

DISCUSSÕES ATUAIS SOBRE A LEI 12.846/2013: A SUPOSTA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA OBJETIVA DE PESSOAS JURÍDICAS PRIVADAS

Mariana Randon Savaris

Graduanda em Direito pela UFPR

Estagiária da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini

*Com orientação de **Karlin Olbertz Niebuhr***

Mestre e Doutoranda em Direito pela USP

Advogada da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini

1. Introdução

Derivada do Projeto de Lei 6.826/2010 proposto pela Controladoria Geral da União, a Lei Ordinária nº 12.846/2013, vulgarmente conhecida como Lei Anticorrupção (LAC), inaugurou a previsão legal da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas de direito privado no âmbito do direito administrativo sancionador.

A LAC dispõe que “*as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos (...) praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não*” (art. 2º, Lei nº 12.846/2013). Propõe sua aplicação “*às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente*” (art. 1º, § único, Lei 12.846/2013).

Para muitos administrativistas, à luz da normativa não seria mais necessário investigar a existência dos elementos *dolo* ou *culpa* na conduta das pessoas jurídicas de direito privado durante o processo de responsabilização administrativa.

Caso o texto legal seja seguido na sua literalidade, a responsabilidade objetiva haveria de ser aplicada ainda que os dirigentes e administradores não tivessem ciência do ilícito praticado por preposto ou empregado. Nessa lógica, parte da doutrina tem entendido que seriam suficientes a mera existência (i) de benefício à empresa, em virtude da conduta praticada; e (ii) do nexo de causalidade entre o ato tipificado e o prejuízo à Administração.

Antonio Carlos Vasconcellos Nóbrega ilustra a polêmica do novo panorama de uma maneira bem inteligível: se uma *“empresa que presta serviços a órgão do governo federal deixa de observar as regras do contrato”* e, a fim de *“evitar a sanção prevista no acordo, um empregado do fornecedor paga propina regularmente ao servidor público responsável pela fiscalização”*, mesmo que fique comprovada que *“a iniciativa do empregado foi isolada, que nenhum dos dirigentes sabia daquela conduta e que todas as medidas para evitar tal prática haviam sido adotadas”*¹, a empresa ainda assim será responsabilizada.

Prevaleceria a *“presunção absoluta de que, se o indivíduo envolveu a empresa numa prática de corrupção, isso foi resultado de defeitos organizacionais e gerenciais”*².

Todavia, cinco anos após o início da vigência da LAC, ainda não há um consenso sobre a constitucionalidade da responsabilização administrativa³ objetiva das pessoas jurídicas de direito privado. As discussões doutrinárias não se bastam em concordar com o texto da lei – e os tribunais pouco têm decidido sobre o tema.

2. A escassez da jurisprudência sobre a matéria

Por ora, o STF tem entendimento pacificado quanto à responsabilização civil objetiva de pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público⁴.

No julgamento do ARE 991.086, a Rel. Min. Rosa Weber assevera que *“Esta Suprema Corte firmou o entendimento de que ‘somente as pessoas*

¹ NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcellos. A Nova Lei de responsabilização de pessoas jurídicas como estrutura de incentivos aos agentes. *EALR – Economic Analysis of Law Review*, v. 5, n. 1, pp. 62-76, jan./jun. 2014. p. 66.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 568.

³ Utiliza-se aqui a expressão “responsabilização administrativa” na acepção de sancionamento de pessoa jurídica em processo administrativo de responsabilização, previsto no Capítulo IV da Lei n.º 12.846/2013. Outra acepção pode ser aquela proposta por Marçal Justen Filho, inconfundível com a ora utilizada. Para o autor, responsabilidade administrativa consiste na submissão do Estado ao dever jurídico-político de prestar informações e contas sobre suas ações e omissões.

⁴ Sobre a responsabilização em matéria de direito ambiental, a 2ª Turma do STJ possui o entendimento de que o caráter objetivo caberia apenas à responsabilidade civil ambiental, enquanto que a responsabilidade administrativa ambiental subsistiria subjetiva. Nesse sentido, vide REsp 1.401.500, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma; REsp 1.251.697, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma. Ademais, a responsabilização civil objetiva é amplamente empregada nas relações de consumo, à luz do art. 12, caput, do CDC.

*jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros (...) por ato ou omissão dos respectivos agentes (...)*⁵

Embora existam alguns comentários jurisprudenciais acerca das previsões legais da LAC, ainda são pontuais e adstritos ao texto da lei. O TRF-4, por exemplo, posicionou-se apenas para reconhecer que a LAC “*estatuíu sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de natureza privada pela prática de atos contrários aos interesses do Poder Público e sua administração*”, tendo como objetivo “*punir a pessoa jurídica envolvida em práticas corruptas*”⁶.

O TCU também tem adentrado ao tema, porém, igualmente sem maiores ponderações. Nesse sentido, o voto do Acórdão 824/2015: “*O espírito dessa lei, portanto, revela o intuito de realizar a responsabilização das pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos contra a administração pública, referindo-se ela aos atos lesivos indicados em seu Capítulo II. Eis, portanto, que foi assim batizada popularmente pelo nome de Lei Anticorrupção*”⁷.

3. A parcela da doutrina que defende a constitucionalidade da responsabilidade administrativa objetiva das pessoas jurídicas privadas

Apesar de reconhecerem suas controvérsias, alguns administrativistas persistem na defesa da constitucionalidade do diploma legal.

Para Márcio de Aguiar Ribeiro, a normativa corrobora com “*os propósitos a que se destina o princípio constitucional da função social da propriedade*” e da “*função social da empresa*” em um “*estágio da sociedade e Estado brasileiros [em] que a corrupção se apresenta como um dos principais obstáculos à realização da almejada justiça social*”⁸.

Justifica sua conclusão com base no art. 173, § 5º, CF, segundo o qual a pessoa jurídica deverá ser responsabilizada de acordo com “*punições*

⁵ STF, ARE n. 991.086-AgR, 1.ª T., Rel. Min. Rosa Weber, DJ 21.03.2018. Precedentes: RE 228.977, Rel. Min. Neri da Silveira, 2ª Turma; 327.904, Rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma; RE 470.996-AGR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma; RE 344.133, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma; RE 593.525-AgR-segundo, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma; ARE 939.966-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma.

⁶ TRF4, AI 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, 3.ª T., Rel. Des. Vânia Hack de Almeida, j. 22.08.2017.

⁷ TCU, Acórdão 824/2015, Plenário, Rel. Augusto Nardes, j. 15.04.2015.

⁸ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 46.

*compatíveis com sua natureza*⁹. Inexistindo quaisquer fenômenos anímicos e psicológicos nas suas ações que pudessem justificar a análise de dolo ou culpa, deve-se aplicar a responsabilização objetiva.

Patrícia Toledo de Campos defende que a previsão normativa “*buscou evitar a irresponsabilidade de pessoas jurídicas por ausência de comprovação de elementos subjetivos*”. Para tanto, a aplicação da sanção administrativa passou a exigir apenas a “*atuação genérica da empresa inclinada à fraude*”, dispensando a “*individualização de conduta ou comprovação do elemento subjetivo de pessoas a ela vinculadas*”¹⁰.

Já segundo a doutrina de Fábio Medina Osório, na seara do direito administrativo sancionador a “*culpabilidade é uma exigência genérica, de caráter constitucional, que limita o Estado na imposição de sanções a pessoas físicas*”¹¹. Porém, não há “*exigência constitucional de culpabilidade das pessoas jurídicas*”¹², muito menos quando se trata de sanção administrativa.

4. A inconstitucionalidade da responsabilidade objetiva administrativa de pessoas jurídicas privadas

Apesar de defender a constitucionalidade dos dispositivos da LAC, José Anacleto Abduch Santos critica a grande margem de discricionariedade conferida às sanções (art. 6º, Lei 12.846/2013). Para o autor, embora o rigor da tipicidade do direito penal não seja exigível no direito administrativo sancionatório, “*o legislador poderia ter avançado e estabelecido parâmetros objetivos mínimos para a aplicação das penas*”¹³.

Por outro lado, Marçal Justen Filho é devidamente cauteloso ao interpretar a normativa. “*Nenhuma pessoa jurídica atua diretamente no mundo. (...) As práticas de corrupção são consumadas por meio da conduta de uma ou mais pessoas físicas*”, pontua. Assim, as infrações somente se consumam

⁹ Ibid., pp. 46-47.

