

2017 - 02 - 23

Revista de Direito Administrativo Contemporâneo

2015

REDAC VOL.21 (NOVEMBRO-DEZEMBRO 2015)

PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO; ATOS ADMINISTRATIVOS: APLICAÇÕES CONCRETAS

Princípios e Fundamentos do Direito Administrativo; Atos Administrativos: Aplicações Concretas

1. A LEI 12.846/2013: A CORRUPÇÃO E A NATUREZA JURÍDICA DA LEI

**The 12.846/2013 Law: the corruption and the legal nature
of the law**

(Autores)

MARIANA CAMILLO SILVESTRE

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba - Unicuritiba. nanasilvestre@gmail.com

LUCIANO ELIAS REIS

Mestre em Direito Econômico pela PUC-PR. Professor de Direito Administrativo do Unicuritiba. Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração. Advogado. luciano@rcl.adv.br

Sumário:

1 Introdução

2 A elaboração da Lei 12.846/2013

2.1 Diretrizes internacionais sobre o combate à corrupção

2.2 A propositura do projeto de Lei 6.826/2010

2.3 Contexto histórico da aprovação da Lei 12.846/2013

2.4 Síntese acerca dos principais pontos da Lei 12.846/2013

3 A natureza jurídica da Lei Anticorrupção

3.1 A responsabilização na Lei 12.846/2013

3.2 A questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil

3.3 O caráter penal da lei anticorrupção

4 Conclusão

5 Referências

Área do Direito: Penal

Resumo:

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da Lei 12.846, de 1.º de agosto de 2013, recentemente publicada e vigente no Brasil, a qual possibilita a identificação e a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas pelo cometimento de atos de corrupção contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Para que haja a devida discussão sobre o assunto e o seu entendimento no intuito do uso adequado desse instrumento, este ensaio exporá uma contextualização do histórico da corrupção no país, a apresentação das normas preexistentes de combate à corrupção e a análise do contexto em que se deu a aprovação do Projeto de Lei 6.826/2010, assim como a síntese dos principais aspectos da nova Lei Anticorrupção. Por fim destacar-se-á a natureza jurídica da Lei, observando a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas no âmbito administrativo e civil, bem como a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, finalizando com o questionamento acerca do caráter penal da Lei 12.846/2013.

Abstract:

This paper aims to study the Law 12.846 of August 1st, 2013, recently published and current in Brazil, which enables the identification and objective liability of legal persons for acts of corruption against public administration, domestic or foreign. So that there is adequate discussion of the subject and their understanding in order the proper use of this instrument, this assignment will contextualize the history of corruption in the country, the preexisting anti-corruption standards, analysis of the context in which it has given approval of Bill 6.826/2010, as well as the synthesis of the main aspects of the new Anti-Corruption Law. Lastly highlight the legal nature of the law, observing the objective liability of legal persons under civil and administrative, as well as the issue of criminal liability of legal person in Brazil, ending with the questioning about the criminal character of Law 12.846/2013.

Palavra Chave: Lei - Corrupção - Responsabilização - Caráter penal.

Keywords: Law - Corruption - Liability - Criminal character.

1. Introdução

O estudo da Lei 12.846, de 1.º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção, vigente no Brasil e recentemente regulamentada (Dec. 8.420/2015), tem importância vital na atual conjuntura na medida em que a utilização de tal instrumento possibilita a identificação e a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas pelo cometimento de atos de corrupção contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A aludida legislação brasileira não pode ser apreciada sem rememorar algumas legislações alienígenas acerca do assunto, até porque as diretrizes internacionais serviram de baliza para a propositura do PL 6.826/2010, que deu origem à Lei 12.846/2013. Por exemplo, pode-se constatar que os legisladores pátrios atenderam a compromissos internacionais firmados pelo Brasil há cerca de dez anos para agilizar o trâmite de um projeto de lei que estava paralisado no Congresso Nacional. Isso sem falar do momento histórico de aprovação desta Lei que foi de suma importância para o país, pois parcela do povo foi às ruas para exigir, dentre outras coisas, o fim da corrupção.

Nesta senda e diante da iminente aplicação da legislação no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária a devida discussão e compreensão do assunto no intuito de seu uso adequado para a

apuração da conduta ilícita e da possível responsabilização das pessoas jurídicas que vierem a cometer atos lesivos à máquina pública.

O estudo do tema em questão é de grande relevância. Muitas são as questões que suscitam diversas dúvidas tanto na área do Direito Administrativo quanto do Direito Penal no que tange à natureza jurídica da Lei. Os receios, dentre outros, giram em torno de sua constitucionalidade e da própria responsabilização objetiva da empresa. Versam também sobre a aplicação da legislação que apresenta pontos de grande indefinição e, por consequência, de difícil entendimento e interpretação.

