



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

VÂNIA LÚCIA RIBEIRO VIEIRA

**Compliance e avaliação do comportamento corporativo no
processo administrativo sancionador:
responsividade do Estado na análise da culpabilidade da pessoa
jurídica por déficit de autorregulação permanente**

Brasília 2023

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

**Compliance e avaliação do comportamento corporativo no
processo administrativo sancionador:
responsividade do Estado na análise da culpabilidade da pessoa
jurídica por déficit de autorregulação permanente**

Autora: Vânia Lúcia Ribeiro Vieira

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Brasília, 19 de dezembro de 2023.

FOLHA DE APROVAÇÃO

VÂNIA LÚCIA RIBEIRO VIEIRA

Compliance e avaliação do comportamento corporativo no processo administrativo sancionador: responsividade do Estado na análise da culpabilidade da pessoa jurídica por déficit de autorregulação permanente.

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Aprovada em: 19 de dezembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha

(Orientador – Presidente)

Prof. Dra. Amanda Athayde - UnB

(Membro)

Prof. Dr. Eduardo Saad-Diniz - USP Ribeirão Preto

(Membro)

Prof. Dra. Cristiana Fortini – UFMG

(Membro)

Prof. Dr. Alexandre Veronese – UnB

(Suplente)

À universidade pública, por ter me permitido chegar até aqui.

A todas as mulheres que me antecederam que, transpondo obstáculos, rompendo preconceitos, derrubando barreiras, desbravando caminhos e desinterditando espaços, tornaram possível a mim e a outras mulheres sermos o que e estarmos onde quisermos.

A meu filho, Francisco, por existir e ser luz em minha vida.



“A dispersão não lhes tira a unidade, nem a inquietude a constância.”

Machado de Assis

Agradecimentos

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Márcio Iório, que me desvelou o Direito Regulatório, compartilhando, com extrema generosidade, o profundo saber científico que possui acerca das teorias jurídicas da regulação e suas aplicações nos mais diversos setores. Foi um imenso privilégio conviver com a aguçada inteligência do Professor Márcio: seu compromisso com a excelência acadêmica, sua retidão profissional, seu rigor metodológico, seu raciocínio lógico e sistêmico, sua escrita precisa e seu português refinado serão para sempre fonte de inspiração.

Agradeço também aos membros da Banca por suas valiosas considerações sobre este trabalho: Professora Cristiana Fortini, que me despertou a paixão pelo Direito Administrativo; Professor Eduardo Saad-Diniz, que me atendeu de forma tão generosa, logo no início do Doutorado, apontando os caminhos do Direito Penal que eu teria de percorrer nesta pesquisa, e me colocou em contato com o Professor Adán Nieto Martín, o qual eu tive a honra de conhecer e conversar sobre o tema desta tese; Professora Amanda Athayde, cujas potência acadêmica me inspirou a encarar o desafio de me debruçar sobre diversas espécies de regimes administrativos sancionadores contra a pessoa jurídica; e Professor Alexandre Veronese, com quem eu tive o privilégio de aprender sobre regulação e desenhos regulatórios em projetos de pesquisas que desenvolvemos em conjunto.

Agradeço à minha família de sangue e à família que a vida me deu. Aos amigos e colegas de trabalho. À ciência, à medicina e ao meu psiquiatra. Às trabalhadoras domésticas que me deram suporte. A Luiz Navarro, companheiro de uma vida. A meu filho Francisco, por estar sempre ao meu lado. A todas as pessoas que direta ou indiretamente me apoiaram, das mais diversas formas, para que eu pudesse chegar ao final dessa jornada, sã e salva, a minha mais profunda gratidão.