¹⁰ CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo – RDDA*. v. 2, n. 1, p. 160-185, jan. 2015. p. 164.

¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 346.

¹² Ibid., p. 347.

¹³ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; e COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013: lei anticorrupção*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 161.

“quando a conduta da pessoa física for eivada de um elemento subjetivo reprovável”¹⁴, no caso, o dolo.

Não há responsabilidade penal objetiva no direito penal democrático, logo, “Não se pune alguém em virtude da mera ocorrência de um evento material indesejável”. Além disso, “Não é diversa a disciplina jurídica no âmbito civil”, em que “não se admite a configuração da responsabilização sem culpa, a não ser em situações especiais, extremamente limitadas”¹⁵. Não poderia ser diferente no direito administrativo sancionador.

Para muitos administrativistas, cada vez mais tem se transportado um caráter essencialmente penal ao processo administrativo sancionador. Modesto Carvalhosa ressalva, com base em Maysa Verzola, que a partir da instituição da teoria finalista no Brasil “não se admite a responsabilização objetiva do infrator, como consequência direta do princípio da presunção de inocência e do princípio do contraditório e da ampla defesa”¹⁶ (art. 5º, inc. LV e LVII, CF/88).

Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a LAC “fere direito fundamental sobre a individualização da pena”¹⁷, ultrapassando a pessoa do condenado e ferindo as disposições constitucionais. Destaca que a aplicação da responsabilidade objetiva no sistema pátrio é uma exceção erigida somente contra o Estado, em favor dos cidadãos, não podendo ser aplicada pelo Estado contra estes¹⁸.

De acordo com Francisco Zardo, a responsabilização objetiva “ofende também o princípio do devido processo legal, em sua acepção material, pela falta de proporcionalidade”¹⁹.

Ademais, ausente a exigibilidade da ciência dos gestores acerca da conduta lesiva praticada por preposto ou empregado, depreende-se da interpretação literal da lei que não haveria como ser aplicada nem mesmo a culpa exclusiva de terceiro. Para alguns autores, ao exemplo de João Marcelo

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. A “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, n. 82, dez. 2013. p. 2.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. pp. 1344-1345.

¹⁶ CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 49.

¹⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; NASCIMENTO, Melillo Dinis do. *Lei Anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 55. *apud* RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *op. cit.*, p. 40.

¹⁸ Novamente, em matéria de responsabilidade civil a questão deve ser bem compreendida, uma vez que se adota a responsabilidade objetiva no direito ambiental e no direito do consumidor.

¹⁹ ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 101.

Rego Magalhães, esse fator aproximaria os dispositivos da LAC (art. 1º, § único, e art. 2º, Lei 12.846/2013) da responsabilidade pelo risco integral²⁰, cuja teoria não suporta excludentes – como a culpa exclusiva de terceiro, caso fortuito e força maior. Consiste na “*modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social*”²¹.

5. A imprecisão do binômio “responsabilidade objetiva”/“responsabilidade subjetiva”

Em contrapartida, apesar de as discussões doutrinárias se restringirem na sua maioria ao uso dos termos “responsabilidade objetiva” e “subjetiva”, Fernando Menezes aponta imprecisões do ponto de vista da teoria geral. Nas palavras do autor, “*Toda casuística que marca a evolução jurisprudencial da matéria (...) mostra um panorama muito mais rico em nuances do que o binômio ‘subjetiva’ – ‘objetiva’*”²². Evidência disso seria a ausência de referências a essas expressões nos textos constitucionais e nos Códigos Civis.

Relembra que, em matéria de responsabilidade civil do Estado, o direito administrativo brasileiro recebeu fortes influências do direito francês. Desde a década de 1920, Léon Duguit já “*evitava (...) falar em ‘responsabilidade subjetiva’ e ‘objetiva’, preferindo ‘responsabilidade por faute’ e ‘responsabilidade por risco’*”²³, com suas diversas gradações. A *faute* soma objetividade a um elemento subjetivo, de modo que “*o descumprimento da obrigação preexistente sempre terá um fundo, um resíduo de culpa, ainda que seja a falta da devida atenção ao cumprimento do dever*”²⁴.