Por tais motivos brevemente explicitados, pretende-se precipuamente uma reflexão crítica sobre a natureza jurídica da tão propalada Lei Anticorrupção para posteriormente ventilar outras inúmeras discussões sobre os demais comandos normativos prescritos.

2. A elaboração da Lei 12.846/2013

Em que pese a Lei Anticorrupção ser nacional, "haja vista a soma de diversas competências constitucionais legislativas da União" (COSTÓDIO FILHO, 2014, p. 29), para que se possa alcançar o sentido e o propósito da lei ora em análise, faz-se necessário contextualizar o momento histórico em que teve início a primeira norma que previu a responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção transnacionais.

No ano de 1972, nos Estados Unidos da América, ocorreu o episódio chamado *Watergate*, por meio do qual ficou conhecido um dos maiores escândalos da história política desse País. O caso envolveu investigações a respeito de operações ilegais e negociações escusas no governo do então presidente *Richard Nixon*, que renunciou ao cargo em 1974.

Diante da descoberta das irregularidades ocorridas na gestão de *Nixon*, houve uma pressão da população e da imprensa americana que resultou no surgimento de processos mais céleres para a investigação e combate à corrupção.

Foi então elaborada e aprovada, em 1977, a lei *Foreign Corrupt Practices Act - FCPA* (Lei contra Práticas de Corrupção Estrangeira) que introduziu no ordenamento jurídico dos EUA a responsabilização objetiva de pessoa jurídica que estiver diretamente envolvida em casos de corrupção cometidos em seu interesse, independentemente da responsabilidade individual das pessoas naturais participantes.

Segundo J. U. Jacoby Fernandes e Karina Amorim S. Costa, "a causa da lei foi a espionagem e a corrupção; nas investigações considerou-se oportuno expedir lei para impedir que empresas nacionais ou estrangeiras corrompessem servidores públicos e políticos. Descobriu-se lá que alguns políticos triangulavam a receita por outros países." (FERNANDES; COSTA, 2014, p. 30).

Ocorre que até recentemente os EUA eram o único país com uma norma deste porte que, no entanto, possuía incidência restrita a pessoas jurídicas americanas ou que emitissem ações nos Estados Unidos, o que, conseqüentemente, reduzia a competitividade de suas empresas no mercado global.

Dessa forma, o País utilizou-se de suas relações diplomáticas e envidou esforços junto à OCDE - Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - para que fosse firmado um acordo internacional anticorrupção, que resultou na Convenção contra o suborno transnacional, a qual foi promulgada no Brasil por meio do Decreto 3.678, de 30/11/2000.

Importa observar que a celebração do tratado relativo à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais teve origem a partir das mobilizações internacionais no sentido da existência de uma legislação para que houvesse a responsabilização das empresas que praticassem o ilícito em território estrangeiro.

Os Estados Unidos da América eram o país líder de tais mobilizações, vez que seu ordenamento jurídico já contava com a referida *Foreign Corrupt Practices Act - FCPA*.

2.1. Diretrizes internacionais sobre o combate à corrupção

A partir da década de 90, diversos países começaram a se interessar pelo assunto corrupção e iniciou-se um sistema de ações conjuntas nesse sentido, as quais, a princípio, foram ajustadas apenas em âmbitos regionais que não incluíam parte da Ásia e do Oriente Médio.

Os acordos iniciais em muitos casos se referiam tão somente a temas específicos como o suborno e não à corrupção em seu todo. Foi então que a sociedade internacional apresentou intenções de traçar diretrizes para um acordo que tivesse a capacidade de prevenir e combater a corrupção de forma global.

Nos dias de hoje, é evidente que as ações no sentido de combater a corrupção são fundamentais para a transparência e eficiência governamental e cada vez mais aumenta o número de países que aderem a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Juntos, a ONU - Organização das Nações Unidas - e os países signatários de tal convenção trabalham de forma conjunta no desenvolvimento de sistemas de prevenção e combate à corrupção, os quais devem tratar com especial atenção as questões culturais de cada país, vez que as medidas a serem implementadas poderão trazer resultados positivos em determinados locais e não possuem o mesmo efeito em outros.¹

As principais diretrizes internacionais sobre o combate à corrupção estão previstas na Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, na Convenção Interamericana contra a Corrupção e na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

2.2. A propositura do projeto de Lei 6.826/2010

O texto do Projeto de Lei 6.826 foi submetido à deliberação do Congresso Nacional em 8/02/2010, nos termos do art. 61 da Constituição Federal e contou com a participação conjunta dos órgãos ligados ao combate à corrupção no Brasil, por meio dos Ministros de Estado da Controladoria-Geral da União, Ministério da Justiça e Advocacia-Geral da União.