FICHA CATALOGRÁFICA

Utilizar este [link](#), ou equivalente da Biblioteca Central, para gerar a Ficha e inseri-la aqui

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

VIEIRA, Vânia Lúcia Ribeiro. 2023. A avaliação do comportamento corporativo no processo administrativo sancionador: responsividade do Estado na análise da culpabilidade da pessoa jurídica por déficit de autorregulação permanente. Tese de Doutorado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, número de páginas p. xx

RESUMO

A presente tese examina os desafios relacionados à regulação do comportamento corporativo, em especial, quando a sanção é utilizada como instrumento exclusivo ou privilegiado de *enforcement*, como ocorre nos sistemas que dão ênfase a técnicas regulatórias de comando e controle. Nesse sentido, apresentando o percurso histórico que culminou na compreensão da regulação como principal instrumento de conformação de condutas e tendo como objetivo verificar se, e em que medida, a conduta da empresa tem sido objeto de avaliação no direito brasileiro, o trabalho dedicou-se à análise dos regimes jurídicos pátrios que disciplinam o processo administrativo sancionador da pessoa jurídica nas esferas consumerista, licitatória, administrativa contratual, regulatória, tributária, financeira, concorrencial, anticorrupção, ambiental e de proteção de dados. Essa análise permitiu constatar a prevalência no Direito Administrativo da regra da imputação objetiva de culpa à pessoa jurídica, mesmo que, mais recentemente, tenham sido observados alguns avanços na legislação e na jurisprudência no sentido de se adotar uma responsabilização objetiva mitigada. Assim, partindo-se da premissa de que modelos regulatórios ancorados na Teoria da Regulação Responsiva são mais exitosos na tarefa de obter a conformação de condutas e de induzir a adoção de comportamentos virtuosos para além do compliance, esta tese propõe que o processo administrativo sancionador brasileiro seja regulamentado por norma geral que, incorporando o instituto da culpabilidade do Direito Penal, interpretado à luz da teoria mista da responsabilização da pessoa jurídica por déficit de autorregulação permanente, estabeleça a necessidade de que a culpabilidade corporativa – revelada por meio do conjunto de medidas concretamente adotadas pela empresa em cumprimento de seus deveres de diligência – seja aferida no âmbito dos processos a fim de se garantir que a resposta regulatória-sancionadora do Estado, ao considerar o perfil global da pessoa jurídica, seja responsivamente a mais eficaz e adequada ao caso concreto. Como desdobramento de um dos pilares da tese central apresentada, qual seja, o de que em uma sociedade de risco, as corporações devem ser responsáveis pela prevenção, controle e remediação dos riscos, inclusive abstratos, decorrentes de suas atividades, propõe-se, também, seja tornada obrigatória a implementação de deveres de *compliance* por determinados grupos, segmentos ou categorias de empresas. Por fim, sugere-se, ainda, seja estabelecido modelo não apenas igualmente responsivo, mas também de regulação em rede, de supervisão e fiscalização do cumprimento desses deveres por múltiplos atores estatais e não estatais, de modo a permitir que o Estado, valendo-se de estratégias de dissuasão e persuasão, conforme os múltiplos perfis e posturas das mais distintas empresas, inseridas nas mais diversas circunstâncias e ambientes, obtenha o melhor desempenho na busca pela conformação do comportamento corporativo.

Palavras-chave: regulação; responsiva; comportamento; conduta; empresa; pessoa jurídica; responsabilidade; culpabilidade.

