

# A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA PELA PRÁTICA DE ATOS DE CORRUPÇÃO: NORMA PENAL OU ADMINISTRATIVA?

## NO-FAULT LIABILITY OF LEGAL ENTITIES FOR CORRUPTION PRACTICES: CRIMINAL OR ADMINISTRATIVE LAW?

Marcelo Ortolan<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente ensaio se propõe a debater o novo modelo de responsabilização de pessoas jurídicas introduzido pela Lei n. 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial, que instituiu o marco da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Nesse contexto, cabe investigar se a norma é de natureza meramente *administrativa* ou se também há elementos de *Direito penal material*, bem como se esse modelo de responsabilização conflita com os parâmetros de culpabilidade fixados pela Constituição Federal. A conclusão a que se chega é que a resposta mais adequada para o tema da “culpabilidade da pessoa jurídica” não esteja no Direito Penal, mas antes no Direito Administrativo Sancionador, que dispensa os elementos antropomórficos daquele e admite soluções mais céleres e eficientes no combate à corrupção empresarial.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção Empresarial. Ação. Culpabilidade. Responsabilidade Objetiva. Direito Administrativo Sancionatório.

### ABSTRACT

This essay aims to discuss the new liability model for legal entities introduced by the Bill n. 12.846/2013, known as Business Anticorruption Law, which established the framework of no-fault liability of the legal entity. In this context, we investigate whether the norm is of a purely administrative nature or if there are elements of criminal material law, and if this accountability model conflicts with the culpability of parameters set by the Constitution. The conclusion reached is that the most appropriate response to the issue of the “culpability of the legal entity” is not in the Criminal Law, but before in the Administrative Sanctioning Law, that dispenses the anthropomorphic elements of the first one and allows more rapid and efficient solutions in the fight the corporate corruption.

Keywords: Business Anticorruption Law. Action. Culpability. No-fault liability. Administrative Sanction Law.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD/UFPR). E-mail: ortolan.mba@gmail.com

## INTRODUÇÃO

A responsabilização penal da pessoa jurídica suscitou muitos debates entre a doutrina penalista brasileira, tendo prevalecido o entendimento em favor da possibilidade de imputação penal à pessoa jurídica. Acerca da questão, Paulo Busato destaca que “as pessoas jurídicas contribuem para a realização de um grande número de delitos, quer fornecendo meios materiais, quer estruturando, quer organizando a atividade delitiva”<sup>2</sup>, de modo que o Direito penal não pode mais se furtar a esta nova realidade.

Nesse contexto, a Lei n. 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, cujo objetivo é colocar à disposição da Administração Pública os meios céleres e eficazes para responsabilizar as pessoas jurídicas corruptoras.

De acordo com o art. 2º da Lei n. 12.846/2013, “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”<sup>3</sup>.

Diante disso, em primeiro lugar, indaga-se se a norma é de natureza meramente *administrativa* ou se também há elementos de *direito penal material*. Em segundo lugar, investiga-se se a previsão de responsabilização objetiva da pessoa jurídica implicaria em afronta aos arts. 1º, inciso III, 5º, incisos XLV, XLVI e LIII da Constituição Federal.

## 1 AÇÃO E CULPABILIDADE NA TEORIA CLÁSSICA DO DELITO

A teoria do delito clássica baseia seus conceitos dogmáticos na teoria finalista do Direito penal. Para esta escola, a ação é definida ontologicamente, como uma “alteração do mundo exterior, condicionada pela vontade de um ser consciente e direcionada a um determinado fim”.<sup>4</sup> Ou seja, a categoria foi construída e orientada tendo em conta uma pessoa humana, de modo que sua transposição para a análise da possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas gera diversos problemas.

---

<sup>2</sup> BUSATO, Paulo César. Fundamentos político-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica: crítica da política criminal que sustenta o princípio *societas delinquere non potest*, desde a perspectiva do quarto Estado. **Revista Jurídica da UNOESC**, Joaçaba, v. 3, n. 3, v. 3, p. 161-198, 2003.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 4 ago. 2016.

<sup>4</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 33.