A proposta objetivava a regulamentação da responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração pública nacional e estrangeira, no intuito de minorar a omissão do ordenamento jurídico nacional quanto a este tema.

De acordo com a mensagem legislativa 52/2010, tal projeto era necessário na medida em que o Brasil precisava atender aos compromissos internacionais por ele assumidos no sentido de enfrentar a corrupção e, também, devido à falta de instrumentos punitivos que pudessem alcançar o patrimônio das pessoas jurídicas para que os prejuízos por elas causados fossem efetivamente ressarcidos.

Nesse sentido, Ubirajara Costódio Filho afirma que a Lei Anticorrupção "não é propriamente resultado de iniciativa pioneira e da preocupação espontânea do legislador brasileiro, mas

representa a concretização e o cumprimento desses compromissos internacionais assumidos pelo governo nacional há mais de dez anos." (COSTÓDIO FILHO, 2014, p. 20).

Dentro deste contexto, o PL trouxe como inovação para o sistema jurídico a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, a qual independe da comprovação de existência de culpa por parte de quem cometeu o ato ilícito. Ou seja, imprescindível evidenciar apenas o fato, o respectivo resultado e a relação de causalidade entre eles.

Outra novidade introduzida no anteprojeto de lei foi a proteção da Administração Pública estrangeira, além da nacional. Entenda-se por Administração Pública nacional, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário tanto nas esferas municipais, estaduais, distrital e da União.

Observa-se que a necessidade de resguardar a Administração estrangeira deu-se em razão dos acordos internacionais assumidos pelo Brasil no sentido de combater a corrupção, como a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção e a Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais anteriormente tratadas.

O anteprojeto em comento foi apreciado por Comissão Especial constituída para este fim por ato da Presidência da Casa Legislativa, de 26/05/2011. Foram então realizadas audiências públicas com representantes da sociedade civil e estudiosos do Direito Empresarial e, posteriormente, aprovado pela Câmara dos Deputados e Senado Federal em 24.04.2013 e 04.07.2013, respectivamente.

Do Projeto de Lei 6.286/2010 resultou a Lei 12.846, de 1.º de agosto de 2013, a qual foi publicada no Diário Oficial da União de 02.08.2013.

2.3. Contexto histórico da aprovação da Lei 12.846/2013

Anteriormente à vigência da Lei 12.846/2013, na esfera administrativa utilizavam-se os dispositivos constantes da Lei 8.666/93 para aplicar sanções a empresas que praticassem condutas corruptivas que estivessem vinculadas à licitação ou ao contrato administrativo. Os atos de corrupção que não se enquadrassem nesses termos deveriam ser tratados na esfera judicial.

Por sua vez, na esfera civil, a Lei 8.429/1992 era utilizada para a responsabilização de pessoas jurídicas por atos considerados como improbidade administrativa, porém, apenas de forma reflexa e com a comprovação de envolvimento de agente público.² Na área penal, as pessoas jurídicas poderiam ser responsabilizadas por meio da Lei 9.605/1998 no tocante ao cometimento de crimes ambientais.

Havia então no ordenamento jurídico brasileiro uma ausência de instrumentos legais específicos que abrangessem a responsabilização de empresas privadas pelo cometimento de atos de corrupção, vez que tal crime, seja ele praticado de forma ativa ou passiva, alcançava apenas as pessoas naturais.

Em virtude de o Brasil ser signatário das convenções internacionais relativas ao tema, houve o compromisso quanto à instituição de leis e meios de controle e repressão contra a corrupção. Contudo, o simples fato de aderir a tais acordos não veda involuntariamente a prática de atos corruptos, visto que a norma apenas prevê modelos que podem ou não serem seguidos pelos Estados-membros (*soft law*).

Deste compromisso surgiu o texto do Projeto de Lei 6.826/2010, convertido na Lei 12.846/2013, de 1.º

de agosto de 2013. A denominada Lei Anticorrupção Empresarial, encontra-se em vigor desde 29.01.2014 e versa sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A *vacatio legis* deste diploma legal foi de cento e oitenta dias com a finalidade de haver tempo suficiente para que tanto a Administração Pública quanto os entes privados pudessem se planejar para as exigências advindas da nova legislação.

Resta claro, então, que a Lei 12.846/2013 surgiu tanto da necessidade de suprir a ausência do ordenamento jurídico brasileiro no que se refere à responsabilização das pessoas jurídicas quanto dos acordos internacionais assinados pelo Brasil.