ABSTRACT

This thesis examines the challenges related to the regulation of corporate behavior, especially when sanctions are used as an exclusive or privileged instrument of enforcement, as occurs in systems that emphasize command and control regulatory techniques. In this sense, presenting the historical path that culminated in the understanding of regulation as the main instrument for shaping conduct and aiming to verify whether, and to what extent, the company's conduct has been the subject of assessment in Brazilian law, the work was dedicated to the analysis of the national legal regimes that govern the administrative process sanctioning legal entities in the consumer, bidding, contractual administrative, regulatory, tax, financial, competition, anti-corruption, environmental and data protection spheres. This analysis made it possible to verify the prevalence in Administrative Law of the rule of objective attribution of guilt to the legal entity, even though, more recently, some advances have been observed in legislation and jurisprudence in the sense of adopting mitigated objective liability. Thus, based on the premise that regulatory models anchored in the Theory of Responsive Regulation are more successful in the task of obtaining the conformation of conduct and inducing the adoption of virtuous behaviors beyond compliance, this thesis proposes that the Brazilian administrative sanctioning process be regulated by a general rule that, incorporating the institute of culpability in Criminal Law, interpreted in light of the mixed theory of legal entity liability for permanent self-regulation deficit, by Adán Nieto Martín, establishes the need for corporate culpability – revealed through of the set of measures specifically adopted by the company in compliance with its due diligence duties – is assessed within the scope of the processes in order to ensure that the State's regulatory-sanctioning response, when considering the global profile of the legal entity, is responsively the most effective and appropriate to the specific case. As a development of one of the pillars of the central thesis presented, namely that in a risk society, corporations must be responsible for the prevention, control and remediation of risks, including abstract ones, arising from their activities, it is also proposed , the implementation of compliance duties by certain groups, segments or categories of companies is made mandatory. Finally, it is also suggested that a model be established that is not only equally responsive, but also one of network regulation, supervision and inspection of the fulfillment of these duties by multiple state and non-state actors, in order to allow the State, taking advantage of using dissuasion and persuasion strategies, according to the multiple profiles and postures of the most different companies, inserted in the most diverse circumstances and environments, obtain the best performance in the search for the conformation of corporate behavior.

Key words: regulation; responsive; behavior; conduct; company; legal person; responsibility; culpability.

Sumário

Introdução	13
1. Regulação como instrumento de conformação de condutas	19
1.1 O tradicional modelo regulatório de comando e controle e a sanção como seu principal instrumento de conformação de condutas	29
1.2 Crise do Estado Regulador, Desregulação e “Privatização” da Regulação, Regulação Descentralizada, Regulação em Rede e Regulação para além do Estado.....	48
1.3 A Teoria da Regulação Responsiva (e suas releituras e aprimoramentos) como abordagem mais adequada para a operacionalização da regulação como instrumento de conformação de condutas: respostas diferentes para problemas distintos	55
1.3.1 A instrumentalidade do processo sancionador e a desmistificação da sanção na Teoria da Regulação Responsiva como única ou principal resposta do Estado à desconformidade de condutas	63
1.4 Autorregulação, Metarregulação, Corregulação e Autorregulação Regulada	78
1.5 <i>Enforcement</i> e conformidade regulatória: fatores que explicam a obediência à lei e que impulsionam ou desencorajam o compliance corporativo	89
2. A regulação do comportamento corporativo	104
2.1 A regulação do comportamento da empresa pelo mercado e pela sociedade: governança corporativa e agenda ESG.....	104
2.2 A regulação do comportamento da empresa pelo Direito	116
2.2.1 A responsabilização da pessoa jurídica como resposta à insuficiência da responsabilidade individual como instrumento de prevenção geral positiva: giro histórico e conceitual.....	118
2.2.2 Sociedade de risco e a expansão do Direito como instrumento privilegiado de conformação de condutas: a empresa como fonte de riscos a bens jurídicos supraindividuais e sua responsabilização não mais pelo dano, mas pelo perigo que sua ação ou omissão pode oferecer	127
2.2.2.1 A transformação do modelo tradicional de responsabilidade civil da pessoa jurídica: da função reparatória de danos para uma função preventiva dos direitos	131
2.2.2.2 A administrativização do Direito Penal e a criminalização do perigo abstrato	137
2.2.2.3 O alargamento do Direito Administrativo Sancionador como um direito de gestão de riscos	140
3. A culpabilidade como problema central na responsabilização da pessoa jurídica.....	145
3.1 Introdução ao problema da culpabilidade: breves considerações sobre a evolução teórica do tema no âmbito do Direito Penal	147
3.2 Modelos de imputação de responsabilidade à pessoa jurídica: importantes teorias que buscaram construir, no âmbito do Direito Penal, o conceito de empresa culpável sujeita à imputação subjetiva de responsabilidade.....	151
3.2.1 Modelos de responsabilização indireta ou de heteroresponsabilidade	152
3.2.2 Modelos de responsabilização direta ou de autorresponsabilidade	156
3.2.3 Modelos mistos de responsabilização: o modelo de Adán Nieto Martín – adotado nesta tese - de culpabilidade da pessoa jurídica por déficit de autorregulação permanente	163

