se de forma objetiva, isto é, independentemente de dolo ou culpa, que, no entanto, são essenciais à caracterização do ilícito penal e, em regra, também ao civil)”.¹⁹²

Por outras palavras, a Lei Antitruste, neste ponto, parece se distanciar da legislação anticorrupção brasileira, pois a Lei nº 12.529/11 exige critérios objetivos para a ocorrência do ilícito concorrenciais, e não meios de responsabilização objetiva da pessoa jurídica por atos anticoncorrenciais. Ou seja, os critérios de ocorrência do ilícito concorrenciais são objetivos, independem, mesmo, da existência de um dano material, diferentemente da Lei Anticorrupção. “Assim, sob o aspecto formal, não nos parece correta a aplicação indiscriminada da res-

¹⁸⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 97.

¹⁹⁰ FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do Antitruste*. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 143.

¹⁹¹ MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 211.

¹⁹² GÂNDARA, Lívia. Responsabilidade civil concorrenciais: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos Tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo: Editora RT, v. 21, jan., 2012, p. 335.

ponsabilidade objetiva no tocante à responsabilização civil decorrente da prática de ilícitos concorrenciais”.¹⁹³ Consta-se que a Lei Anticorrupção também parece eleger critérios objetivos de aferição da conduta, que poderiam ser sintetizados nas práticas do Programa de Integridade ou *Compliance*, conforme já foi amplamente destacado.

A Lei Anticorrupção, diferentemente da Lei Antitruste, parece exigir a existência de um efetivo dano para que se possa punir objetivamente a pessoa jurídica por atos considerados como lesivos à entidade pública, como se disse anteriormente, distanciando, em certa medida, os diplomas em análise.

2.4. CONCLUSÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO

Assim, feitos alguns esclarecimentos a respeito da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica sob o prisma da Lei nº 12.846/2013, com a utilização de sanções administrativas para o sancionamento de determinadas pessoas jurídicas, algumas conclusões do Capítulo 2 podem ser retiradas.

Primeiramente, tem-se que o Direito brasileiro, paulatinamente, questionou e, de um certo modo, relativizou a limitação de responsabilidade instaurada com as sociedades limitadas, que estabelecem um regime de responsabilidade limitada àquilo que os sócios trouxeram ao capital social para a responsabilização da pessoa jurídica. Contudo, observou-se que com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – e com a edição de um Código Tributário Nacional – CTN - essa responsabilidade limitada começou a sofrer mutações. Percebe-se que a responsabilidade limitada foi questionada por diversos movimentos, que levaram à instalação de uma responsabilidade objetiva extracontratual da pessoa jurídica.

Este raciocínio foi trazido, também, às técnicas de regulação econômica, com a instalação de sanções administrativas cada vez maiores às pessoas jurídicas, mediante regulamentos administrativos e leis que punissem de maneira efetiva a pessoa jurídica pelos causados, por exemplo, ao meio-ambiente, à Ordem Econômica, ao Fisco e aos consumidores, com a ampla utilização de sanções administrativas que sancionassem de maneira objetiva a pessoa jurídica, a saber, independentemente da comprovação de qualquer tipo de dolo ou culpa por parte da Administração Pública.

As sanções instituídas na Lei nº 12.846/2013 inserem-se nessa lógica de ampliação, cada vez maior, de responsabilidades das pessoas jurídicas. Conforme destacado, a utilização

¹⁹³ GÂNDARA, Livia. Responsabilidade civil concorrential: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos Tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 21, São Paulo: Editora RT, jan., 2012, p. 336.

da responsabilidade objetiva no Direito brasileiro não é inédita, sendo que a Lei Anticorrupção é amplamente inspirada nesses diplomas que instalam sanções administrativas que punem objetivamente a pessoa jurídica.

A responsabilidade objetiva foi escolhida como forma de melhor punição e, até mesmo, dos responsáveis por atos lesivos às entidades públicas, por conta da maior facilidade na comprovação das acusações, pois não se impõe a prova diabólica sobre aquele que acusa e esta responsabilidade possibilita o maior alcance dos responsáveis pelos danos causados à Administração Pública.

Porém, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica estabelecida no art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.846/2013 não possui uma extensão de seus limites. É todo e qualquer ato infracional do art. 5º da Lei Anticorrupção que poderá ensejar a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica? Quais são os parâmetros para a aferição desta responsabilidade? São todos os atos de todos os integrantes da empresa legitimados a ensejar a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica?

A partir do que ficou estabelecido, a Lei Anticorrupção elege os atos de todos os seus integrantes como aptos a ensejar a responsabilidade objetiva da Lei nº 12.846/2013. De outro lado, ficou visto que esta postura poderá ocasionar graves distorções às pequenas e médias empresas, pois as sanções do art. 6º da Lei Anticorrupção são consideradas como penas gravosas às pessoas jurídicas, como a multa sobre o faturamento, a publicação extraordinária da decisão, a desconsideração da personalidade jurídica e a proibição de contratar com o Poder Público.

Ficou consignado que o melhor critério a ser adotado pela Lei seria o de que somente deveriam ser levados em conta os atos daqueles que estivessem legitimados a agir em nome da empresa, com potencialidade lesiva à entidade pública e aos seus princípios condutores. Ademais, as técnicas de *Compliance* e dos Programas de Integridade parecem ser o parâmetro avaliativo da ação da pessoa jurídica, que possibilita, inclusive, uma melhor definição dos critérios de aplicação da sanção, tendo em vista que a empresa deve ser mais diligente em suas práticas empresariais, principalmente quando ela possui relações intensas com o Poder Público. Assim, as técnicas de *Compliance* funcionariam como um critério objetivo de aferição da eventual ação lesiva da pessoa jurídica e, em alguns casos, com a atenuação da sanção, constituindo um limite e um critério objetivo da responsabilidade objetiva prevista na Lei nº 12.846/2013.

Outra proposta apresentada é a respeito da teoria da imputação objetiva, teoria esta própria do Direito Penal, mas que fundamenta que os riscos existentes na relação entre a pessoa jurídica e o Poder Público deveriam ser levados em consideração no estabelecimento das sanções previstas no art. 6º da Lei nº 12.846/2013. Contudo, isso não significa afirmar que a responsabilidade prevista na Lei Anticorrupção é de ordem penal, conforme vem a sugerir MODESTO CARVALHOSA. Em verdade, a teoria da imputação objetiva traz importantes contributos no que diz respeito aos critérios aferidores da ação lesiva da pessoa jurídica, pois ela considera os riscos existentes em possível atuação ilícita na relação entre a pessoa jurídica e a Administração Pública, em especial em sede de procedimentos licitatórios e no cumprimento de contratos administrativos, que poderiam ser sintetizados nas ações de *Compliance* da empresa.

A instalação de sanções administrativas, mediante a previsão de responsabilidade objetiva no Direito brasileiro não é inédita. No entanto, conforme se destacou, as sanções previstas na Lei nº 12.846/2013 exigem um nexos de causalidade mínimo entre a conduta ilícita e um resultado dano, mesmo que seja um dano aos princípios regentes da Administração Pública. As sanções da Lei nº 12.846/2013 não podem ser instaladas mediante a ameaça de lesão ao patrimônio público, por exemplo, diferenciando-se das sanções administrativas existentes no Direito Ambiental, do Consumidor e Antitruste, que permitem a existência de sanções administrativo que imponham responsabilidade objetiva da pessoa jurídica fundamentada somente no risco lesivo da conduta da pessoa jurídica, o que lhe aproxima, e tão somente neste ponto, das sanções fiscais previstas no Código Tributário Nacional, que não permitem sanções administrativas preventivas; mas que exigem, em alguns casos, a comprovação da culpa da pessoa jurídica, como no caso da fraude fiscal, da sonegação e do conluio.

3. RESPONSABILIDADE NAS HIPÓTESES DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL, TRANSFORMAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO OU CISÃO SOCIETÁRIA.