Contudo, a Lei Anticorrupção cujo anteprojeto tramitou por mais de quatro anos no Congresso Nacional, foi aprovada em um importante momento histórico para o Brasil, no qual significativa parcela do povo encontrava-se nas ruas em meio a manifestações que, dentre outros diversos assuntos, exigia o fim da corrupção no País.

Neste contexto, precisamente em junho de 2013, "os dirigentes e parlamentares brasileiros decidiram pôr fim a alguns projetos escolhidos a dedo, que pelo título, poderiam produzir um conjunto de normas que marcassem uma mudança de paradigma." (FERNANDES; COSTA, 2014, p. 31)

Dessa forma, tanto a Legislação em análise quanto as demais leis que estavam relacionadas aos anseios da população naquele momento foram prontamente finalizadas e sancionadas.

2.4. Síntese acerca dos principais pontos da Lei 12.846/2013

Será aqui apresentada a síntese dos aspectos principais da Lei Anticorrupção, a qual inova em vários pontos que não apenas o da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica.³

Logo em seu art. 1.º a Lei 12.846/2013 deixa clara a amplitude de seu alcance, que ocorre de forma a responsabilizar objetivamente, nas esferas civil e administrativa, as pessoas jurídicas, sejam elas sociedades empresárias ou simples, personificadas ou não, independentemente do formato ou modelo societário. Atinge, também, as fundações, associações, sociedades estrangeiras, com sede, filial ou representação no Brasil, constituídas de fato ou de direito, mesmo que temporariamente.

Quanto ao que pode ser considerada a principal inovação desta Lei, o seu art. 2.º esclarece que para que possa haver a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, deve haver o nexo causal entre o ato lesivo à Administração Pública e o resultado que beneficie ou que seja de interesse da empresa.

O art. 3.º ressalta que não se exclui a responsabilidade individual da pessoa natural que tenha praticado o ilícito, ainda que exista a responsabilização empresa.

O art. 4.º prevê que subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. A princípio, este dispositivo teria o intuito de restringir a utilização de operações societárias como subterfúgio à aplicação da penalidade. Contudo, pode-se questionar a sua constitucionalidade em razão da pena ir além da pessoa que praticou a conduta ilícita.

O art. 5.º define os atos lesivos à Administração Pública, que se dividem em atos de caráter geral, atos que sejam vinculados a licitações e contratos administrativos e atos praticados durante a investigação ou fiscalização de órgãos públicos.

Um dos principais pontos da Lei Anticorrupção está previsto no art. 6.º, o qual pode ser objeto de questionamento em razão de sua ampla discricionariedade, ainda que o Decreto regulamentador tenha diminuído de certa maneira a amplitude de atuação do administrador público. Dispõe sobre multas a serem aplicadas em caso de ser aferida a responsabilidade da pessoa jurídica, as quais variam dentre o montante de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo sancionador. No caso de impossibilidade de aferição do faturamento bruto, a multa será um valor calculado entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

A Lei 12.846/2013 ainda prevê em seu art. 6.º, § 5.º, a publicação extraordinária da decisão condenatória que ocorrerá na forma de extrato de sentença a expensas da pessoa jurídica. Tal mecanismo de condenação é conhecido como *name and shame*.

O art. 7.º, VIII, da mesma Lei, dispõe sobre o sistema de *compliance*, que trata de benefícios para empresas que adotem boas práticas de prevenção contra atos de corrupção, como 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. Observa-se que o instrumento relativo à "denúncia de irregularidades" pode ter efeito contrário ao desejado e acabar por prejudicar empresas e funcionários.

O acordo de leniência previsto no art. 16, por meio do qual pode haver a redução ou até mesmo a isenção de penalidade da pessoa jurídica desde que esta colabore efetivamente com as investigações, é mais uma novidade trazida pela Lei Anticorrupção e um pouco mais esclarecido no Decreto 8.420/2015.

Por fim, dentre os pontos relevantes da Lei 12.846/2013, foram criados cadastros de penalidades os quais podem ser acessados por qualquer cidadão através da *internet*, sendo eles o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, art. 22 e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, art. 23.⁴

3. A natureza jurídica da Lei Anticorrupção

Para que se possa tecer conclusões acerca da natureza jurídica da Lei Anticorrupção, realizar-se-á um breve estudo relativo à responsabilização na Lei 12.846/2013 e a responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito brasileiro.

3.1. A responsabilização na Lei 12.846/2013

A referida Lei prevê em seu art. 2.º que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil pelos atos lesivos, nela dispostos, praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Depreende-se que a responsabilidade objetiva independe de culpa ou dolo e pressupõe apenas a existência do nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o dano dela decorrente. No caso da Lei Anticorrupção, para que possa ser aplicada tal objetividade, pontua-se que o ato lesivo à Administração Pública deve trazer um resultado benéfico ou de interesse para a empresa que o tenha praticado.