Menezes acredita que a maioria dos doutrinadores envolvidos na discussão não diverge em substância. “*Todos centram sua ênfase no descumprimento de dever de agir, causando dano*”, porém, alguns entendendo prescindível a discussão do dolo ou culpa, outros defendendo um aspecto culposo “*implícito no descumprimento do dever de agir*”, “*num raciocínio que remete mais precisamente à ideia francesa de faute, do que à culpa*”.

²⁰ MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013). *Revista Controle: Doutrinas e artigos*, v. 11, n. 2, pp. 24-46, 2013. p. 28.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes; e BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 782.

²² MENEZES, Fernando. Responsabilidade civil do Estado. *ReDAC – Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, vol. 8/2014, p. 147, mai. 2014. p. 16.

²³ *Ibid.*, p. 10.

²⁴ *Ibid.*, p. 9.

Nesse contexto, uma solução interpretativa pode ser a de aplicar às pessoas jurídicas privadas o entendimento de Marçal Justen Filho quanto à responsabilidade civil do próprio Estado: assim, ao invés de se falar em “*responsabilidade objetiva do Estado, é mais apropriado aludir a uma objetivação da culpa.*”²⁵ Insistindo no uso do binômio “responsabilidade objetiva”/“responsabilidade subjetiva”, pela sedimentação dos termos no direito brasileiro, e aplicando-se o raciocínio às pessoas jurídicas privadas, caberia afirmar existir uma responsabilidade subjetiva *objetivada*, que pressupõe a exigibilidade de uma conduta de cautela e o juízo de reprovabilidade pelo seu descumprimento.

6. Conclusão

Em nome da segurança jurídica, vale lembrar que a característica mais expressiva da CF/88 é seu foco na garantia dos direitos fundamentais. Porém, suas previsões serão mera formalidade se os devidos princípios constitucionais não forem efetivamente aplicados na defesa dos particulares. Como já assegurava Konrad Hesse, lembrado pelo Min. Luiz Fux, “*a Constituição tem que ser uma Constituição do seu tempo. A partir do momento em que ela se dissocia da sua realidade social, ela perde a sua força normativa*”²⁶.

Tendo por base a doutrina exposta, é perceptível que o ordenamento jurídico brasileiro formou uma expressiva tradição de “*valorização da posição do indivíduo confrontado com o poder (e com o abuso do poder) estatal*”²⁷. Para tanto, a prioridade deve estar sempre voltada para garantia do devido processo legal, da individualização da pena, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa.

Vale ainda ressaltar que não se desconsidera que o processo administrativo sancionatório poderia incidir em falhas caso a ciência dos gestores acerca do ilícito fosse uma condição para a responsabilização. Havendo imputação de conduta ilícita a um funcionário, uma linha de defesa óbvia seria a alegação de desconhecimento da empresa sobre o ato, com o risco de se tratar não de puro desconhecimento, mas de *cegueira deliberada*. Em vista dessa dificuldade, parece muito satisfatória a solução de se procurar identificar, caso exista, um dever objetivo de cautela por parte da empresa, o

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 1298.

²⁶ STF, RE 778.889/PE, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10.03.2016, DJ 01.08.2016.

²⁷ MENEZES, Fernando. *op. cit.*, p. 5.

qual, uma vez descumprido, e somente nesta hipótese, poderia resultar em responsabilização.

Dito de outro modo, o prejuízo à Administração e o eventual benefício à empresa são insuficientes para aferir responsabilidade administrativa da pessoa jurídica privada. A pessoa jurídica atua no mundo jurídico por meio da conduta de uma ou mais pessoas físicas, às quais se deve necessariamente atribuir dolo ou culpa. E se não há descumprimento de conduta exigível da pessoa jurídica, não há que se falar em sua responsabilização.

Conclui-se que, em um Estado Democrático de Direito, é inconstitucional a responsabilização administrativa sancionatória das pessoas jurídicas privadas sem análise da presença de elemento subjetivo reprovável, ainda que objetivado, na medida em que afronta o art. 5º, inc. XLVI, LIV, LV e LVII, da CF/88.

Informação bibliográfica do texto:

SAVARIS, Mariana Randon; NIEBUHR, Karlin Olbertz. Discussões atuais sobre Lei 12.846/2013: a suposta responsabilização administrativa objetiva de pessoas jurídicas privadas. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*, Curitiba, n.º 145, março de 2019, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].