

## A controversa responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção

Spacca

A Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) já foi tratada sob inúmeras perspectivas nesta Coluna. Mas há sempre algo mais que suscita reflexões, de forma que volto ao tema, agora para tratar da *responsabilidade objetiva*, talvez o *núcleo central* da nova lei.

Pelo texto legal, a aplicação das sanções não exige a intenção da corporação ou de seus dirigentes em corromper ou a demonstração de sua desídia em relação a atos deste gênero que eventualmente ocorram. Basta que se constate que alguém — um funcionário, parceiro, contratado, consorciado — tenha oferecido ou pago vantagem indevida a servidor público (ou praticado qualquer dos atos previstos em seus dispositivos), e a instituição será penalizada, desde que beneficiada direta ou indiretamente pelo comportamento ilícito. Assim, se uma corporação contrata um terceiro para obtenção de licença pública para determinada atividade, e este usa de propina para obter o documento, ambos serão punidos, contratante e contratado. A responsabilidade é automática, objetiva.



O escopo do legislador é fortalecer o ambiente institucional de repressão à corrupção. Ao suprimir a exigência da constatação do dolo ou da imprudência para imputar as sanções previstas, quer-se incentivar a adoção de políticas de integridade e *compliance*, que evitem qualquer ligação da empresa com pessoas ou outras entidades que possam lhe trazer problemas ou danos de imagem.

A estratégia para alcançar tal resultado, no entanto, merece alguns reparos. O mecanismo usado para consolidar esta *consciência ética* no mundo corporativo: a *responsabilidade objetiva*, tem causado desconforto nos meios empresariais e acadêmicos. Nos primeiros pela apreensão de ver-se responsabilizado por atos de terceiros, mesmo que a empresa tenha um sistema de integridade adequado e eficiente. Nos últimos diante da dificuldade de justificar um *castigo* — ou seja, uma consequência que vá além da mera reparação do dano — àquele que não tem *culpa*, entendida aqui como *culpabilidade*, como *responsabilidade* pelos fatos.

A ideia da *culpabilidade* é bem desenvolvida no Direito Penal, e seus contornos podem ser aplicados à discussão. Trata-se do instituto que legitima a *punição*, porque indica que o ilícito é fruto da *vontade* ou da *falta de cuidado* de alguém. Ao contrário da *reparação*, pela qual se impõe um ônus limitado à restituição do *status quo ante*, a *punição*, com a finalidade de *retribuição* ou de *prevenção*, exige a constatação de algo mais do que a mera relação causal de alguém com um resultado indesejado, impõe que se busque esta relação de *intencionalidade* ou de *descuido* do agente diante de uma lesão ou perigo.



No que concerne à pessoa física, esta *relação* é atrelada à existência do dolo ou da imprudência<sup>[1]</sup>. Já no âmbito da *pessoa jurídica*, a discussão é mais complexa. Como identificar uma *vontade* ou uma *imprudência* de um ente empresarial? Laufer faz um repasse de todas as teorias desenvolvidas em torno do tema, e as sintetiza da seguinte forma<sup>[2]</sup>:

A *culpabilidade* da empresa pode ser, em primeiro lugar, reconhecida pela atitude *proativa* do ente, determinada em função das medidas internas adotadas para prevenir ilícitos (*culpabilidade proativa*). Por outro lado, há quem sustente que esta *culpabilidade* é medida de acordo com as medidas de reação à identificação da prática do ilícito (*culpabilidade reativa*). Outros a identificam com a *cultura empresarial*, com a *identidade corporativa*, ou com as *decisões e oportunidades* comunicadas pela política da empresa (*culpabilidade pela ética empresarial*). Por fim, há doutrina que defende um conceito de *culpabilidade construtiva*, caracterizada por uma espécie de *estado mental corporativo*.

Seja qual for a opção, nota-se um esforço para identificar elementos que caracterizem a *culpabilidade corporativa*, de forma a evitar a *responsabilidade objetiva*, e justificar a imposição da pena no campo dos crimes corporativos.

Este mesmo esforço deve ser feito em relação à *responsabilidade empresarial* pelos ilícitos previstos na Lei 12.846/13. A uma porque, a nosso ver, se trata de uma *lei penal encoberta*. Como já defendemos, a qualidade e a quantidade das sanções, os contornos dos ilícitos, e o bem jurídico tutelado revelam que a lei trata — em verdade — de *crimes* e impõe *penas*, sendo, portanto, vedado o recurso à *responsabilidade objetiva*.

Mas, ainda que afastada esta *natureza penal*, ainda que reconhecida a lei como um instrumento do *direito administrativo sancionador*, não parece haver lugar para a *responsabilidade objetiva*.

Sem tecer profundas considerações — que ensejariam uma reflexão mais detida — nos parece que imposição de uma *pena*, de um *castigo*, para além da mera *reparação*, exige a constatação de algum *nexo de vontade* ou de *descuido* por parte do agente — justamente aquilo que *merece repreensão*. No caso da empresa, como visto, pode-se caracterizar este *nexo* por inúmeras construções dogmáticas, mas deixa-lo de lado não parece legítimo.