A Lei Anticorrupção, no art. 4º e seus respectivos parágrafos,¹⁹⁴ elenca as hipóteses de continuidade da responsabilidade da pessoa jurídica em casos de reorganização/reestruturação societária, sobretudo nos casos de alteração contratual, transformação, fusão ou cisão societária.

Conforme ficou consignado no Capítulo 2 da presente monografia, o regime de responsabilidades das pessoas jurídicas brasileiras, principalmente das sociedades limitadas, levou ao “verdadeiro fim da responsabilidade limitada no Brasil”, na expressão formulada por BRUNO MEYERHOF SALAMA. Por esse motivo, SALAMA destaca que determinados mecanismos no Brasil consagram uma verdadeira “fuga da responsabilidade”,¹⁹⁵ objetivando blindar e fugir desta ampliação do regime de responsabilidade das pessoas jurídicas no Brasil.

A fuga da responsabilidade jurídica das pessoas jurídicas não deve ser compreendida como algo ilícito ou ilegítimo, mas como “para designar o movimento, cálculo e estratégia de mitigação ou gestão de riscos de responsabilidade”.¹⁹⁶ Apesar disso, a Lei Anticorrupção coloca “sob suspeita” estas operações de reorganização societária, afirmando que a responsabilidade persistirá nos casos previsto no seu art. 4º, *caput*, como forma de alcance e eleição de terceiros que detenham, efetivamente, responsabilidade pelo dano causado à Administração Pública, firmando que não haja nenhuma hipótese de “fuga” desta responsabilidade objetiva prevista no art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.846/2013, colocando sob desconfiança e supervisão estes atos de reorganização societária.

¹⁹⁴ “Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. § 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados. § 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.”

¹⁹⁵ O autor destaca que: “Na música erudita, a ‘fuga’ é um estilo de composição polifônica (isto é, com várias vozes ao mesmo tempo, mas sem uníssono) e contraponista (porque há várias melodias sobrepostas a um tema que é recorrentemente retomado). Há na fuga, portanto, um entrelaçamento de vozes: o tema é lançado e permanece em pauta, sendo ora obliterado, ora destacado” (SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 344).

¹⁹⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 345.

3.1. REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS

As operações de reestruturação societária são previstas em diversos dispositivos brasileiros, nomeadamente na Lei de Sociedade por Ações (Lei nº 6.404/1976) e no Código Civil brasileiro, quando este trata das operações de reorganização societária previstas na sociedade limitada.

Estas operações são muito importantes, especialmente em um contexto de recessão econômica como atualmente encontra-se o Brasil. Sob a égide da crise econômica de 2008, ARNOLDO WALD, LUÍZA DE MORAES e IVO WAISBERG afirmaram que: “Dentro do atual contexto de mercado, os negócios de aquisição de controle, incorporação e fusões, [...] assumem extrema importância, como etapa decisiva para reestruturações empresariais realizadas a níveis doméstico e internacional, com repercussões relevantes na economia brasileira”.¹⁹⁷

Nesse mesmo sentido, em momentos de crise, as reorganizações societárias poderão significar a melhor utilização dos recursos, “suscitar reorganizações empresariais que explorem melhor as sinergias entre as empresas e que viabilizem uma espécie de esforço comum para vencer as dificuldades”.¹⁹⁸ O contexto de crise atual, certamente, irá ensejar a realização destes negócios jurídicos com vistas a reestruturar determinados negócios e setores econômicos.

Percebe-se que estas operações de reorganização societária ou até mesmo reestruturação societárias são imprescindíveis em decorrência “da forte incerteza no cenário econômico e da grande volatilidade do mercado de capitais [brasileiro]”,¹⁹⁹ que demandaram, assim, a atenção que a Lei Anticorrupção confere a essas determinadas operações de reorganização societária, que, no espírito da Lei nº 12.846/2013, poderiam funcionar como anteparo para a ocorrência de determinadas fraudes ou mesmo lesão à atuação da Administração Pública, especialmente no exercício do poder punitivo conferido pela Lei Anticorrupção ao Poder Público.

3.1.1. ALTERAÇÃO CONTRATUAL

¹⁹⁷ WALD, Arnaldo; MORAES, Luíza Rangel de; WAISBERG, Ivo. Fusões, incorporações e aquisições – aspectos societários, contratuais e regulatórios. In: WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. (coord.). *Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 72.

¹⁹⁸ WALD, Arnaldo; MORAES, Luíza Rangel de; WAISBERG, Ivo. Fusões, incorporações e aquisições ..., p. 72.

¹⁹⁹ WALD, Arnaldo; MORAES, Luíza Rangel de; WAISBERG, Ivo. Fusões, incorporações e aquisições ..., p. 74.

A Lei Anticorrupção estatui em seu art. 4º, *caput*, que subsistirá a responsabilidade da pessoa jurídica em caso de alteração contratual. Nada obstante, novamente, a Lei traz um conceito jurídico muito amplo de alteração contratual. Entende-se, logicamente, que o art. 4º, *caput*, refere-se às alterações promovidas no seio do contrato social da pessoa jurídica.

Contudo, é todo e qualquer tipo de alteração contratual capaz de ensejar a subsistência da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica?

O contrato social das sociedades empresariais, excetuando-se a Sociedade Anônima, que é regida por Estatuto, possui disciplina prevista segundo as normas específicas do Código Civil brasileiro. O art. 997 do Código Civil especifica os requisitos essenciais existentes à constituição de uma sociedade simples,²⁰⁰ que poderiam ser exemplificados na figura do nome da sociedade, nacionalidade, os sócios, a qualificação destes, o capital social expresso em moeda corrente da sociedade, entre outros requisitos.²⁰¹

Assim, entende-se que por alteração contratual, no contexto do art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.846/2013, deve ser compreendida como todo e qualquer tipo de alteração contratual dos requisitos essenciais do contrato social previstos no art. 997 do Código Civil, que possam ensejar a alteração de elementos relevantes da empresa, excetuadas as peculiaridades do Estatuto da Sociedade Anônima, que possui um amplo regime de normas específicas previstas na Lei nº 6.404/1976.²⁰²

Contudo, a dúvida se impõe nos casos em que a alteração do contrato social é imprescindível. Exemplifica-se. Uma determinada sociedade limitada possui um capital social de R\$ 200.000,00. Porém, seus sócios percebem que este capital social é excessivamente alto, não correspondendo às especificidades da empresa, devendo este ser reduzido, recaindo na hipóte-

²⁰⁰ “A sociedade simples é uma sociedade-base ou comum, cujas disposições aplicam-se às sociedades empresárias, exceto anônimas; ao mesmo tempo, ela erige-se num tipo próprio, destinado a abrigar atividades que referido Código reputa não empresariais” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 159).

²⁰¹ “Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas; II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária; IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la; V - as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições; VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais. Parágrafo único. É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato”.

²⁰² A respeito dos requisitos fundamentais do Estatuto da Sociedade Anônima, por todos, cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3-97.

se do art. 1.082, II, do Código Civil.²⁰³ Esta hipótese de redução do capital social, deverá ser compreendida como ensejadora da continuidade da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica prevista no art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.846/2013?

A partir do exemplo acima, denota-se que não é toda a alteração contratual que está abrangida no conceito do art. 4º, *caput*, da Lei Anticorrupção. Por esse motivo, é imprescindível que, no específico caso da alteração contratual, seja verificada qual era a verdadeira intenção dos dirigentes e sócios da pessoa jurídica, no intuito de verificar a potencialidade lesiva da conduta, como, por exemplo, a alteração de seus sócios, a mudança do domicílio da pessoa jurídica, etc; ou seja, elementos que poderiam causar efetivos prejuízos à Administração Pública.

Em outras palavras, no caso da alteração contratual, é preciso perquirir a verdadeira intenção lesiva dos sócios e da pessoa jurídica, atenuando-se o regime de responsabilidade objetiva independentemente de comprovação de culpa, a fim de verificar se a alteração contratual poderá, efetivamente, trazer prejuízos e ter o ânimo volitivo de fraude.