Da leitura de seus dispositivos, imperioso concluir a *prima facie* que tal legislação trata de sanções

que ensejam responsabilidade administrativa e, também, responsabilidade civil.

Conforme José Anacleto Abduch Santos, "no que tange à responsabilidade administrativa deve-se destacar inicialmente o princípio da independência das instâncias administrativa, civil e criminal" (SANTOS, 2014, p. 157), vez que a partir deste as sanções podem ser aplicadas de forma independente e autônoma.

O art. 6.º da Lei 12.846/2013 traz as seguintes penalidades no âmbito da responsabilização administrativa: a) multa entre 0,1% (um décimo por cento) e 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo sancionador; b) publicação extraordinária da decisão condenatória. Destaca-se que as referidas sanções poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente conforme os princípios, dentre outros, da proporcionalidade e da razoabilidade do aplicador.

No caso concreto, o agente público deve avaliar os critérios definidos no art. 7.º para a aplicação das respectivas penalidades, que versam acerca da gravidade da infração, da vantagem auferida, da consumação da infração, do grau de lesão, assim como da situação econômica do infrator, da cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações, da existência de mecanismos e procedimentos de integridade e do valor dos contratos existentes.

José Anacleto Abduch Santos explica que tais parâmetros devem ser criteriosamente analisados e considerados, bem como expostos de forma expressa na fundamentação da fixação da pena para que o agente público possa fazer a valoração dos fatos que deram causa à conduta ilícita:

"Não basta, contudo, que o agente público produza tal juízo valorativo sobre peculiaridades do caso concreto, gravidade e natureza da infração. Esta conduta é necessária, mas não suficiente para completar o iter normativo vinculado previsto na lei. Se faz necessária a fundamentação consistente acerca dos critérios eleitos como parâmetros para a quantificação da penalidade. (SANTOS, 2014, p. 165)"

Quanto à responsabilidade na esfera civil, o art. 18 dispõe sobre o não afastamento da responsabilização da pessoa jurídica na esfera judicial. Logo a seguir, o art. 19 apresenta as penalidades previstas para a prática dos atos constantes do art. 5.º da Lei, quais sejam: (a) perdimento dos bens, direitos ou valores; (b) suspensão ou interdição parcial das atividades; (c) dissolução compulsória da pessoa jurídica; e (d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de entidades públicas pelo prazo de 1 (um) a 5 (cinco) anos. O parágrafo único do art. 21 versa acerca da reparação integral do dano causado pelo ilícito. Para tanto, as respectivas ações poderão ser ajuizadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e, também, pelo Ministério Público.

O *caput* do art. 21 estabelece que nas ações de responsabilização judicial deve-se adotar o rito previsto na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública e, conforme Mateus Bertoni, "se destina, em última análise, à proteção do patrimônio público e do interesse público primário afetados por atos de corrupção" (BERTONI, 2014, p. 262).

3.2. A questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil

O tema responsabilidade penal da pessoa jurídica é extremamente controverso e suscita diversas discussões no Direito Penal, tanto no plano nacional quanto no internacional.

Alguns países da *Common Law* vêm adotando a política de criminalização da pessoa jurídica em

razão, principalmente, do sistema judicial regente o qual é baseado em precedentes e que, portanto, não apresenta grandes dificuldades de aceitação da doutrina em relação a mudanças dogmáticas. Por outro lado, os países que fazem parte da *Civil Law* possuem maiores resistências quanto aos fundamentos utilizados para a aplicação da responsabilidade penal para empresas, em virtude de dogmas os quais não podem ser superados, ainda que haja adaptações na legislação vigente, como se verá a seguir.

A Inglaterra é um exemplo de país que admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Iniciou no século XIX por meio de jurisprudências, sendo utilizada apenas para delitos omissivos culposos e comissivos dolosos. Em 1889, houve uma intervenção legislativa no *Interpretation Act*, o qual passou a entender um ente coletivo como pessoa e a responsabilidade penal a ser aplicada em infrações que apresentavam sanções mais leves e de forma objetiva. A seguir, em 1940, tal responsabilidade começou a atingir crimes de qualquer natureza.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado ensina que na *Common Law* "para se imputar a prática de um fato punível e o eventual elemento subjetivo (*vontade*) à pessoa jurídica é indispensável uma ação ou omissão do ser humano." (PRADO, 2010, p. 449) Para tanto, torna-se necessário que "se lance mão de um artifício para atribuir à pessoa jurídica os atos de uma pessoa física: "um salto" da pessoa física para a jurídica." (PRADO, 2010, p. 449) O autor explica que neste caso emprega-se a teoria da identificação como fundamento penal, a qual enxerga a pessoa que praticou o crime como uma "personificação do ente coletivo; sua vontade é a vontade dele" (PRADO, 2010, p. 450).