Por sua vez, a noção de *culpa* é definida a partir de critérios psicológicos, sendo que sua atribuição, conforme Gracia Martin, consiste em “uma objeção levantada a uma pessoa que voluntariamente decidiu-se por um comportamento ilícito, apesar de ter o dever de se comportar conforme o Direito”<sup>5</sup>.

Essa forma de compreender os elementos fundamentais da teoria do delito leva, portanto, à negação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma vez que esta não seria capaz de “agir”. Assim, a maior parte da doutrina nacional compreende a pessoa jurídica como incapaz de desenvolver uma atividade dirigida pela vontade livre para consecução de um determinado fim.<sup>6</sup>

Quanto à culpabilidade, se a doutrina majoritária não aceita que a pessoa jurídica possa “agir”, muito menos se admite que ela possa agir “com culpa”. Dessa forma, a entende como inimputável (incapaz de culpabilidade) ao argumento de que a consciência de ilicitude do injusto só poderia ser verificada nas pessoas físicas.<sup>7</sup>

Com efeito, para a teoria finalista, a conduta (ação ou omissão) seria produto exclusivo do homem, e a capacidade de ação exigiria a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, de modo que as pessoas jurídicas não seriam capazes de agir no sentido penal e, portanto, não poderiam ser responsabilizadas.<sup>8</sup> Do mesmo modo, entende-se que o conceito de culpa pressupõe a existência de um ente com capacidade de livre autodeterminação, o que afasta a aplicabilidade desta categoria tradicional para as pessoas jurídicas.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 66.

<sup>6</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: ICPC; Lumen Juris, 2006. p. 432; PIERANGELLI, José Henrique. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a nova lei ambiental. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público**, Brasília, v. 8, n. 15, p. 111-131, jun. 2000; REGIS PRADO, Luiz. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 105-106; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 1987. p. 106.

<sup>7</sup> BITENCOURT, César Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 1. p. 62; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal...** Op. cit. p. 440; REGIS PRADO, Luiz. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica...** Op. cit. p. 106.

<sup>8</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. 2. ed. rev. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008. p. 154.

<sup>9</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica...** Op. cit. p. 66.

Essa forma tradicional de encarar a teoria do delito, contudo, tem passado por várias tentativas de reformulação de seus conceitos-chaves, no sentido de uma funcionalização e desmaterialização de categorias como ação e culpa, abandonando-se a concepção ontológica desses conceitos em favor de uma concepção normativa baseada na sua função e significado social.

É no âmbito dessas teorias que ressurgem novas formas de concepção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, que deixam de vincular a culpabilidade a requisitos antropomórficos, conseqüentemente abandonando a exigência de *comprovação psicológica* da orientação finalística de uma ação e de consciência da ilicitude do injusto.

## 2 O PROBLEMA DO SUPRACONCEITO ONTOLÓGICO DE AÇÃO

Nesse contexto, destaca-se a teoria da ação significativa, que propõe a reconstrução das categorias tradicionais da teoria do delito do *dolo* e *culpa*, a partir da compreensão do delito como uma construção social. Quanto ao tradicional supraconceito de ação, ela deixa de ser considerada como comportamento puramente naturalístico, admitindo-se a noção de vontade própria do ente coletivo embasada em ações individuais de seus membros. Quanto ao segundo, a adoção de uma noção normativa de culpa passa a admitir a imputação de uma categoria especial de culpabilidade às pessoas jurídicas.

De acordo com Busato, os sistemas tradicionais concebem a ação como uma “superestrutura” que acumula uma série de funções específicas, quais sejam: *função de classificação*, que se refere à centralidade da ação na teoria do delito, de modo a congrega todas as formas de sua realização (dolosa e imprudente, comissiva e omissiva); *função de delimitação ou coordenação*, que se refere à capacidade do conceito de ação de constituir o substrato ao qual se agregam os adjetivos valorativos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, que orientam todo o estudo do delito; *função de enlace*, que trata da suposta neutralidade axiológica do conceito de ação; e a *função negativa* ou *de definição*, que permite que o conceito de ação atue como elemento seletivo do delito, excluindo da apreciação jurídico-penal tudo o que fique fora de seu campo.<sup>10</sup>

Contudo, a despeito da contribuição dessa superestrutura para a construção da dogmática penal moderna, os sistemas tradicionais fracassaram na tentativa de estruturação de um supraconceito ontológico de ação, por sua comprovada incapacidade de cumprir com todas as funções que lhe foram exigidas, especialmente a de classificação dos delitos.