3.1.2. TRANSFORMAÇÃO

A transformação da pessoa jurídica é hipótese de mudança do tipo societário que ela originalmente se constituiu para adotar um novo tipo. “Ela implica, por isso, a necessidade de adaptação do estatuto social ou do contrato social às regras do novo tipo a que se subordinará a sociedade transformada”.²⁰⁴

A transformação se aplica a qualquer tipo de sociedade, não sendo instituto exclusivo e restrito às sociedades anônimas, imprimindo uma nova categoria ou tipo societário,²⁰⁵ por força das previsões do art. 220 da Lei nº 6.404/1976²⁰⁶ e do art. 1.113 do Código Civil.²⁰⁷ Conforme destaca RUBENS REQUIÃO, o comum é que uma sociedade originalmente se constitua sob a égide da sociedade limitada, como uma primeira etapa, que assentada o seu amplo sucesso no mercado, transforma-se em uma sociedade anônima.²⁰⁸

²⁰³ “Art. 1.082. Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato: [...] II - se excessivo em relação ao objeto da sociedade”.

²⁰⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário: sociedade anônima*. v. II. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 265.

²⁰⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 213.

²⁰⁶ “Art. 220. A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro. Parágrafo único. A transformação obedecerá aos preceitos que regulam a constituição e o registro do tipo a ser adotado pela sociedade”.

²⁰⁷ “Art. 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se”.

²⁰⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 213-214.

O que pode ocorrer é que uma determinada sociedade, constituída sob um tipo societário que não preveja uma responsabilidade limitada, como a sociedade em nome coletivo, venha a se transformar em uma sociedade limitada, após a imposição de uma sanção administrativa prevista no art. 6º da Lei nº 12.846/2013.

A regra faz sentido somente na transformação de um tipo societário que não tenha, originalmente, a limitação de responsabilidade, para uma determinada organização societária que preveja a limitação de responsabilidade, como no caso a sociedade limitada, que impõe limitação de responsabilidade aos sócios àquilo que eles trouxeram ao capital social.

Destarte, a regra do art. 4º, *caput*, da Lei Anticorrupção busca abranger estes atos de transformação que poderiam causar dúvidas quanto à extensão da responsabilidade dos sócios e de seus administradores, reafirmando a subsistência da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica caso sancionada.

3.1.3. INCORPORAÇÃO

A incorporação é definida pela Lei nº 6.404/1976 (Lei de Sociedade por Ações – Sociedades Anônimas), em seu art. 227, como “a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”. O conceito adotado pela Lei de Sociedades Anônimas de 1976 traz o mesmo conceito de incorporação do art. 152 Decreto-Lei nº 2.627/1940.

PONTES DE MIRANDA define a incorporação como a “fusão por absorção. Incorporar é pôr corpo aquilo que se trata: um corpo insere-se noutro, mas a inserção não suscita nôvo corpo, apenas aumento o corpo que há”.²⁰⁹ O capital social da sociedade incorporante aumenta, porque aos sócios da sociedade incorporada tem que ser dadas ações ou quotas, “o que importa aumento do capital da sociedade incorporante”.²¹⁰

Nesse mesmo sentido, MODESTO CARVALHOSA esclarece que a incorporação é uma causa extintiva da sociedade incorporada, sendo que esta se processa em três fases: “a transmissão do patrimônio da incorporada para a incorporadora; a passagem dos acionistas de uma para outra sociedade e a extinção da sociedade transmitente”.²¹¹

²⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto. t. LI. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 133, *ortografia como no original*.

²¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto. t. LI. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 133.

²¹¹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. IV, t. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 278.

A respeito das regras de incorporação no específico caso da Lei Anticorrupção, cumpre meditar a respeito da importante decisão proferida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN, o *Conselhinho*, que realizou uma respeitável interpretação a respeito da regra de incorporação de empresas prevista no art. 4, §1º, da Lei nº 12.846/2013.

3.1.3.1. A DECISÃO DO CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM CASO DE INCORPORAÇÃO

O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – CRSFN aproveitou em grande as disposições da Lei Anticorrupção para resolução, e quem sabe, norte de uma das questões mais controvertidas no Direito Societário e do Direito Administrativo Sancionador em geral: a responsabilidade pelas sanções administrativas em caso de sucessão empresarial. É sabido, que, nos termos da Lei Antitruste, bem como na Lei Anticorrupção, o sucessor responde e se responsabiliza pelo adimplemento e cumprimento das sanções administrativas impostas à empresa incorporada. Contudo, como proceder no caso de haver uma sanção de ordem estritamente pessoal, como a advertência aos administradores da pessoa jurídica incorporada que cause prejuízos à Administração Pública ou à Ordem Econômica?

Percebe-se que a disposição do art. 4º, §1º da Lei nº 12.846/13²¹² trouxe uma solução adequada a uma questão controvertida tanto no Direito Administrativo Sancionador como no Direito Antitruste. A principal questão que se discute é sobre aplicação de uma sanção de ordem estritamente pessoal aos sucessores da pessoa jurídica.²¹³

²¹² “Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. § 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucensora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados”.

²¹³ “Art. 5º da Constituição Federal - *Omissis* - XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Em grande medida, a solução a ser demonstrada é direta ressonância do princípio constitucional da intranscendência das penas, aplicável, também, no Direito Administrativo Sancionador, que é previsto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal. RAFAEL MUNHOZ DE MELLO observa que “a imposição ou transmissão de sanção administrativa retributiva a terceiro que não praticou a conduta típica é medida manifestamente inadequada ao atendimento da finalidade preventiva vinculada à competência punitiva da Administração Pública. Foi já afirmando e repetido: a sanção administrativa tem por escopo prevenir a ocorrência de futuras infrações. Tal finalidade não é atingida se a sanção é imposta a pessoa que não praticou a conduta típica. Bem pelo contrário, a possibilidade que a medida sancionadora seja imposta ou transmitida a terceiro serve como estímulo à prática da conduta, já que o infrator não estará sujeito às consequências negativas que advêm da aplicação da sanção” (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais...*, p. 195-196).

O caso analisado pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional sopesava um Recurso no Processo Administrativo nº 2007-14708, no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários – CVM/RJ, em que o Citigroup Global Markets Brasil Corretora de Câmbio, incorporadora da Intra S.A. Corretora de Câmbio e Valores, buscava que o CRSFN reformasse administrativamente o entendimento firmado pela CVM, que havia decidido pela condenação e sancionamento dos incorporadores da referida Corretora de Câmbio, que não honrou com suas obrigações no processo de liquidação, deixando saldos insuficientes da conta cambiária de seus clientes.

A partir do pronunciamento exarado pelo Conselheiro BRUNO MEYERHOF SALAMA, o CRSFN entendeu, por maioria, com base na Lei Anticorrupção (art. 4º, §1º), que seria totalmente incabível, à luz da nova disposição da Lei nº 12.846/13, que se aplicasse uma pena estritamente pessoal aos sucessores da Intra, como a pena de advertência aos seus sucessores, no caso da liquidação da casa cambial e a insuficiência de ativos de seus clientes. Confirma-se o entendimento:

Por outro lado, a Lei Anticorrupção traz uma dinâmica legislativa que evidencia a opção do legislador sobre a sucessão em caso de penalidades administrativas. E essa opção é a de que a responsabilidade da sucessora não se estenda à sanção de *publicação extraordinária da decisão condenatória* – pena muito similar à advertência –, exceto nos casos de simulação ou fraude, se devidamente comprovadas. [...] Entendo que, tendo sido feita a opção pelo legislador, ainda que apenas em situação assemelhada – daí porque falo em analogia – não cabe ao aplicador revê-la. Temos aqui, a meu ver, caso de analogia *in bonam partem*, isto é, a analogia que beneficia o acusado.²¹⁴

Com isto, o presente entendimento pode constituir um contributo significativo à aplicação de sanção estritamente pessoal, como a advertência, àquelas empresas e pessoas jurídicas sucessoras, incorporadoras etc, que venham a responder por sanções administrativas, cometidas pelas empresas anteriores, mas que possuam natureza puramente pessoal. Assim, o art. 4, §1º, com base na interpretação do CRSFN, poderá constituir excelente parâmetro, por exemplo, para a definição da pena de natureza pessoal no caso de infrações à Ordem Econômica a serem aplicada pelo CADE.