3.3	A culpabilidade da pessoa jurídica na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros: um debate inconcluso	172
3.4	Mas como avaliar a culpabilidade da empresa nos processos sancionadores? Os Programas de Compliance como critério de imputação e dimensionamento da responsabilidade da pessoa jurídica e a experiência internacional nesse sentido	183
4.	A culpabilidade da pessoa jurídica no Direito Administrativo Sancionador: mera transposição da doutrina da culpabilidade do direito penal ou criação de uma culpabilidade própria e diferenciada para o processo administrativo?	199
4.1	A culpabilidade no Direito Administrativo Sancionador	200
4.2	Culpabilidade e ônus da prova no Direito Administrativo Sancionador: entre a presunção de legitimidade e veracidade e as garantias inerentes ao Estado de Direito	204
4.3	Aspectos da culpabilidade da pessoa jurídica no Direito Administrativo Sancionador	209
5.	A culpabilidade da pessoa jurídica no processo administrativo sancionador brasileiro	213
5.1	A imputação objetiva de culpa à pessoa jurídica como regra	213
5.1.1	A responsabilidade objetiva da empresa por violação das regras consumeristas	214
5.1.2	A responsabilidade objetiva da empresa por infração a licitações ou inexecução de contratos administrativos	218
5.1.3	A responsabilidade objetiva da empresa por descumprimento de obrigações regulatórias nos processos sancionadores conduzidos pelas Agências	224
5.1.4	A responsabilidade objetiva da empresa por infrações tributárias	237
5.1.5	A responsabilidade objetiva mitigada da Lei Anticorrupção: a avaliação do comportamento da empresa começa a ser considerada no Direito Administrativo Sancionador brasileiro por meio de programas de compliance	247
5.2	O debate chega à esfera concorrencial e os programas de compliance passam a ser considerados pelo CADE na celebração de Termos de Compromisso de Cessação, inclusive no cálculo da contribuição pecuniária devida pela empresa	261
5.3	O tema avança na regulação do sistema financeiro: deveres de compliance e reprovabilidade da conduta da empresa como critérios para a instauração de processos e para a aplicação de sanções pelo BACEN, CVM e COAF	278
5.3.1	O processo administrativo sancionador em matéria financeira: BACEN	281
5.3.2	O processo administrativo sancionador no mercado de capitais: CVM	285
5.3.3	O processo administrativo sancionador do COAF	291
5.4	O divisor de águas na admissão da culpabilidade da empresa no Direito Administrativo Sancionador brasileiro: a mudança de jurisprudência do STJ que reconheceu a natureza subjetiva da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica no âmbito do direito ambiental	296
5.5	A responsabilização administrativa da pessoa jurídica na Lei Geral de Proteção de Dados: a previsão de avaliação do comportamento da empresa na dosimetria da sanção a partir da implementação de programas de governança em privacidade	317
6.	Endereçando o problema e organizando o caos: proposta para conferir abordagem uniforme e racionalidade ao tema da avaliação do comportamento da empresa no Direito Administrativo Sancionador brasileiro	325