---

<sup>10</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 45-55.

Na precisa crítica de Claus Roxin:

A estrutura final repousa na causalidade, a primeira estrutura ôntica não é concebível sem a segunda, e nesta união indissociável se costuma apoiar geralmente a pré-existência e imutabilidade da ação e do dolo. [...] E assim efetivamente diz WELZEL que ‘a finalidade é um conceito tão ontológico como a causalidade’. No entanto, é nessa crença que reside a falha decisiva de toda a concepção. [...] Se existe uma lei causal, a que nenhum legislador do mundo pode acrescentar ou retirar alguma coisa, não existe uma estrutura final pré-existente. O que é final e o que não é, depende exclusivamente das finalidades de ordem jurídica.<sup>11</sup>

É necessário, portanto, restituir-se o conceito de ação aos seus reais limites funcionais. Entretanto, não há consenso na doutrina. De acordo com Busato, há quem insista em tentar formular um supraconceito de ação a partir de seu viés negativo (omissão). Há, ainda, quem defenda que o conceito de ação cede primazia às ideias normativas de tipo e antijuridicidade. Outros incluem no conceito de tipo todos os elementos do delito, inclusive a ação. Uma quarta posição, ainda que reconheça que o conceito de ação se sujeite a considerações valorativas, sustenta que este deva ter como referência do sistema de imputação penal. Finalmente, uma quinta vertente busca a superação do conceito ontológico da ação sem a sua desconsideração completa, ao reconhecer uma estrutura significativa no conceito de ação.<sup>12</sup>

Na linha desta última vertente, que recusa o determinismo ontológico e critica a visão exclusivamente normativa, situa-se a teoria da ação significativa, proposta por Tomás Salvador Vives Antón, que tem por base a consideração da ação no contexto social das circunstâncias em que se produz. O referencial que dá sentido ao conceito de ação deve corresponder ao contexto social em que se determina a escolha normativa dos tipos de ilícito, que seria a única adequada a efetivar uma política criminal adequada ao Estado Democrático de Direito.

Para Vives Antón,

a determinação de se se está ante uma ação – e a do tipo de ação ante o qual se está – já não se efetua com parâmetros psicofísicos, mediante o recurso à experiência externa e interna, senão que tem lugar em termos de regras, isto é, em termos normativos. É o *seguimento de regras* (e não um inapreensível acontecimento mental) o que permite falar de ações, ao dar lugar ao que as constitui como tais (o *significado*) e as *diferencia* dos simples fatos.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal...** Op. cit. p. 101-102.

<sup>12</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal...** Op. cit. p. 110.

<sup>13</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 197.

Portanto, a ação passa a ser configurada por outros valores além da vontade subjetiva, mais precisamente pelo contexto social em que se produz. A própria existência ou não de uma conduta passa a depender do seu entorno. Assim, se a pessoa jurídica é ou não capaz de ação em sentido jurídico-penal é algo que independe de ela possuir ou não qualquer instância psicológica formadora de vontade subjetiva, no sentido atribuído ao ser humano pelo finalismo, admitindo-se, assim, a ideia de ação do ente coletivo.<sup>14</sup>

Convém reforçar que a teoria da ação significativa de Vives Antón não busca invalidar a estrutura tradicional de distribuição dos elementos do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), mas antes propõe um novo modo de determinar os significados (sentidos) das categorias da teoria do delito,<sup>15</sup> que podem ser utilizadas com grande proveito no âmbito da teoria do Direito Administrativo Sancionador.

### 3 CULPABILIDADE PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Historicamente, a culpabilidade assumiu três sentidos na teoria do delito clássica. Primeiro, enquanto *princípio de Direito penal*, a culpabilidade se opunha à responsabilidade penal objetiva, mas prescindia da análise do grau de culpa do agente, bastando a verificação do resultado danoso. Segundo, enquanto *elemento de graduação da pena*, a culpabilidade passou a ser entendida como fundamento e medida da responsabilidade penal para a fixação da pena. Finalmente, como *categoria dogmática do delito*, passou a integrar a teoria do delito ao lado da tipicidade e antijuridicidade.<sup>16</sup>

Conforme bem resume Juarez Cirino dos Santos,

o atual conceito *normativo* de culpabilidade é o produto inacabado de mais de um século de controvérsia sobre sua estrutura, que começa com o conceito *psicológico* de culpabilidade do século XIX, evolui para o conceito *psicológico-normativo* no início do século XX, transforma-se em conceito exclusivamente *normativo* durante o século XX e, na passagem para o século XXI, parece imerso em crise insuperável.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> MASCARENHAS JR., Walter Arnaud. **Ensaio crítico sobre a ação**: sua influência jurídico-penal e o advento da noção “significativa”. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p. 22.