3.1.4. FUSÃO OU CISÃO SOCIETÁRIA

A cisão foi incorporada em 1976 no Direito brasileiro, com a reformulação de Lei de Sociedades Anônimas, em decorrência da ampla inspiração da Lei francesa da reforma do

²¹⁴ BRASIL. Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – CRSFN. Recurso nº 13230, 368ª Sessão, julgado em 22/07/2014, publicado em 22/02/2015. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=nmsSecreCRSFN:idvSecreCRSFN>>. Acesso em 08 de mar. de 2015.

Código de Sociedades francês de 1966.²¹⁵ A definição trazida pelo art. 227 da Lei de Sociedades Anônimas estatui que a: “cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão”.²¹⁶

Com a cisão, pode ocorrer a extinção ou não da sociedade, dependendo da modalidade que ela ocorrer. A cisão poderá se dar na modalidade total e parcial, é característica da fusão total que ela “conduza à extinção da sociedade e que a separação parcial não afete a subsistência desta”.²¹⁷ A cisão total, ou também denominada cisão com extinção da sociedade, implica o fato de que as sociedades que absorverem as parcelas do patrimônio sucederão à companhia cindida nos direitos e obrigações não relacionadas no ato de cisão.²¹⁸ De outro lado, a cisão parcial implicará e obedecerá às regras de incorporação, “pois, efetivamente, essa parcela da sociedade cindida será incorporada em outra sociedade já existente”.²¹⁹

Segundo RAUL VENTURA, “a cisão é necessariamente uma forma de desconcentração da empresa primitiva, mais ou menos pronunciada, conforme os laços jurídicos que ficarem a existir entre as normas empresas-sociedades”.²²⁰ A cisão é a combinação de uma operação de desconcentração empresarial, com fins instrumentais, com uma operação de concentração.

Por sua vez, a fusão é a “operação através da qual duas ou mais sociedades se unem para formar uma sociedade nova, passando esta a ser a detentora de todas as obrigações e dos direitos das sociedades fundidas”.²²¹ A distinção entre a fusão e a incorporação está no fato de que naquela hipótese ocorre a extinção de duas ou mais sociedades para a constituição de uma nova sociedade, enquanto esta “acarreta somente a dissolução da sociedade incorporada, cujo patrimônio não é transferido integralmente ao patrimônio da incorporadora”.²²²

²¹⁵ A respeito do tema, cf. HÉMARD, Jean; TERRÉ, François; MABILAT, Pierre. *Sociétés Commerciales*. t. I. Paris: Dalloz, 1972, p. 528-530, que fazem comentários a respeito da alteração na Lei de Sociedades francesas de uma maneira geral.

²¹⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 217.

²¹⁷ VENTURA, Raul. Cisão de Sociedades. *Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, v. XXV, 1974, p. 7.

²¹⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial...*, p. 217.

²¹⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial...*, p. 217.

²²⁰ VENTURA, Raul. Cisão de Sociedades. *Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, v. XXV, 1974, p. 5-6.

²²¹ WALD, Arnoldo; MORAES, Luíza Rangel de; WAISBERG, Ivo. Fusões, incorporações e aquisições – aspectos societários, contratuais e regulatórios. In: WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. (coord.). *Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 32.

²²² WALD, Arnoldo; MORAES, Luíza Rangel de; WAISBERG, Ivo. Fusões, incorporações e aquisições..., p. 32.

O regime da cisão e da fusão na Lei Anticorrupção será melhor analisado no tópico seguinte do presente escrito, ao se descrever algumas hipóteses fáticas a serem enfrentadas pelos aplicadores da Lei nº 12.846/2013.

3.2. HIPÓTESES A SEREM ENFRENTADAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO

A partir do que foi esclarecido a respeito da alteração contratual, da cisão, da fusão e da incorporação, entende-se que os conceitos acima apresentados poderão ser melhor explicitados a partir da análise de casos concretos que, certamente, despertarão a dúvida dos aplicadores da Lei Anticorrupção e que não possuem, também, uma solução única.

Os exemplos a seguir ajudam a melhor compreender as disposições do art. 4º da Lei nº 12.846/2013.

3.2.1. RESPONSABILIDADE NO CASO DE CONSÓRCIOS LICITATÓRIOS

O consórcio de empresas para fins de participação em uma licitação, ou mesmo em um edital de concessão de serviço público, é uma forma instrumental de participação dos particulares em colaboração com a Administração Pública, a fim de que esta tenha condições de prover mais serviços, donde o Estado é cada vez mais exigido por uma quantidade enorme de serviços públicos.

MARIA JOÃO ESTORNINHO destaca que a utilização do Direito Privado pela Administração Pública foi o desígnio do crescimento cada vez maior do Estado, com as demandas próprias do Estado Social. Nesse mesmo intuito, a jurista portuguesa revela que a utilização do direito privado pela Administração Pública é reveladora de que esta teve que ampliar seus papéis para o fornecimento de serviços sociais até então de prestação atenuada ou reduzida do Estado, pugnando que o alargamento dos fins do Estado implicou a adoção de novas formas de organização,²²³ passando-se, assim, a considerar que a atuação do Estado sob o regime de direito privado “levou mesmo a que muitas áreas da Administração Pública não precisassem mais de se ‘disfarçar’ sob formas publicísticas”.²²⁴

²²³ MARIA JOÃO ESTORNINHO menciona seis critérios em que seria mais vantajosa a organização administrativa jurídico-privada: a) uma maior facilidade na criação e extinção de instituições; b) maior autonomia concedida aos entes criados, com âmbitos de responsabilização própria e menor influência político-partidária; c) a libertação das regras de organização de direito público; d) adoção de processos decisórios mais flexíveis, com a sujeição aos princípios da economia de mercado e da concorrência, com diversificação dos serviços prestados; e) diversificação dos meios de financiamento, em cooperação com os investidores privados; f) maior possibilidade de cooperação com as demais entidades públicas (ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 59-67).

²²⁴ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53.

Ademais, a utilização de instrumentos de Direito Privado pelo Estado está relacionada, também, à atuação do Estado Social, no qual as exigências de prestação de serviços, com o constante alargamento das funções estatais, e fornecimento das condições mínimas da vida, exigem novas formas de atuação, sendo a atuação da Administração Pública mediante instrumentos de Direito Privado, como os contratos, como uma forma de manifestação do Estado Social.²²⁵

Deste modo, EGON BOCKMANN MOREIRA observa que a utilização de consórcios é uma dessas formas de apropriação pelo Direito Administrativo de instrumentos eminentemente privados, “porque o consórcio envolve uma associação entre empresas, disciplinada em lei, porém despojada das características próprias das pessoas jurídicas (vez que pessoa jurídica não é”.²²⁶

O art. 278, § 1º, da Lei de Sociedades Anônimas determina que os consórcios não têm personalidade jurídica e não respondem em solidariedade.²²⁷ Na visão de MARÇAL JUSTEN FILHO, os consorciados comparecem perante a Administração Pública como um todo, o que enseja a responsabilidade solidária destes,²²⁸ segundo o art. 33, V, da Lei nº 8.666/93.²²⁹

Assim, para fins da Lei nº 12.846/2013, quando se está diante de um consórcio de empresas para fins licitatórios, que não ostenta personalidade jurídica, a responsabilidade pelas sanções administrativas previstas na Lei nº 12.846/2013 será solidária, tendo em vista a disposição do art. 33, V, da Lei de Licitações, seja na fase de licitação, ou mesmo na execução do contrato administrativo.