6.1	A avaliação da culpabilidade da pessoa jurídica nos processos administrativos sancionadores como medida regulatória de dissuasão e enfrentamento do ilícito corporativo: as lições da criminologia econômica	328
6.2	A avaliação da culpabilidade da pessoa jurídica nos processos administrativos sancionadores como garantia de direitos, mas, principalmente, como imperativo para a adequada regulação responsiva do comportamento corporativo	334
6.3	Por uma norma geral que disponha sobre a regulação administrativa do comportamento da pessoa jurídica	343
7.	Considerações finais	351
8.	Referências bibliográficas	359

INTRODUÇÃO

A responsabilidade das pessoas jurídicas é um tema que tem adquirido grande relevância nos planos nacional e internacional, tanto do ponto de vista das políticas públicas para prevenção e repressão de ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas, quanto do ponto de vista do debate jurídico-dogmático. O pano de fundo dessa discussão se caracteriza, de um lado, pelo aumento das demandas por regulação e tratamento de problemas ligados à criminalidade econômica, à corrupção, à lavagem de dinheiro, à lesão ao meio ambiente, por exemplo, e, de outro, pelo papel central das organizações empresariais nessas práticas, agravado pelo fato de que são enfrentados hoje obstáculos significativos para imputação de responsabilidade individual por ilícitos cometidos por meio de uma pessoa jurídica ou em seu benefício. Com efeito, há um consenso nos mais variados campos de discussão de que os mecanismos de imputação individual apresentam um déficit significativo de prevenção no que diz respeito aos delitos praticados no âmbito das organizações.

À vista disso, o presente trabalho possui como objetivo central resgatar as noções das teorias da regulação do comportamento corporativo para, sob a ótica do direito administrativo sancionador, compreender de que modo a imputação de responsabilidade à pessoa jurídica se relaciona com as diversas compreensões sobre o conceito da culpabilidade e os modelos de responsabilização dele decorrentes.

Assim, analisar a culpabilidade em sua dimensão teórica, mas também em sua dimensão normativo-setorial, além de permitir melhor compreensão sobre os debates travados nas diversas esferas do direito brasileiro, possibilita, à luz da correlação entre responsabilidade da pessoa jurídica, alcance da culpabilidade e a natureza da responsabilidade, endereçar o problema, no caso, as dificuldades e assimetrias na imputação de responsabilidade à pessoa jurídica, e organizar o caos, propondo uma nova abordagem estrutural sobre a regulação do comportamento corporativo, orientada por um modelo misto de responsabilização, adotado como elemento estrutural no presente trabalho, no qual o déficit de autorregulação permanente surge como parâmetro de aferição adequado do grau de responsividade corporativa.

Parte-se, portanto, do pressuposto teórico de que sendo as pessoas jurídicas “*centros suscetíveis de gerar ou favorecer a prática de fatos penalmente ilícitos*” (COSTA, 1992, p. 537-

559; COSTA, 1976, p. 42), parte considerável das respostas à suscetibilidade corporativa vêm sendo paulatinamente construídas pelo direito nacional e estrangeiro, tendo o direito administrativo sancionador papel fundamental naquilo que se convencionou como elemento de extrema relevância: a regulação das atividades empresariais e a regulação da conduta dos entes regulados em áreas cujo diagnóstico indique potencial problemática.

Para isso, a presente tese se organiza em três eixos estruturantes. O primeiro deles, que se dedica à compreensão da teoria da regulação e da regulação do comportamento corporativo e abarca os dois primeiros capítulos. O segundo, compreendido pelos capítulos três e quatro, tendo como objetivo introduzir o problema da culpabilidade sob o prisma dos modelos de responsabilização e avaliar como o direito sancionador versa sobre a culpabilidade da pessoa jurídica. O terceiro, por sua vez, representado pelo capítulo final, sistematiza as reflexões trazidas nos capítulos anteriores e propõe uma abordagem uniforme e racional para a avaliação do comportamento da empresa no direito administrativo sancionador, pautada pela teoria da regulação responsiva.