<sup>15</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos...** Op. cit. p. 29.

<sup>16</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 352-353.

<sup>17</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal...** Op. cit. p. 276.

No que tange à culpabilidade da pessoa jurídica, no entanto, este estado de “crise conceitual” é ainda mais evidente, pois, como bem adverte Walter Rothenburg, os elementos tradicionais da culpabilidade (imputabilidade, consciência do injusto e exigibilidade de comportamento diverso) foram pensados para a pessoa física, não sendo aplicáveis automaticamente à pessoa jurídica.<sup>18</sup>

Diante desse problema, surgiram três posicionamentos<sup>19</sup> na doutrina penal: primeiro, a negativa da capacidade de culpabilidade da pessoa jurídica apoiada no princípio *societas delinquere non potest*; segundo, a possibilidade de culpabilidade mediante a criação de instituto penal próprio de culpabilidade para a pessoa jurídica; terceiro, a reconstrução da categoria da culpabilidade com base em critérios sociais e jurídicos, como o modelo da “culpabilidade por defeito de organização empresarial”<sup>20</sup> inaugurado por Klaus Tiedemann.

Na dogmática penal brasileira, conforme visto, a maioria dos penalistas defende que a pessoa jurídica não é passível de agir com culpa, pois não seria imputável (incapaz de culpabilidade) diante do entendimento de que a consciência de ilicitude do injusto só poderia ser verificada nas pessoas físicas.<sup>21</sup>

A despeito disso, os tribunais brasileiros admitiram a possibilidade culpabilidade penal da pessoa jurídica. Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitiu a persecução penal e a culpabilidade de pessoas jurídicas desde que fosse possível caracterizar uma ação humana individual em coautoria. Vale dizer, desde que houvesse o processamento simultâneo da empresa e da pessoa física. Contudo, em 2013, a partir do julgamento do RE 548181<sup>22</sup>, o Supremo Tribunal Federal (STF) afastou o entendimento do STJ deixando de exigir a demonstração de coautoria da pessoa física para então autorizar a persecução penal e a culpabilidade individualizada do ente coletivo em matéria ambiental.

Contudo, é consenso na doutrina penal que mesmo a aceitação de uma categoria reformulada de culpabilidade penal específica para os entes coletivos não deve importar

---

<sup>18</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**: estudo sobre a sujeição criminal ativa da pessoa jurídica. Curitiba: Juruá, 1997. p. 184-185.

<sup>19</sup> ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 29-41.

<sup>20</sup> TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 3, n. 11, p. 21-35, jul./set. 1995.

<sup>21</sup> Vide supra, nota de rodapé nº 6.

<sup>22</sup> STF - RE: 548181 PR, Relator: MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 17/04/2009, Data de Publicação: DJe-081 DIVULG 04/05/2009.



em um regresso à responsabilidade objetiva, para a qual é desnecessária a aferição do grau de culpa do autor do delito.<sup>23</sup>

Não obstante, o art. 2º da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial) introduziu no ordenamento jurídico a *responsabilidade objetiva* da pessoa jurídica por atos de corrupção que, em tese, seriam ilícitos administrativos. Diante disso, deve-se indagar, em primeiro lugar, se não há elementos de *direito penal material* em seus dispositivos. A indagação é importante, pois está vinculada ao questionamento da constitucionalidade da instituição de responsabilização objetiva para a pessoa jurídica.