EGON BOCKMANN MOREIRA esclarece a previsão do art. 33, V, da Lei nº 8.666/93 a partir da seguinte elucubração:

Por exemplo, imagina-se um consórcio heterogêneo, formado por uma instituição financeira, uma empreiteira e uma empresa de TI (Tecnologia de Informação). Os da-

²²⁵ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 41-46.

²²⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas (Considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. *Estudos de Direito Econômico*. v. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 116.

²²⁷ “Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. § 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. § 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio”.

²²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 472.

²²⁹ Eis o teor do art. 33, V, da Lei nº 8.666/93: “Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: [...] V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato”.

nos porventura causados pela empresa de TI à execução do contrato serão integralmente apuráveis diretamente frente a qualquer um dos consorciados, de forma direta (excluindo-se a responsabilidade subsidiária).²³⁰

Por outras palavras, quando aplicada uma sanção administrativa, por exemplo, a um consórcio licitatório, em decorrência da ocorrência de um dos atos infracionais previstos no art. 5º da Lei Anticorrupção, na execução de um determinado contrato administrativo, deverá ser imposta a sanção a qualquer uma das empresas que integram o consórcio licitatório, por força da solidariedade prevista em Lei, já que, segundo o art. 265 do Código Civil, a solidariedade não se presume.²³¹ Ademais, a responsabilidade pelas sanções administrativas previstas na Lei Anticorrupção, em caso de consórcios licitatórios, é solidária, por força de seu art. 4, §2º.²³²

Além disso, corrobora com este pensamento o fato do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 12.846/2013 afirmar que as disposições anticorrupção aplicam-se “às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado”, tomando em conta a ausência de personalidade jurídica do consórcio licitatório, salvo quando exigido em Lei, como no caso da SPE, que será melhor explicitado adiante.

Portanto, o encargo pelas sanções administrativas previstas na Lei Anticorrupção, que imponham a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, em caso de sancionamento de consórcios licitatórios, é solidária, reforçada pelo fato de que este empreendimento não possui personalidade jurídica, ensejando a sua responsabilidade solidária, respeitado o direito de regresso dos demais consorciados, tendo em vista a previsão do art. 33, V, da Lei nº 8.666/93.

3.2.2. AS SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO (SPE)

Uma das hipóteses de incidência da responsabilidade objetiva prevista na Lei nº 12.846/2013 que exige grande ponderação e reflexão do aplicador é quando se tem a presença de uma Sociedade de Propósito Específico, que tem sido bastante utilizada no Brasil como forma de organização racional e inteligente dos recursos provenientes de Parcerias-Público-

²³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas (Considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. *Estudos de Direito Econômico*. v. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 116.

²³¹ “Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

²³² “§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado”.

Privadas (PPP - Lei nº 11.079/2004) e nas concessões de serviço público a lume da Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/1995).

As Sociedades de Propósito Específico são, segundo MODESTO CARVALHOSA, a forma de definição de um “consórcio com personalidade jurídica, [...] hoje adotada largamente para contratar obras, serviços, fornecimentos e concessões com o Poder Público”.²³³ Na SPE, é mantida a autonomia da vontade das consorciadas, que nomeiam um administrador da Sociedade, visando o atingimento dos objetivos comuns dos consorciados.²³⁴

Nesse mesmo sentido, EGON BOCKMANN MOREIRA e BERNARDO STROBEL GUIMARÃES destacam que o art. 9º da Lei de PPP ²³⁵ previu a obrigatoriedade da exigência da constituição de uma SPE para a execução dos contratos de Parceria Público Privadas.²³⁶ A SPE é uma exigência para os vencedores da PPP; ou seja, o polo privado da PPP deve ser ocupado necessariamente por uma SPE.²³⁷

Na Lei Geral de Concessões, o art. 20 da Lei nº 8.987/1995 estabelece que, quando previsto o edital de concessão, o Poder Público poderá exigir a constituição de uma empresa antes da celebração do contrato.²³⁸ EGON BOCKMANN MOREIRA esclarece que a previsão do art. 20 da Lei Geral de Concessões permite inferir que a Administração Pública, quando conveniente, poderá exigir a constituição de uma SPE para a exploração do objeto do contrato de concessão de serviço público: “Do fato de a lei prever a possibilidade de ser *obrigatória* a constituição da SPE para os consórcios não emerge a conclusão de que seria *proibida* uma SPE em outras hipóteses”.²³⁹

A SPE é uma sociedade instrumental, criada exclusivamente para o atingimento de um determinado escopo, que no caso de uma concessão de serviço seria a exploração desta concessão, e na PPP como melhor forma de gestão da Parceria Público-Privada. Deste modo, o

²³³ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. IV, t. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 390.

²³⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. IV, t. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 390.

²³⁵ “Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria”.

²³⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Sociedades de Propósito Específico na Lei de PPP (considerações em torno do art. 9.º da Lei 11.079/2004). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. (coords). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora RT, 2015, p. 495.

²³⁷ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Sociedades de Propósito Específico...*, p. 497.

²³⁸ “Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato”.

²³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 107, *grifos no original*.

objeto social não pode ser alterado, na qual “os acionistas perdem a capacidade de pretender alterar o objeto social, estabilizando esse elemento durante o tempo do contrato. Afinal, a sociedade surge apenas e tão só para a fiel execução do contrato de PPP”.²⁴⁰

As razões para a exigência obrigatória de uma SPE poderiam ser identificadas na possibilidade de se conceder maior autonomia à Parceria Pública-Privada, ou mesmo à concessão de serviço público, pois segrega-se o patrimônio e os riscos daqueles que a integram, dando maior grau de autonomia e melhores condições de gestão do empreendimento.²⁴¹

Além disso, outro argumento favorável à constituição da SPE está no fato de que, nas Parcerias Público-Privadas, a conjugação dos investimentos públicos com os do parceiro privado exigem transparência e racionalidade nos empreendimentos, nas hipóteses de ocorrência de um *project finance*,²⁴² pois este será conveniente “para empreendimentos que se estruturam numa linha de política pública previsível e consistente, com apreciável volume de investimento e que não tragam consigo incerteza (ou riscos mal alocados)”.²⁴³

Assim, considerando que a SPE constitui um modelo de organização societária racional e eficiente, cumpre analisar o seu regime de responsabilidade para fins da responsabilidade objetiva prevista na Lei nº 12.846/2013.

A Lei Anticorrupção estatui, no parágrafo único do seu art. 1º, que ela é aplicável “às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente”. Como a SPE possui personalidade jurídica própria, com existência autônoma daqueles que a constituíram originalmente, a responsabilidade objetiva prevista na Lei Anticorrupção se compreende de maneira restritiva. Ao se sancionar uma SPE exploradora de uma concessão de serviço público, ou mesmo de um Projeto de PPP, somente esta deve ser sancionada, tomando em conta a sua ampla autonomia e existência individualizada daqueles que a constituíram.

²⁴⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Sociedades de Propósito Específico..., p. 497.

²⁴¹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Sociedades de Propósito Específico..., p. 498.

²⁴² O *project finance* não é objeto de estudo da presente monografia; porém, para maiores aprofundamentos, ampliar em MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 154-158.

²⁴³ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Sociedades de Propósito Específico..., p. 507.

Ao se impor uma multa, por exemplo, pela ocorrência de qualquer infração administrativa prevista no art. 5º da Lei Anticorrupção, seja por qualquer funcionário ou pessoa atuante em nome da SPE, somente a SPE deve ser responsabilizada, não se impondo nem mesmo a responsabilidade solidária dos integrantes da SPE. Não deve se cogitar a responsabilização daqueles que a integram, somente no caso de ocorrência de alguma das hipóteses ensejadoras de desconsideração da personalidade jurídica do art. 50 do Código Civil, e não daquela prevista no art. 14 da Lei nº 12.846/2013,²⁴⁴ tendo em vista a personalidade jurídica própria e autonomia patrimonial e funcional da SPE, que não se confunde com a pessoa de seus sócios ou acionistas, sob pena de ocorrer hipótese de desconsideração da personalidade jurídica não admitida em Lei.