A lei em comento, como dito, prevê a responsabilidade objetiva da empresa. Assim, mesmo que a instituição não tenha *deliberado* cometer atos ilícitos, que apresente um efetivo sistema de *prevenção e investigação* de irregularidades, e que funcione dentro de estritos padrões éticos, será punida caso seja beneficiada pelo comportamento de funcionários ou de terceiros contrário à norma. Note-se: ainda que a corrupção tenha sido detectada e investigada pela própria corporação, e comunicada por ela aos órgãos públicos, será aplicada a pena (embora com uma atenuante, nos termos do artigo 7º da lei, ou mesmo uma causa de diminuição caso firmada e cumprida a leniência, como disposto no artigo 16).

Assim, imaginemos uma empresa cujo setor de *compliance* detecta um funcionário que oferece vantagens a servidores públicos para obter contratos, ampliando seu bônus em vendas com tal prática. Em seguida, a instituição apura os fatos, junta documentos, e comunica a prática às autoridades do ente afetado. É justo e correto que os danos eventualmente causados sejam suportados pela empresa, que foi beneficiada. Também que o funcionário envolvido responda pelo crime praticado. Mas não parece



adequado que a pessoa jurídica, que não *decidiu* pelo ato, e que não foi *imprudente* — ao contrário, dispunha de um sistema de integridade que detectou o ato — seja *castigada* com as sanções previstas nos artigos 6º e/ou 19 do diploma.

Ainda que a multa seja pequena — reduzida a 0,1% do faturamento bruto com um desconto de 2/3 por uma eventual leniência — não parece ser aplicável. Não se trata de tamanho, mas de princípio. Impor a pena neste caso é admitir que se *castigue* um ato *sem culpabilidade*, algo que não se justifica em um Estado cuja constituição prevê a *intranscendência da pena* (Constituição Federal, artigo 5º, XLV).

Como aponta Laufer, “*la ‘culpabilidad empresarial’ carece de sentido cuando se basa en las acciones de un empleado delincuente que, dentro de los limites de su competencia, actua para beneficiar la empresa, pese a infringir así la politica empresarial de carácter expreso, las regulaciones administrativas o el derecho penal*” [3]

Note-se que o próprio STJ já decidiu, em caso de danos ambientais, que a responsabilidade *objetiva* se limita à reparação de danos. No caso, foi aplicada a um indivíduo uma multa por lesões ao meio ambiente realizadas por seu pai, em propriedade adquirida posteriormente. O acórdão entendeu que a *reparação dos danos* era devida, pois obrigação *propter rem*, “*sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos*” Porém, afastou a incidência da multa, pelos seguintes argumentos:

*“Pelo **princípio da intranscendência das penas** (art.5º, XLV, CF 88), **aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador**, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai.*

*Isso porque **a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva** da esfera cível (pela reparação dos danos causados), mas **deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade**, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal ente conduta e dano” (RESP 1.251.697, Rel. Min. Mauro Campbell, 2ª Turma, unanime, j.12/04/2012, grifos nossos)*

Em suma, a *reparação dos danos* segue a lógica da *responsabilidade objetiva*, mas a *punição* — seja em âmbito penal, seja no administrativo — exige *culpabilidade*, que, no caso da empresa, é construída sobre os elementos já citados.

Diante disso, parece que o interprete competente para a aplicação da lei, na esfera judicial ou administrativa, deverá atentar para esta questão, e adequar o texto normativo às premissas presentes na Constituição Federal. A *intranscendência* das penas — prevista constitucionalmente (Constituição Federal, artigo 5º, XLV) — impede que um ato de terceiros justifique a aplicação da sanção à empresa.

A *pena*, o *castigo*, é para quem tem *culpa*. E esta *culpa*, na pessoa jurídica, revela-se na *decisão* de burlar a lei ou na estruturação *deficiente*, na ausência de programa de *compliance* efetivo e funcional, na complacência ou condescendência com comportamentos suspeitos. A empresa que instala e incorpora políticas de integridade, dedicada à implementação programas de prevenção a delitos à apuração de



---

qualquer ato suspeito, que demonstre seu compromisso real com a ética e com a transparência, não merece ser *penalizada*. Merece — como já dissemos — reparar o dano, arcar com os prejuízos, ver sustados ou anulados os benefícios que eventualmente obteve com o comportamento ilícito do qual não participou. Mas, qualquer coisa que vá *além*, com a finalidade de restituição ou de prevenção, não encontra justificativa, pela ausência de *culpabilidade*.

Enfim, a lei merece elogios, mas se há algo que merece reparos em seus dispositivos, é a *responsabilidade objetiva*. A nosso ver, o intérprete deverá ajustar tal preceito, que não importa em grandes exercícios. Basta conferir uma abrangência maior ao parágrafo 1º do artigo 6º[4], admitindo que o *compliance* efetivo, completo e funcional possa, em determinados casos, exonerar a empresa de pena. Com isso, incentiva-se a adoção de políticas comprometidas com a integridade e ajusta-se a punição ao princípio constitucional da *culpabilidade*.

[1] Ainda que tais elementos façam parte do *tipo penal*, são os indicadores da *culpabilidade* enquanto decorrência do princípio da *intranscendência* da pena.

[2] LAUFER, William S., *La culpabilidad empresarial y los limites del derecho*. GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*. Universidad Externado: Bogotá, 2008, p.126 e ss.

[3] Op. Cit, p.135

[4] *As sanções são aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações*

#### **Date Created**

09/12/2014