Pois bem, a dogmática penal e administrativa duelou por muito tempo a respeito dos critérios de distinção entre os ilícitos penais (crime) e ilícitos administrativos (meras ilegalidades), podendo ser destacadas duas grandes correntes neste embate histórico: a substantiva e a formal.<sup>24</sup>

A corrente substantiva – defendida por Goldschmidt<sup>25</sup>, Heinz Mattes<sup>26</sup>, Medina Osório<sup>27</sup>, dentre outros – baseia-se em uma diferença material ou qualitativa, sustentando, de modo geral, que o ilícito penal descreveria uma conduta contrária aos interesses mais relevantes da sociedade, enquanto que o ilícito administrativo teria por objeto uma conduta contrária a interesses meramente administrativos, ligados ao bom funcionamento da administração pública. Há reconhecida divergência acerca do critério substantivo (natureza do bem jurídico tutelado; gravidade da sanção etc.), porém as teorias têm o seu ponto comum na utilização de um critério material.

Por sua vez, a corrente formal – defendida por Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández<sup>28</sup>, Adolfo Carretero Pérez<sup>29</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>30</sup>, dentre outros – sustenta que não há diferença substantiva entre um ilícito administrativo e um

---

<sup>23</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminoso...** Op. cit. p. 219.

<sup>24</sup> BERTONCINI, Mateus. **Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 50.

<sup>25</sup> GOLDSCHMIDT, James. „Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts“. **Deutsche Juristen-Zeitung**, Nr. 9, 1902.

<sup>26</sup> MATTES, Heinz. **Problemas de derecho penal administrativo: história y derecho comparado.** Madri: Edersa, 1979. p. 230.

<sup>27</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 62.

<sup>28</sup> ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo García de; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramon. **Curso de derecho administrativo.** 5. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 159. v. II.

<sup>29</sup> PÉREZ, Adolfo Carretero. **Derecho Administrativo Sancionador.** Madri: Edersa, 1992. p. 101.

<sup>30</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 34-35.



ilícito penal, por envolver a utilização de um critério metajurídico. A distinção entre os ilícitos seria dada exclusivamente através do juízo político do legislador, que fixaria sua natureza a depender da autoridade a que atribui-se a competência para impor a sanção. Nessa linha, por exemplo, Rafael Munhoz de Mello<sup>31</sup> e Daniel Ferreira<sup>32</sup> argumentam que uma sanção terá natureza administrativa toda vez que for aplicada pela Administração Pública no exercício de função administrativa.

O presente ensaio refuta o entendimento da corrente formal ao entendimento inicial de que os ilícitos administrativos e as sanções administrativas não são aplicados, única e exclusivamente, pela administração pública, como ocorre, por exemplo, com os atos de improbidade administrativa, que, a despeito de sua natureza jurídica controversa (defendida por muitos como sendo “*sui generis*”), são aplicadas pelo Judiciário.

Desse modo, na esteira do defendido por Fábio Medina Osório, sustenta-se que o ilícito administrativo há de ser conceituado a partir do campo de incidência do direito administrativo formal e material.<sup>33</sup> Assim, se a Administração Pública, no exercício de sua função administrativa, sancionar um ilícito (aspecto formal), este será certamente um ilícito administrativo. Isso, porém, não retira a natureza jurídica de ilícito administrativo de condutas sancionadas pelo Judiciário, como os atos de improbidade administrativa, que reclamam a aplicação do direito administrativo material (aspecto material).<sup>34</sup>

A controvérsia é relevante, pois, no que diz respeito à natureza dos ilícitos constantes da Lei Anticorrupção Empresarial (Lei n. 12.846/2013), há aqueles que defendem que, a despeito do texto legal tratá-los como *administrativos*, uma análise mais apurada revelaria que os comportamentos descritos e as sanções previstas teriam *substância penal*, ou quase penal, sendo assim inadmissível a responsabilização objetiva da pessoa jurídica.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 64-65.

<sup>32</sup> FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.32.

<sup>33</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 62. Nesse mesmo sentido: CAPEZ, Fernando. **Limites constitucionais à Lei de Improbidade**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173.

<sup>34</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador...** Op. cit. p. 62. Conforme o autor, “não configura, portanto, elemento indissociável da sanção administrativa a figura da autoridade administrativa, visto que podem as autoridades judiciárias, de igual modo, aplicar essas medidas punitivas, desde que outorgada, por lei, a respectiva competência repressiva, na tutela de valores protegidos pelo direito administrativo”.