Como exemplo de país que tem seu sistema judicial regido pela *Civil Law*, mas que aceita a responsabilização penal da pessoa jurídica, pode-se citar a França, a qual primeiramente editou a Lei de Adaptação - Lei 92-1336/1992 - que por meio de diversas modificações normativas adaptou a nova forma de responsabilidade das empresas a suas normas penais e processuais penais.

Contudo, Luiz Regis Prado discorda dos fundamentos apresentados para a previsão no Código Penal Francês de tal forma de responsabilização, quais sejam:

"1) a pretendida necessidade de considerar apenas a pessoa moral responsável por fatos delituosos não imputáveis às pessoas físicas, isto é, evitar a hipótese de que seus dirigentes venham a sofrer uma "presunção de responsabilidade penal", ou mesmo uma responsabilidade efetiva, por infrações cuja existência ignoram, sendo para tanto, preciso imputar essa responsabilidade à pessoa jurídica como um todo; 2) afirma-se que a realidade criminológica mostra que as pessoas jurídicas dispõem de meios poderosos e podem estar na origem de atentados graves à saúde pública, ao ambiente, à ordem econômica e social, sendo certo que sua imunidade surge como algo "chocante" no plano da equidade e da legalidade. (PRADO, 2010, p. 451-452)."

No direito brasileiro, a responsabilidade penal da pessoa jurídica foi introduzida por meio da Lei 9.605/1998, a lei de crimes ambientais, sem qualquer adaptação das normas preexistentes à nova forma de responsabilização, "visto que o legislador de 1998, de forma simplista, nada mais fez do que enunciar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhe penas, sem lograr, contudo, instituí-la completamente" (PRADO, 2010, p. 457).

A mencionada Lei prevê a responsabilização das pessoas jurídicas nas esferas administrativa, civil e penal quando a infração for cometida por decisão de seus representantes legais ou contratuais, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade.

Juarez Cirino dos Santos apresenta a discussão existente no meio jurídico brasileiro entre penalistas e constitucionalistas em relação ao presente tema e à constitucionalidade da Lei 9.605/1998,

concluindo da seguinte forma:

"A criminalização da pessoa jurídica, como forma de responsabilidade penal impessoal, é inconstitucional: as normas dos arts. 173, § 5.º, da Constituição não instituem, nem autorizam o legislador ordinário a instituir a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Além disso, a responsabilidade penal impessoal da pessoa jurídica infringe os princípios constitucionais da legalidade e da culpabilidade, que definem o conceito de crime, assim como infringe também os princípios constitucionais da personalidade da pena e da punibilidade, que delimitam o conceito de pena. (SANTOS, 2001, p. 2)."

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado entende não ser constitucional o art. 3.º da Lei de Crimes Ambientais em razão da existência de um "exemplo claro de responsabilidade penal por fato alheio", bem como da "configuração do ordenamento jurídico brasileiro - em especial do subsistema penal - e dos princípios constitucionais penais que o regem" (PRADO, 2010, p. 456).

Diante do exposto, questiona-se neste momento a constitucionalidade da Lei 12.846/2013, vez que os argumentos utilizados pelos doutrinadores penalistas para a Lei 9.605/1998 podem ser perfeitamente utilizados para a Lei Anticorrupção em razão da semelhança entre elas, conforme será melhor explicado no tópico seguinte.

3.3. O caráter penal da lei anticorrupção

Diante da análise dos ilícitos e das sanções dispostas na Lei Anticorrupção, questiona-se a sua submissão apenas ao Direito Administrativo Sancionador, vez que se apresentam características penais e não meramente administrativas.

Inicialmente cabe refletir sobre a natureza penal da Lei quanto ao bem jurídico protegido.

Conforme Marçal Justen Filho, resumidamente, as sanções civis possuem natureza pecuniária com a finalidade de ressarcir as perdas ocasionadas pela prática da infração; as sanções administrativas são aplicadas com o intuito de desestimular o cometimento de atos ilícitos e o vínculo existente se dá entre o sujeito com a Administração; as sanções penais têm função preventiva, retributiva e reeducativa, com o fim de proteger a coletividade. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1014)

Maria Helena Diniz explica que "a responsabilidade civil cinge-se, portanto, à reparação do dano causado a outrem, desfazendo tanto quanto possível seus efeitos, restituindo o prejudicado ao *status quo ante*." (DINIZ, 2013, p. 23) Trata-se de uma "relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo," (DINIZ, 2013, p. 23) a qual envolve a garantia de segurança da vítima em sentido social, moral e jurídico.