Conforme previamente apresentado no parágrafo anterior, os dois primeiros capítulos da tese destinam-se a exposição histórica e conceitual da teoria da regulação, a sua relação com o compliance corporativo, tema transversal no presente trabalho, bem como a demonstrar de que modo a governança corporativa se apresenta como um instrumento essencial para a conformação de condutas. Nesse contexto, partindo do diagnóstico de uma crise do Estado Regulador, cenário este que se convencionou conceituar de “irresponsabilidade organizada”, e traçando as linhas iniciais das respostas a tais cenários, como a Teoria da Regulação Responsiva, o trabalho reconstrói a linha histórica que culminou na utilização da “sanção administrativa” e do “enforcement” como principal instrumento de dissuasão de comportamentos ilícitos corporativos, ao mesmo tempo em que demonstra e contextualiza a ineficácia plena de tais instrumentos na regulação do comportamento corporativo.

À vista disso, sob um enfoque mais específico, notadamente no segundo capítulo, a tese apresenta os distintos modelos de institucionalização de sistemas de responsabilidade corporativa e de suas conexões com o sistema de responsabilização individual. Em razão disso, apresenta o percurso que culminou na administrativização do direito penal e, em maior, no alinhamento do direito administrativo aos preceitos do direito penal, tema estruturante do

segundo eixo, razão pela qual se conferiu maior atenção ao longo da tese, na medida em que perguntas essenciais para a compreensão da expansão do direito administrativo sancionador carecem de respostas para sistematizar, afinal, qual a questão fundamental daquilo que se entende por política de enfrentamento da criminalidade econômica. Quais são os objetivos perseguidos com a responsabilização de pessoas jurídicas? Devem esses serem distintos da responsabilidade individual? Qual esfera do Direito poderia contribuir para a regulação das infrações cometidas no âmbito de entes coletivos, tendo como pano de fundo um leque de possibilidades de regulação, e qual o modelo do regime de responsabilização da pessoa jurídica a ser adotado? Afinal, como esse sistema deve se estruturar para atingir seus objetivos e finalidades?

Considerando-se medida essencial da política sancionatória contemporânea a responsabilidade da pessoa jurídica, diante da relevância das atividades assumidas pelas empresas, especialmente na prática de atos ilícitos contra a ordem econômica e o meio ambiente, passa-se a expor a evolução teórica que culminou na admissão da responsabilização da pessoa jurídica.

Assim, o segundo eixo do trabalho, composto pelos capítulos 3, 4 e 5, além de traçar os pressupostos teóricos que construíram no âmbito do direito penal o conceito de empresa culpável, expõe de que forma a aproximação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador permite construir uma razão própria de culpabilidade da empresa no processo sancionador. Desse modo, pode-se afirmar que o segundo eixo é estruturante e fundamental para o trabalho na medida em que busca responder a indagações fundamentais para a compreensão do estado da arte sobre a culpabilidade corporativa e sobre a possibilidade de criação de uma teoria própria para o direito administrativo sancionador, ao passo em que pretende responder a questões ainda inconclusivas para o direito brasileiro, como por exemplo, como estabelecer a responsabilização da pessoa jurídica? Ela deve ser punida pelas ações praticadas por seus dirigentes ou funcionários? O vício do modelo chamado de heterorresponsabilidade está na dependência da identificação do atuar de uma determinada pessoa física, a partir da qual se realiza a transferência da responsabilidade à pessoa jurídica? Os modelos de heterorresponsabilidade estão sendo superados pelo modelo da autorresponsabilidade?