<sup>35</sup> Nessa linha, ver: SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei anticorrupção é substancialmente de caráter penal. **Consultor Jurídico – Conjur**, 5 fev. 2014; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. **Consultor Jurídico – Conjur**, 8 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

Desse modo, cabe manifestar desde logo a discordância quanto a esse entendimento. Ao contrário, entende-se que os dispositivos da Lei Anticorrupção Empresarial (Lei n. 12.846/2013) tratam de ilícitos exclusivamente administrativos. Isso porque a citada *substância penal não resulta de natureza penal*, mas antes da manifestação do caráter sancionatório da norma administrativa, o que reclama a aplicação do Direito Administrativo sancionatório e não do Direito penal.

Portanto, sustenta-se que o ilícito administrativo é definido pela incidência do Direito administrativo formal e material, o que reclama, conseqüentemente, a aplicação do conjunto de regras e princípios inerentes ao Direito Administrativo Sancionatório, quais sejam:<sup>36</sup> (i) a *legalidade administrativa*, que exige a previsão do ilícito e da sanção em lei formal; (ii) a *tipicidade*, que exige a tipificação do ilícito e da sanção aplicável; (iii) a *irretroatividade da lei mais gravosa*, permitindo-se, ao revés, a retroatividade da leis mais benignas; (iv) a *proporcionalidade*, da qual decorre o princípio do *non bis in idem*, vedando o sancionamento de um mesmo fato por sanções de mesma natureza ou a imposição de sanções permanentes ou desproporcionalmente gravosas; (v) a *culpabilidade*, que demanda a comprovação do elemento subjetivo da conduta do acusado, qual seja, o dolo ou culpa; (vi) o *devido processo legal*, com as garantias de contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador, publicidade, motivação e duplo grau administrativo.<sup>37</sup>

Veja-se que esse conjunto de princípios e garantias se assemelham com aquelas de Direito penal, mas não se resumem nelas, constituindo-se em categorias próprias que podem formar o que se propõe que seja um “microsistema de combate à corrupção”. A proposta de microsistema, contudo, desborda dos limites do presente ensaio e deverá ser abordada em futuras publicações.

#### 4 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA

Uma vez afastada a *natureza penal* dos dispositivos da Lei Anticorrupção Empresarial (Lei n. 12.846/2013), cabe indagar se o Direito Administrativo Sancionador admite a imputação da *responsabilidade objetiva* à pessoa jurídica, e se tal proposição não implicaria em afronta aos arts. 1º, inciso III; 5º, incisos XLV, XLVI e LIII da Constituição Federal.

---

<sup>36</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador...** Op. cit. p. 109-254.

<sup>37</sup> Nesse sentido: FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 34.

Inicia-se por destacar o posicionamento dos autores que defendem que a incidência do princípio da culpabilidade afasta a possibilidade de incidência da responsabilidade objetiva do direito administrativo sancionador. De acordo com Rafael Munhoz de Mello, “a incidência do princípio da culpabilidade afasta do Direito Administrativo Sancionador a responsabilidade objetiva”<sup>38</sup>. Nesse sentido, o autor transcreve a passagem de Alejandro Nieto que sustenta que “el primer corolário de la exigência de la culpabilidad es la exclusión de la responsabilidad objetiva”<sup>39</sup>.

Na mesma linha, Marçal Justen Filho assenta que a responsabilidade objetiva independe da culpa do agente:

impõe-se a sanção pela ocorrência concreta do evento típico, sem que seja relevante o elemento subjetivo de quem pratica a conduta proibida. [...] Importa o resultado, o elemento objetivo que corresponde à figura típica. Para a imposição de sanção basta a “pura e simples descoincidência objetiva entre um dever previsto abstratamente na norma jurídica e a atuação material de um certo sujeito”.<sup>40</sup>

Vale dizer, a adoção do princípio da culpabilidade afasta a possibilidade de responsabilização objetiva.

Não obstante a ponderação do argumento, em primeiro lugar, deve-se observar que a Constituição brasileira não exige ou estabelece uma forma de culpabilidade “*a priori*” para as pessoas jurídicas, o que, somado à liberdade de inovação do legislador, abre as portas para a introdução de responsabilidade objetiva para a pessoa jurídica, especialmente em âmbito administrativo.