3.2.3. GRUPOS EMPRESARIAIS

O art. 265 da Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976) faculta às sociedades formem grupos empresariais, mediante a convenção das sociedades controladas e as controladoras, por meio de um acordo formal,²⁴⁵ pelos qual as sociedades integrantes do grupo econômico buscam “combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetivos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns. As sociedades mantêm sua personalidade jurídica e patrimônio distintos”.²⁴⁶

Em um grupo empresarial, existem sociedades coligadas e controladas, distanciando do critério alemão de divisão entre sociedades-mãe. “A Lei n. 6.404 preferiu estabelecer uma classificação dicotômica, distinguindo entre sociedades *coligadas* – as em que uma sociedade participa [...] e sociedades *controladas* – aquelas na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanen-

²⁴⁴ “Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa”. Para maiores aportes a respeito da desconsideração da personalidade jurídica na Lei Anticorrupção, cf. PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Desconsideração administrativa da personalidade societária – Compatibilidades e possibilidades da Lei Anticorrupção. *Revista de Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, v. 2, n. 1, 2015, p. 390-397. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/85271/pdf_22>. Acesso em 20 de set. de 2015, onde podem ser encontradas referências a respeito do tema, com a defesa da ideia de que a desconsideração da personalidade jurídica na Lei Anticorrupção instala uma verdadeira sanção administrativa, por evadir aos pressupostos originários da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

²⁴⁵ “Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns”.

²⁴⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 241.

te, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.²⁴⁷

De outro lado, a Lei Anticorrupção o art. 4º, §2º da Lei Anticorrupção estatui que a responsabilidade de grupos econômicos é solidária pelas sanções impostas às “sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado”.

Ao contrário do estabelecido pela Lei Anticorrupção, entende-se que esta solidariedade na responsabilidade, em caso de grupos empresariais, dos controladores no caso de imposição de sanções às sociedades controladas é excessiva. ANNE PETITPIERRE-SAUVIN afirma que a responsabilidade de um grupo não absorve, necessariamente, a responsabilidade da sua filial, de forma a reduzir este estado de sucursal. A responsabilidade do grupo deve ser subsidiária, devendo existir somente no caso da existência da organização [grupo] pode efetivamente alterar a situação da filial.²⁴⁸ Logo, denota-se que o critério de solidariedade pela responsabilidade de grupos empresariais na Lei nº 12.846/2013 deveria ser o da responsabilidade subsidiária.

De igual modo, CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA destacam importantes aspectos a respeito da sanção aplicada a um grupo empresarial, nomeadamente aquelas previstas no art. 87 da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993), que prevê a pena de suspensão de contratar na esfera administrativa, bem como a declaração de idoneidade, previstas no art. 87, III e IV da LGL.²⁴⁹

²⁴⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de. *Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 584.

²⁴⁸ A ideia é tradução livre do seguinte pensamento: “A responsabilidade do grupo não absorve, necessariamente, a responsabilidade da filial, de modo a reduzir este último estado de sucursal. Deste modo, a responsabilidade do grupo deve ser subsidiária. Em seguida, ela [responsabilidade] deve ser limitada aos casos donde a existência e a organização do grupo podem, efetivamente, modificar a situação da filial. É preciso, assim, que se tenha uma direção centralizada e que as dívidas colocadas em questão da filial tenham sido livremente assumidas, dentro do quadro de sua atividade econômica. Enfim, nós podemos vislumbrar as possibilidades ulteriores de se livrar de maneira casuística, quando as circunstâncias as justificam”. Trad. livre de: “La responsabilité du groupe n’absorbe pas nécessairement la responsabilité de la filiale de façon à réduire cette dernière à l’état de sucursale. D’abord, la responsabilité du groupe doit être subsidiaire. Ensuite, elle doit être limitée aux cas où l’existence et l’organisation du groupe peuvent effectivement avoir modifié la situation de la filiale. Il faut donc qu’il y ait eu direction centralisée et que les dettes mises à la charge de la filiale aient été librement assumées, dans le cadre de son activité économique. Enfin, on peut envisager des possibilités ultérieures de se libérer de façon casuistique lorsque les circonstances le justifient” (SAUVAIN, Anne Petitpierre. *Droit des Sociétés et Groupes des Sociétés*. Genebra: Georg, 1972, p. 143).

²⁴⁹ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...] III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será

A respeito da responsabilização de grupos econômicos na Lei Anticorrupção, os autores esclarecem que o art. 4º, §2º, da Lei Anticorrupção busca estabelecer um limite à extensão das sanções restritivas da pessoa jurídica punida. Este limite estaria no fato de que a extensão da punição só valeria quando “a operação societária não passar de instrumento para fraudar a aplicação da lei”.²⁵⁰

Deste modo, a aplicação da sanção administrativa deverá incidir, ao que tudo indica, somente sobre quem praticou a conduta considerada como ilícita. No caso de grupos econômicos, não há de se cogitar a extensão à atividade da sociedade controladora, especialmente no caso da cisão empresarial, “não há razão para transferir ou estender os efeitos dessa restrição de direitos a pessoa jurídica que sequer existia à época dos fatos”.²⁵¹

Mesmo no caso que a específica atividade tenha sido transferida a uma outra empresa, como no caso da cisão parcial, os efeitos deverão recair sobre aquele que praticou o ato ilícito, e não sobre aquele que praticou a atividade empresarial.²⁵² No particular caso de reorganização de um determinado grupo econômico, não há sentido na manutenção da extensão destas sanções aos sucessores empresariais, tendo em vista, também, a norma constitucional da incommunicabilidade das sanções do art. 5º, XLV, da Lei Maior.²⁵³

Por vezes, pode restar comprovada a inexistência de uma direção única do grupo empresarial, em que a atuação dominante e diretiva da sociedade controladora, com as particularidades de cada caso, que ensejarão somente a responsabilidade exclusiva da sua filial ou da sociedade controlada, que poderá ocorrer a partir da utilização das regras de exclusão de responsabilidade, com o manejo daquilo que SAUVAIN denomina de prova liberatória.²⁵⁴

Por fim, CÂMARA E SUNDFELD ainda destacam que a instalação destas sanções administrativas a grupos empresariais não tem muita discussão na doutrina e na jurisprudência, e, categoricamente, afirmam que estas sanções visam apenas atingir as grandes empresas que têm a obrigatoriedade de atuar sob o império da legalidade, cite-se:

concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior”.

²⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A proibição de contratar com o poder público e seus efeitos sobre os grupos empresariais. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. (org.) *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 190-191.

²⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A proibição de contratar com o poder público..., p. 203.

²⁵² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A proibição de contratar com o poder público..., p. 203.

²⁵³ “Art. 5º - *Omissis* - XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

²⁵⁴ SAUVAIN, Anne Petitpierre. *Droit des Sociétés et Groupes des Sociétés*. Genebra: Georg, 1972, p. 144-145.

Essas sanções simplesmente não têm como funcionar contra empresários que, pelas franjas, vivem de aplicar pequenos golpes contra o Erário e se ocultam atrás de dezenas de empresas de papel e sócios-laranjas. Processos judiciais e administrativos contra empresas e sócios são inúteis; são ficções tanto aquelas como esses. Sanções são aplicadas, melhoram as estatísticas, mas nada significam na vida prática, pois o delinquente das sombras continuará operando escondido nas novas personalidades. A situação é outra para as empresas reais, estabelecidas e em funcionamento, especialmente as grandes, inclusive sociedades por ações com muitos acionistas. Essas empresas não teriam como fugir dos efeitos das sanções; suas características vedam para elas o caminho da clandestinidade.²⁵⁵

Ao mesmo passo, a Lei Anticorrupção desconsidera a existência de autonomia entre as pessoas jurídicas integrantes de um determinado grupo de empresas, ao impor a responsabilidade solidária de grupos econômicos nos casos de alteração contratual, cisão, fusão e incorporação, desconsiderando a existência de autonomia patrimonial e gerencial das pessoas jurídicas que integram estes grupos empresariais, que seria melhor coadunável com o regime da responsabilidade subsidiária. Deve-se analisar, em cada caso concreto, a pertinência da responsabilização de um grupo empresarial como um todo, sob pena de mácula essencial do instituto dos grupos econômicos/empresariais.