Tal forma de responsabilização exige que o prejuízo seja a terceiro, a particular ou ao Estado, tendo repercussão na esfera privada daquele que deu causa ao dano. O interesse do prejudicado está em recompor a sua situação anterior, ou seja, em obter o equilíbrio existente antes da lesão.

Por outro lado, a responsabilidade penal protege os bens jurídicos que sejam primordiais ao indivíduo e à comunidade, isto é, à coletividade. Segundo Luiz Regis Prado, "o Direito Penal é visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana" (PRADO, 2010, p. 65).

Maria Helena Diniz, ao fazer um paralelo entre as responsabilidades civil e penal, ensina que a penal "pressupõe uma turbacão social, ou seja, uma lesão aos deveres de cidadãos para com a ordem

da sociedade" (DINIZ, 2013. p. 39).

Luiz Regis Prado observa que "o Direito Penal tem natureza autônoma ou constitutiva (função valorativa), mas também sancionatória, principalmente em determinadas áreas (v.g., tutela de bens ou interesses difusos e coletivos)" (PRADO, 2010, p. 66). O autor ainda explica que "tanto a lei penal como a administrativa tutelam bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à sociedade, tendo por escopo maior garantir a prevalência dos direitos fundamentais através da prevenção e da repressão" (PRADO, 2010, p. 69). Para Luiz Régis Prado, o limite existente entre os ilícitos penais e os administrativos é bem tênue e torna-se difícil encontrar critérios que possam diferenciá-los qualitativamente.

Heraldo Garcia Vitta apresenta um conceito de sanção administrativa em que a sua finalidade é a de "desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica" (VITTA, 2003, p. 66). O autor entende que tanto as sanções penais como as administrativas são "iguais, homogêneas, e eventuais divergências de gravidade não significam distinção de fundo, de substância." (VITTA, 2003, p. 67).

No que tange aos tipos de ilícitos, o próprio art. 5.º da Lei 12.846/2013, em seu inc. I, preconiza que constitui ato lesivo à Administração Pública prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou seja, dispõe novamente sobre o crime de corrupção ativa previsto no art. 333 do CP. Da mesma forma, o inc. IV, que trata das fraudes, impedimentos, perturbação, afastamento de licitante, dentre outros, reedita o art. 335 do CP.

Pode-se falar ainda nos arts. 337-B, 337-C e 337-D, do referido Código, incluídos pela Lei 10.467, de 11.06.2002, que versam acerca dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, os quais elencam os mesmos tipos encontrados na Lei Anticorrupção.

Marçal Justen Filho explica que a natureza complexa da Lei de Improbidade Administrativa se dá em razão da lei combinar regras e princípios referentes ao direito penal, administrativo e civil, a qual se traduz na produção de "um conjunto heterogêneo, dotado de função de defesa dos valores essenciais à gestão administrativa" (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1079). Entende-se que o mesmo raciocínio pode ser aproveitado para a denominada Lei de Improbidade Empresarial.

Mateus Bertoncini discorre sobre a complexidade da Lei Anticorrupção em razão do conjunto de competências legislativas que abrange, explicando que não se pode "afirmar, de forma simplista, que a Lei 12.846/2013 é diploma de Direito Administrativo, haja vista a diversidade e a complexidade de seus dispositivos, formadores de um verdadeiro novo microssistema jurídico" (BERTONCINI, 2014, p. 109) no qual "convivem normas de diversas naturezas, incluídas as de Direito Administrativo" (BERTONCINI, 2014, p. 109).

Dessa forma, resta claro que a Lei Anticorrupção possui natureza jurídica diversa e complexa, a qual não envolve apenas o Direito Administrativo.

Quando da análise de Mateus Bertoncini acerca dos atos lesivos e a responsabilidade criminal na Lei Anticorrupção, este explica que a reforma do Código Penal Brasileiro por meio da Lei 10.467/2002, a qual inseriu o título "Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira", "cuidou da pessoa física autora dos aludidos crimes, enquanto a Lei 12.846/2013 teve como foco a pessoa jurídica, ambas em atendimento à referida convenção internacional" (BERTONCINI, 2014, p. 110). Por fim, conclui que "os atos lesivos da Lei 12.846/2013 não possuem natureza penal" (BERTONCINI, 2014, p. 111) em virtude de atenderem a convenções internacionais

que "recomendam a punição da pessoa jurídica por intermédio de sanções não criminais." (BERTONCINI, 2014, p. 111)

Observa-se que os ensinamentos do autor podem levar à conclusão de que as referidas leis cuidaram dos mesmos crimes. Contudo, aqueles praticados por pessoas físicas foram inseridos no código penal e os cometidos por pessoas jurídicas fizeram parte de uma legislação administrativa, em razão de que a responsabilidade penal não pode ser atribuída a pessoa jurídica no Brasil.