De fato, entende-se que a resposta mais adequada para o tema da “culpabilidade da pessoa jurídica” não esteja no Direito penal (que é baseado inteiramente na ação humana individual), mas antes no Direito Administrativo Sancionador, que dispensa esses elementos antropomórficos, já que as pessoas jurídicas, ao protagonizarem atos ilícitos, acobertam estruturas humanas atrás de um ente fictício, com personalidade e patrimônio distinto das pessoas físicas que a integram, o que torna deveras difícil a comprovação do dolo ou culpa de sua conduta.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 186-187.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.1085-1087.

<sup>41</sup> Nesse sentido: “Se as pessoas jurídicas somente atuam com suporte em vontades e comportamentos humanos, ocultos ou não, não se está a desprezar por completo, mas apenas parcialmente, as bases subjetivas do Direito Penal. Isto equivale a dizer que o sistema punitivo pode enfrentar criminalidade protagonizada

Nessa mesma linha de entendimento, Osório defende que

nem se diga que a sanção contra a pessoa jurídica quebraria a personalidade da pena, na medida em que atingiria seus sócios. Trata-se de um raciocínio equivocado, porque os sócios só são atingidos pelos efeitos fáticos e jurídicos da condenação [...]. Isso decorre da própria personalidade jurídica dos “entes morais” e da clara e inequívoca separação entre as figuras da pessoa jurídica e de seus integrantes. [...] O Direito Administrativo Sancionador não possui, portanto, um regime jurídico unitário para pessoas físicas e jurídicas, porque há uma clara ruptura dessa suposta unidade no requisito da culpabilidade.<sup>42</sup>

Com efeito, mesmo no Direito penal passou a preponderar o entendimento de que a categoria da culpabilidade deve ser diferente para as pessoas jurídicas, representando uma exigência mais genérica, vinculada a critérios sociais e jurídicos de evitabilidade do fato e a deveres de cuidado objetivo. Veja-se que, nesse caso, a culpabilidade não deixa de existir, mas abandona seus pressupostos antropomórficos em favor de categorias objetivas.

Assim, diante da inexistência de unidade na categoria de culpabilidade para as pessoas físicas e jurídicas, entende-se que não subsistem impeditivos jurídicos para a instituição da responsabilização, na forma objetiva, de pessoa jurídica por prática de ilícito administrativo.

A solução proposta assemelha-se ao que o jurista alemão Winfried Hassemer chama de *Direito de Intervenção*, uma mescla entre o tradicional Direito penal e o Direito administrativo. Ou seja, um direito sancionador, sem os princípios, regras e categorias do Direito penal das pessoas físicas, mas com categorias objetivas do Direito administrativo.<sup>43</sup>

Portanto, a categoria da responsabilidade objetiva aplicada ao Direito administrativo Sancionatório baseia-se na substituição da ideia de *culpa* pela ideia de *nexo de causalidade*. Assim, para a responsabilização do ente coletivo basta que sejam demonstrados (a) a prática de ato ilícito; (b) por agente da pessoa jurídica; (c) o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; (d) o dano. Na ausência de qualquer um desses elementos resta afastada a responsabilidade da pessoa jurídica.

Uma vez deslocada a questão para o plano da causalidade, também incidem todas as hipóteses excludentes e atenuantes da responsabilidade, a saber: (i) caso fortuito ou

---

por pessoas jurídicas, que acobertam estruturas humanas invisíveis, e que mantêm relações autônomas no mundo negocial. *A resposta punitiva mais direta e óbvia seria a do Direito Administrativo Sancionador, fora de dúvida*”. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador...** Op. cit. p. 376.

<sup>42</sup> Ibidem. p. 380-381.

<sup>43</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 63.

força maior; (ii) culpa da vítima; (iii) culpa de terceiros; (iv) exercício regular de direito; (v) além de que “aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto”<sup>44</sup>.

Logo, se o ato lesivo foi causado por ato imputável à Administração Pública ou, de qualquer forma, por ato que não guarde nexos de causalidade com a pessoa jurídica, ela não será responsabilizada.