3.3. CONCLUSÕES PARCIAIS DO CAPÍTULO

Feitos os apontamentos do Capítulo 3, cumpre realizar algumas breves conclusões a respeito do teor do art. 4º da Lei nº 12.846/2013.

A Lei Anticorrupção elege as operações de reorganização societária como possíveis anteparo para a ocorrência de eventuais fraudes. Deste modo, a Lei nº 12.846/2013 afirma que persistirá a responsabilidade da pessoa jurídica nos casos de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão e cisão societária.

O conceito de alteração contratual adotado pela Lei Anticorrupção parece ser deveras abrangente e impreciso. Por esse motivo, sugere-se que deve haver uma atenuação da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, pois há hipóteses em que a alteração do contratual social é imprescindível, como a redução deste por caso de ser excessivo. De outro lado, deve ser observado que deve ser verificado o ânimo dos dirigentes e sócios, no caso de alteração contratual, com a atenuação do regime da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, sob pena do cometimento de algumas arbitrariedades.

No caso da transformação da pessoa jurídica, a dúvida se impõe somente nos casos de alteração do tipo societário de um regime que não preveja a limitação de responsabilidade

²⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A proibição de contratar com o poder público..., p. 203..

para outra organização societária que antevêja a limitação de responsabilidade dos sócios, com o estrito objetivo de “blindar” a pessoa jurídica no caso da ocorrência de sanção com base na Lei Anticorrupção.

Por sua vez, a respeito das hipóteses de incorporação, cisão e fusão, elas ensejam o sopesamento a respeito da transmissão das sanções pessoais, com a advertência ou a publicação extraordinária da decisão. A partir da decisão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, ficou consignado que as sanções estritamente pessoais, com fulcro no art. 4, §1º, da Lei nº 12.846/2013, não se aplicam aos sucessores empresariais, por força da vedação do art. 5º, XLV, da Constituição Federal, constituindo base interpretativa para além do sistema de responsabilidade imposto na Lei Anticorrupção, mas que pode ser aproveitado, em grande medida, para todo o Direito Administrativo Sancionador.

No presente Capítulo, foram apresentados alguns casos práticos que poderão ensejar dúvida a respeito da aplicabilidade das disposições da Lei nº 12.846/2013 às organizações societárias, nomeadamente aos consórcios licitatórios, às Sociedades de Propósito Específico e os Grupos Empresariais.

A respeito dos consórcios licitatórios, observou-se que esta forma de empreendimento empresarial não possui personalidade jurídica própria, sendo mera hipótese de reconhecimento de uma personalidade jurídica de fato ou judiciária. Deste modo, a partir da compreensão do art. 33, V, da Lei nº 8.666/1993, a responsabilidade pelas sanções da Lei nº 12.846/2013, no caso de consórcios licitatórios, é solidária entre os integrantes do consórcio.

Mais precisamente sobre as Sociedades de Propósito Específico, foram apresentadas algumas de suas características fundamentais, mormente a existência de um patrimônio autônomo e segregado dos seus instituidores, sendo exigência expressa, por exemplo, para a exploração de um Projeto de Parceria Público-Privada. Esta forma de organização empresarial constitui uma inteligente e interessante forma de exploração de uma concessão de serviço público ou de uma PPP. No caso de responsabilização de uma SPE, à luz da Lei Anticorrupção, verificou-se que somente a SPE deve ser responsabilizada, não devendo haver nenhum tipo de cogitação de responsabilização dos seus entes instituidores, salvo na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica do art. 50 do Código Civil.

Por conseguinte, a responsabilização de Grupos Empresariais no teor do art. 4º, §2º, da Lei nº 12.846/2013, é uma séria desconfiguração deste instituto jurídico, que dificultará a formação de novos Grupos Empresariais no Brasil. Ademais, a Lei Anticorrupção instala a responsabilidade solidária das empresas controladoras e controladas pelas dívidas do Grupo

Empresarial, o que, com fulcro na doutrina europeia, é incompatível com regime dos Grupos Econômicos. A responsabilidade deveria ser a subsidiária, pois não é possível a presunção de dependência da controlada pela controladora. Cada Grupo de Sociedades tem a sua peculiaridade, seu grau de dependência em relação à sociedade controladora, o que ensejará grandes discussões a respeito da responsabilidade solidária prevista no art. 4º, §2º, da Lei nº 12.846/2013, tendo que o mais conveniente seria o estabelecimento de uma responsabilidade subsidiária das sociedades controladoras pelas dívidas das controladas e vice-versa.

CONCLUSÕES: EFETIVIDADE DAS DISPOSIÇÕES

Compreende-se que a Lei Anticorrupção constitui um importante avanço na responsabilização das pessoas jurídicas de Direito Privado (e, em algumas ocasiões, de Direito Público), que antes estavam imunes à responsabilidade pelos atos lesivos às entidades públicas, mais precisamente pelos atos corruptos que lesassem sobremaneira a Administração Pública. Entretanto, algumas de suas disposições ainda não possuem um contorno claro na doutrina, muito menos na jurisprudência. Um destes pontos é a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, independentemente da comprovação de qualquer tipo de dolo ou culpa, por parte do sujeito passivo do ato corruptivo, a saber, o Poder Público.

Conforme foi visto no decorrer do presente trabalho, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica é de fácil comprovação, podendo ser utilizada, inclusive, como fácil instrumento de manipulação, ou mesmo perseguição de pessoas jurídicas que sejam eventualmente desafetas a um determinado político ou governante. Por esse motivo, a monografia buscou demonstrar a importância dos contornos da responsabilidade da pessoa jurídica, com a demonstração de seus limites e a relevância do estabelecimento de critérios objetivos para a sua instalação em um Procedimento Administrativo de Responsabilização.

A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica não é inédita no ordenamento jurídico brasileiro, mas sua utilização era atenuada na responsabilização administrativa por danos à Administração Pública, nomeadamente em sede de licitações e contratos administrativos. A partir de uma breve remissão histórica, percebeu-se que a responsabilidade limitada da pessoa jurídica, embora de essencial importância para o desenvolvimento das atividades empresariais, por dar maior segurança jurídica às atividades econômicas no país, começou a ser paulatinamente relativizada e que se ampliou mediante as técnicas de regulação econômica, tendo como ápice os dispositivos da Lei Anticorrupção.

De outro lado, a responsabilidade objetiva não deve ser imposta a qualquer custo, sem a devida comprovação de um nexos mínimo de causalidade entre a suposta conduta infracional e o eventual dano ao Poder Público, nem que seja o dano aos princípios regentes da Administração Pública.

Para isto, o trabalho buscou apresentar que a imposição da responsabilidade objetiva deve verificar, em cada caso concreto, o dever de diligência a ser esperado de uma pessoa jurídica que tenha relacionamentos diretos com o Poder Público, bem como se sua conduta é compatível com o ordenamento jurídico como um todo. Entende-se que o estabelecimento de

sérios critérios de *Compliance* e os Programas de Integridade, impostos pela Lei Anticorrupção às empresas, poderá ser um destes critérios de exigência de limite e razoabilidade na imposição das sanções infligidas pela Lei Anticorrupção. Além disso, os programas de *Compliance* devem estabelecer critérios baseados no risco que as atividades de ocorrência de ilícitos na prática empresarial, pois a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica é toda fundamentada nestes riscos.

A Lei Anticorrupção, por impor fortes penas às pessoas jurídicas, não pode ser considerada como uma Lei Penal, muito menos evoca para si a aplicação de todos os princípios inerentes ao Direito Penal, sob pena de mácula aos princípios fundamentais e das características de distinção do Direito Administrativo com os demais ramos jurídicos.