Importante ainda observar as reflexões de Renato de Oliveira Capanema, quanto à opção do legislador pelas esferas administrativa e civil em detrimento da penal, o qual afirma que "escolher a responsabilização penal significaria adentrar em terreno polêmico e tormentoso de embate jurídico-doutrinário." (CAPANEMA, 2014, p. 16). Continua explicando que uma vez que o legislador optasse pela responsabilização penal da pessoa jurídica de forma declarada, a aprovação da lei seria inviabilizada, tendo sido esta uma "opção pelo pragmatismo." (CAPANEMA, Fórum, 2014, p. 16)

Fernando Facury Scaff e Renato de Mello Jorge Silveira entendem que a Lei Anticorrupção apresenta certas lógicas penais as quais podem ser vistas a partir do tratamento do caráter preventivo da corrupção, da utilização do sistema de *compliance* e do acordo de leniência. Para corroborar esse entendimento, os autores citam decisão da *Corte de Cassazione* da Itália⁵ a respeito da legislação contra a corrupção em vigor naquele país, no sentido de que "a Lei parece ter aura administrativa, mas, substancialmente, caráter penal". (SCAFF; SILVEIRA, 2014, p. 3)

Ainda, deve-se recordar que a *FCPA - Foreign Corrupt Practices Act*, legislação americana a qual a norma anticorrupção brasileira se espelhou, trata de ilícitos puníveis com sanções civis e penais, ou seja, é uma lei de responsabilidade civil e penal.⁶

Portanto, da leitura do exposto, questiona-se a utilização do Direito Administrativo para impor sanções de caráter penal às empresas privadas diante do posicionamento dos juristas penalistas corroborarem como inconstitucional a responsabilidade penal da pessoa jurídica de acordo com o ordenamento jurídico vigente hoje no país.

4. Conclusão

O Brasil tem sofrido com os problemas advindos da corrupção desde o período colonial até os dias de hoje, conquanto se viva em uma República sob o regime democrático. São vastas as legislações com a finalidade de reprimir os crimes contra a Administração Pública, entre código penal e legislação extravagante, Constituição Federal, Códigos de Ética e legislações administrativas. Contudo, verifica-se a ineficiência de tais mecanismos no combate à corrupção.

Atualmente, o tema é continuamente discutido e estudado tanto em âmbito nacional como internacional devido ao fato de que tal mazela revela-se um fenômeno mundial. A partir destes estudos foram criadas importantes normas que regulam o assunto, como a Convenção Interamericana Contra a Corrupção e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

Diante deste cenário, a Lei 12.846/2013 foi sancionada em virtude do compromisso firmado pelo Brasil quanto à instituição de leis e meios de controle de repressão contra a corrupção, já que é signatário das convenções internacionais sobre o assunto.

Em que pese a legislação brasileira ser apresentada como de responsabilização administrativa e civil, quando da análise dos tipos de ilícitos dela constantes, assim como do bem jurídico por ela protegido, pode-se concluir que a Lei 12.846/2013 é dotada de forte conotação penal, ou seja, traz a

responsabilidade penal da pessoa jurídica, porém, sob o manto do direito administrativo.

Neste prumo, questiona-se a constitucionalidade da Lei Anticorrupção, pois, de acordo com os principais doutrinadores penalistas brasileiros, a configuração atual do ordenamento jurídico pátrio não é compatível com a criminalização da pessoa jurídica.

5. Referências

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei n. 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 13-28.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. 7. Responsabilidade civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou Estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 29-58.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

_____. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013 - Lei Anticorrupção. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 59-116.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. 1.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Conferência proferida na inauguração do Instituto de Criminologia e Política Criminal - IPCP, em 06.03.2001, Curitiba, PR.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorrupcao-carater-penal]. Acesso em: 27.11.2014.

VITTA, Heraldo Garcia. *Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

Pesquisas do Editorial

- LEI 12.846/2013:, de Jorge Hage Sobrinho - RT 947/2014/37
- A NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO E O COMPLIANCE, de Marcella Blok - RDB 65/2014/263
- LEI 12.846/2013, de Guilherme Teno Castilho Missali - ReDE 9/2015/313

- A APLICABILIDADE DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL (LEI FEDERAL 12.846/2013): UMA ANÁLISE A PARTIR DAS FRAUDES ENVOLVENDO O METRÔ DE SÃO PAULO, de Oksandro Osdival Gonçalves - RBCCrim 115/2015/337