À essas perguntas pretende dar resposta o segundo eixo do trabalho, visto que no contexto da análise da responsabilidade das pessoas jurídicas, considera-se a ação realizada por indivíduos como legalmente atribuída à pessoa jurídica quando decorre das atividades empresariais ou de sua estrutura organizacional, o que justifica, conforme desenvolvido no trabalho, recorrer ao sistema criminal. Por decorrência lógica, a participação das pessoas físicas não é mais um requisito absoluto para a responsabilização da pessoa jurídica, mas apenas um pressuposto necessário, visto que a base da responsabilidade da pessoa jurídica reside na sua própria estrutura interna, quando esta viola os deveres empresariais frente às expectativas sociais. Assim sendo, a inadequação ou falha na organização mostrar-se-ia mais que suficiente para fundamentar a responsabilização da pessoa jurídica, uma vez que a negligência nas obrigações de autorregulação coloca em perigo bens jurídicos. Portanto, a deficiência na organização se torna intrinsecamente uma violação, transformando essa falha em crime por si só.

Outra perspectiva sugere que a deficiência na organização surge de uma cultura de desrespeito à lei dentro da empresa, alimentando a não conformidade com a legalidade, mas que poderia ser corrigida por meio de programas eficazes de prevenção e controle de riscos empresariais. A dificuldade desse modelo reside na definição dos padrões de comportamento que permitiriam à pessoa jurídica operar dentro dos limites do risco permitido.

Diante dessas dificuldades, o modelo de autorresponsabilidade e o critério da falha na organização para fundamentar a imputação de culpabilidade própria se mostram necessários do ponto de vista político-sancionatório, dada a complexidade das organizações e seu papel econômico-social, que facilitam a criação de riscos aos bens jurídicos, existindo uma ação desprovida de motivações subjetivas, como vontade e consciência, que se identifica com a coletividade da qual emerge, sendo o resultado da liberdade de realizar atividades em conformidade com o Direito, mantendo estruturas internas que evitem a produção de riscos proibidos. Não é apenas a falha na organização que importa, mas sim o fato de que essa falha, contrária ao ordenamento jurídico, é a causa do dano ou perigo aos bens jurídicos protegidos pela lei.

O ilícito não reside apenas na deficiência da organização, mas na produção de um resultado legalmente relevante, favorecido pela falha na organização da empresa. Portanto, a

lesão ou perigo aos bens jurídicos deve ser resultado do risco proibido decorrente da falha na organização¹.

Em razão disso, buscou-se demonstrar como a discussão sobre a responsabilização das pessoas jurídicas se enquadra nesse contexto, chegando à conclusão de que a doutrina nacional tem dedicado poucos esforços para pensar de forma institucionalmente criativa sobre a melhor maneira de lidar com a responsabilização por atos cometidos por entidades coletivas².

Assim, em razão da existência de distintas formas de configurar um modelo de responsabilidade corporativa, que podem variar em termos de área do Direito, critérios de imputação e tipos de sanções, mostrou-se de extrema relevância analisar, no capítulo 5, as regras de imputação de cada uma das esferas do Direito que poderiam regular o comportamento da pessoa jurídica, de forma a verificar, com base em seus diferentes procedimentos e requisitos internos de responsabilização, quais são os pontos fundamentais a serem observados pelos formuladores de políticas públicas quando da escolha do melhor desenho regulatório para os problemas em questão.

De antemão, pode-se afirmar que o cenário encontrado remonta ao conceito abordado no início da tese de “irresponsabilidade organizada”, visto que não foi encontrado um sentido racionalizante nos distintos processos administrativos sancionadores. Se, por um lado, verificou-se que a responsabilidade objetiva da empresa é regra no direito brasileiro, por outro foi possível demonstrar um cenário de alterações significativas daquilo que entende por responsabilização administrativa e por culpabilidade corporativa, sendo a seara ambiental o que se intitulou de divisor de águas, visto que dela decorre o reconhecimento expresso da natureza subjetiva da responsabilidade administrativa por infrações ambientais.

¹ A ligação entre as ações das pessoas físicas e a empresa está no fato de que a conduta individual realiza e atualiza a falha na organização, sendo parte integrante do ente coletivo. Somente quando a deficiência na organização é responsável por uma conduta típica, a empresa pode ser responsabilizada. A culpabilidade, por sua vez, consiste na reprovação do grau de deficiência na organização que gera riscos indevidos. Ela determina o nível adequado de punição, ou seja, a reprovação pelo uso inadequado da liberdade de organização, que resulta em ameaça ou lesão aos bens jurídicos.