Essas circunstâncias demonstram que a instituição de responsabilidade objetiva para a pessoa jurídica não importa em “absolutização” de sua culpabilidade. Em verdade, ocorre uma “objetivização” do elemento subjetivo da culpabilidade em favor da ideia de causalidade entre conduta e dano, o que se revela como a proposta mais adequada de responsabilização desses entes fictícios, destituídos de consciência e vontade própria.

A despeito disso, sustenta-se que seria adequada a previsão legal de causas adicionais de minoração da responsabilidade da pessoa jurídica, que podem estar relacionadas com o valor da vantagem econômica revertida à empresa; com a atuação de dirigentes ou administradores com “excesso de representação”; com a adoção de programas efetivos de *compliance*;<sup>45</sup> dentre outros.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da mesma forma que a culpabilidade da pessoa jurídica no âmbito penal passa por uma reformulação, observa-se a emergência de novos modelos de responsabilização dos entes coletivos embasados em estratégias distintas, e estas, baseadas nas carências na estrutura organizativa ou na ética empresarial, remetem ao modelo da responsabilização administrativa e objetiva introduzida pela Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial).

O ordenamento brasileiro em nada impede considerar as pessoas jurídicas como destinatárias de normas jurídicas que impõem deveres objetivos de cuidado e ética empresarial, cominando sanções pelas falhas na organização empresarial que resultem na prática de atos de corrupção, especialmente na seara administrativa.

---

<sup>44</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 647.

<sup>45</sup> MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES Carlos Henrique da Silva (Coord.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167-201.

De fato, diante da inexistência de um regime jurídico unitário para pessoas físicas e jurídicas, entende-se que a resposta mais adequada para o tema da “culpabilidade da pessoa jurídica” não esteja no Direito penal, mas antes no Direito Administrativo Sancionador, que dispensa os elementos antropomórficos daquele e admite soluções mais céleres e eficientes no combate às causas da corrupção e às vantagens obtidas.

Finalmente, deve-se sempre reforçar que a responsabilidade objetiva não é absoluta e admite a incidência de hipóteses clássicas de exclusão de responsabilidade, além de admitir causas atenuantes, como a adoção de medidas pertinentes para coibir e punir a prática de atos de corrupção através da instituição de programas efetivos de *compliance*

O marco da Lei Anticorrupção Empresarial consiste, justamente, na instituição de um modelo de responsabilização de pessoas jurídicas por meio do Direito Administrativo Sancionador, que coloca em cheque a organização e a ética empresarial e admite a apuração e punição de empresas corruptoras por meios mais céleres e eficazes que o Direito Penal.

## REFERÊNCIAS

- BERTONCINI, Mateus. **Ato de improbidade administrativa**: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BITENCOURT, Cézár Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.
- \_\_\_\_\_. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. **Consultor Jurídico – Conjur**, 8 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta>>. Acesso em: 20 jul. 2016.
- BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 4 ago. 2016.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- \_\_\_\_\_. Fundamentos político-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica: crítica da política criminal que sustenta o princípio *societas delinquere non potest*, desde a perspectiva do quarto Estado. **Revista Jurídica da UNOESC**, Joaçaba, v. 3, n. 3, p. 161-198, 2003.
- BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Limites constitucionais à Lei de Improbidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.
- ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo García de; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramon. **Curso de derecho administrativo**. 5 ed. Madrid: Civitas, 1997. v. II.
- FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: REGIS PRADO, Luiz (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GOLDSCHMIDT, James. „Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts“. **Deutsche Juristen-Zeitung**, Nr. 9, 1902.
- HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.



MASCARENHAS JR., Walter Arnaud. **Ensaio crítico sobre a ação**: sua influência jurídico-penal e o advento da noção “significativa”. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

MATTES, Heinz. **Problemas de derecho penal administrativo**: história y derecho comparado. Madri: Edersa, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 1987.

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

\_\_\_\_\_. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PÉREZ, Adolfo Carretero. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Edersa, 1992.

PIERANGELLI, José Henrique. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a nova lei ambiental. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público**, Brasília, v. 8, n. 15, p. 111-131, jun. 2000.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**: estudo sobre a sujeição criminal ativa da pessoa jurídica. Curitiba: Juruá, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. 2. ed. rev. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal. **Consultor Jurídico – Conjur**, 5 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorrupcao-carater-penal>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 21-35, jul./set. 1995.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.