Seguidamente, algumas distorções, nas Disposições Gerais da Lei Anticorrupção, não deslegitimam, muito menos diminuem, o respeitável esforço do legislador brasileiro em punir um dos problemas mais graves da Administração Pública brasileira, que é a corrupção. Porém, algumas das anomias apresentadas no presente trabalho podem ser resolvidas com a interpretação doutrinária e jurisprudencial sobre a Lei nº 12.846/2013, pois muitos dos seus dispositivos ainda pendem de uma melhor compreensão por parte dos administradores públicos.

Espera-se que, com o presente trabalho, tenham sido apresentadas algumas das características fundamentais da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção, a partir da revisão bibliográfica dos textos mais importantes sobre o tema, promovendo um aprofundamento a respeito dos temas concernentes às Disposições Gerais da Lei nº 12.846/2013.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, abr./jun., 2002.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade do Risco e Direito do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. (co-ords.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo: Atlas, 2013.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed., 6. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.
- AZEVEDO, Fernando Costa de. Considerações sobre o Direito Administrativo do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora RT, v. 68, out./dez., 2008.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Clóvis Beviláqua*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012.
_____. *Tratado de Direito Penal – Parte 1*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BOLSA DE VALORES, MERCADORIAS E FUTUROS DE SÃO PAULO – BM&FBOVESPA S.A. Regulamento de listagem do Novo Mercado. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/download/RegulamentoNMercado.pdf>>.
- BRASIL. *Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – CRSFN*. Recurso nº 13230, 368ª Sessão, julgado em 22/07/2014, publicado em 22/02/2015. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=nmsSecreCRSFN:idvSecreCRSFN>>.
- _____. *Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015*: Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1257150/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 17/09/2013.
- _____. REsp 886.655/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 08/10/2010.
- _____. REsp 892818-RS 2006/0219182-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 11/11/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/02/2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Ext 1103, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008.

_____. Ext 1212, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 09/08/2011.

BULLA, Beatriz. Decreto da Presidência ‘extrapola’ Lei Anticorrupção, afirma ex-ministro do STJ. *Estado de S. Paulo*, São Paulo, 24 de mar. de 2015. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,decreto-da-presidencia-extrapola-lei-anticorruptao-afirma-ex-ministro-do-stj,1656871>>.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMARGO, Beatriz Corrêa Considerações sobre os crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora RT, v. 89, mar./abr., 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Tributo Tributário*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. IV, t. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Editora RT, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CONDE, Francisco Muñoz; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Comentário ao art. 7º, caput. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa de regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (coord.) *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e o seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

_____; PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Reflexões sobre a Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 46, abr./jun., 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora RT, n. 11, jul./set., 1995.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial: as telecomunicações*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Noeses, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. de Luiz Flávio Gomes *et al.* 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2006.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2013.

FRANÇA. *Tribunal des conflits*. Arrêt du 8 février 1873. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886&dateTexte>>.

GABARDO, Emerson; BLANCHET, Luiz Alberto. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, n. 47, jan./mar., 2012.

GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes*. Trad. de Paulo Anthero Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GÂNDARA, Lívia. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos Tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo: Editora RT, v. 21, jan., 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Editora RT, 2007.

_____. *Lições de Direito Societário: sociedade anônima*. v. II. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2013.

HAENSEL, Taimi. A figura dos *gatekeepers*: aplicação às instituições intermediárias do mercado organizado de valores mobiliários brasileiro. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-04032015-083153/publico/Parcial_dissertacao_Taimi_Haensel.pdf>.

HAGE SOBRINHO, Jorge. Lei 12.846/2013: Lei da Empresa Limpa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora RT, v. 947, set., 2014

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción la Criminología y a la Política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

HÉMARD, Jean; TERRÉ, François; MABILAT, Pierre. *Sociétés Commerciales*. t. I. Paris: Dalloz, 1972.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 1., 1945.

JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *A Análise Econômica do Direito e a Regulação do Mercado de Capitais*. São Paulo: Atlas, 2014.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em perspectiva internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora RT, v. 64, jan./fev., 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Editora RT, 1987.

LAZZARINI, Álvaro. Sanções administrativas ambientais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 214, out./dez., 1998.

_____. Tutela administrativa e relações de consumo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 191, jan./mar., 1993.

LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Editora RT, 1937.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2013.

MARRARA, Thiago. Defesa da concorrência x Regulação Setorial: o que mudou com a Lei de 2011. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 50, abr./jun., 2015.

_____. *Sistema brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Rafael Munhoz de. O Poder Normativo das Agências Reguladoras e as Relações de Especial Sujeição. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 1, abr./jun., 2003.

_____. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora RT, v. 854, dez., 2006.

MOREAU, Jacques. *La responsabilité administrative*. 3. ed. Paris: PUF, 1996.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 44, out./dez., 2013.

_____; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 47, jul./set., 2014.

_____. Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas (Considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. *Estudos de Direito Econômico*. v. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Sociedades de Propósito Específico na Lei de PPP (considerações em torno do art. 9.º da Lei 11.079/2004). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. (coords). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Editora RT, 2015.

_____; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*. São Paulo: Malheiros, 2012.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008.

OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de. *Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2005.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PICARDI, Lucia. Il *rating* fra crisi e riforma dei mercati finanziari. *Rivista di Diritto Civile*, anno LV, Padova: CEDAM, n. 6, nov./dez., 2009.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Desconsideração administrativa da personalidade societária – Compatibilidades e possibilidades da Lei Anticorrupção. *Revista de Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, v. 2, n. 1, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/85271/pdf_22>.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Atualizado por Judith Martins-Costa *et al.* t. I. São Paulo: Editora RT, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto. t. LI. São Paulo: Editora RT, 2012.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.

REALE, Miguel. Associação Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora RT, n. 445, v. 11, nov., 1972.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine). *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora RT, v. 410, dez., 1969.

_____. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Eduardo Bastos de. Anotações sobre pessoa jurídica e dano moral sob uma perspectiva econômica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, n. 21, jan./mar., 2008.

_____; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 205, jan./mar., 2015.

_____; TORRES, Paula Ritzmann. O procedimento licitatório simplificado da Petrobrás - O dilema jurisprudencial de uma sociedade estatal de mercado. *Revista Direito Empresarial*, Belo Horizonte: Fórum, v. 10., 2013.

RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Droit Commercial*. 16. ed. Paris: L.G.D.J., 1996.

RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. Trad. de José Cretella Júnior. São Paulo: Editora RT, 1995.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Marco Abelha. *Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. Salvador: Juspodivm, 2009.

ROUGEVIN-BAVILLE, Michel. *La responsabilité administrative*. Paris: Hachette, 1992.

ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Trad. de Manuel Cancio Meliá. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Madrid, v. 15, 2013. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>>.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: História, Direito e Economia*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *O novo direito societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção*. São Paulo: Editora RT, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2013.

SAUVAIN, Anne Petitpierre. *Droit des Sociétés et Groupes des Sociétés*. Genebra: Georg, 1972.

SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, out./dez., 1995.

SILVA, Antonio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. I, edição fac-símile do original de 1930. Brasília: Senado Federal, 2004.

SILVA, Vasco Pereira da. *Verde Cor de Direito: lições do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A proibição de contratar com o poder público e seus efeitos sobre os grupos empresariais. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. (org.) *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. *Revista Jurídica*, n. 296. Rio de Janeiro, jun., 2002.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora RT, n. 11, jul./set., 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

VENTURA, Raul. Cisão de Sociedades. *Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, v. XXV, 1974.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luíza Rangel de; WAISBERG, Ivo. Fusões, incorporações e aquisições – aspectos societários, contratuais e regulatórios. In: WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. (coord.). *Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis: UFSC, jan., 1982.

WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Trad. de Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977.

ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Editora RT, 2014.