² O debate sobre a responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas tem se concentrado principalmente na constitucionalidade desse instituto e em sua compatibilidade com os princípios de ação e culpabilidade que estruturam o conceito de crime. Pouca atenção tem sido dada à discussão prospectiva sobre as melhores formas de responsabilizar as pessoas jurídicas por atos ilícitos e às diferentes possibilidades de responsabilização.

Desse modo, sem olvidar que o adequado manejo da sanção constitui medida de indubitável importância para o sucesso de um modelo regulatório e que ela constitui elo fundamental na engrenagem de instrumentos, incentivos e consequências esperadas de uma abordagem regulatória responsiva, a prerrogativa do regulador de instaurar processo sancionatório, quando indevidamente utilizada, pode acabar provocando um efeito reverso em seu objetivo de indução de conformidade e gerar a instalação de um sistema perverso de incentivos invertidos, o qual pode se tornar flagrantemente contraproducente e atentatório ao interesse público.

Partindo de tal diagnóstico de reconhecimento da culpabilidade corporativa e do contexto teórico delineado ao longo do trabalho, o último eixo e capítulo possui relevância fundamental para a evolução, problematização e, principalmente, proposição de medidas adequadas para a construção de um modelo sancionatório e regulatório eficaz e eficiente, apto a responder às demandas de dissuasão e enfrentamento do ilícito corporativo, sob os pilares do reconhecimento do comportamento corporativo e, conforme disposto, do estabelecimento de uma norma geral que preveja e estruture a regulação administrativa do comportamento corporativo.

Conclui-se, portanto, que se o modelo regulatório não permitir que o regulador exerça uma postura que valorize e incentive os incentivos intrínsecos dos regulados, impondo-lhe a obrigação de agir sempre da mesma forma, independentemente das intenções e condições do regulado, dos efeitos do ato praticado, das prioridades de fiscalização ou das estratégias regulatórias que reputa efetivas, ainda quando evidencie que o caminho do processamento e da sanção não levarão à concretização do interesse público, tal modelo estará, na verdade, retirando do regulador a sua capacidade de regular e inviabilizando, por consequência, o próprio exercício da regulação e, em última análise, a consecução do fim maior almejado em qualquer processo regulatório que é a proteção do bem jurídico tutelado e a realização dos direitos fundamentais que visa resguardar.

Assim sendo, a tese busca não apenas traçar um diagnóstico histórico, tampouco traçar as linhas da falta de harmonia sistêmica no direito brasileiro, mas propor, a partir da adequada regulação responsiva, um modelo de uniformização e racionalização das regras que disciplinam o direito administrativo sancionador brasileiro.

1. REGULAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONFORMAÇÃO DE CONDUTAS

O conceito de regulação é polissêmico e complexo, uma vez que, sendo objeto de intensos estudos e debates no âmbito do Direito, Economia e Ciência Política, detém diversos significados a depender do ramo do conhecimento científico que o utiliza, não havendo, pois, uma definição única para o termo (MORGAN & YEUNG, 2007).

O conceito de regulação se sujeita a uma pluralidade de visões de mundo, construídas em diferentes momentos da história recente, o que dificulta em muito a tarefa de buscar uniformidade ou consenso sobre sua definição, sendo concebido, portanto, como um fenômeno multifacetário. (BLACK, 2002)

No léxico, “regular” é o ato ou efeito de controlar uma atividade ou processo por meio de regras. Na economia, no entanto, o conceito de regulação tomou matiz próprio ao ser associado, a partir do final do século XIX, à atividade estatal voltada a suprir e corrigir as falhas e ineficiências do mercado para que os objetivos públicos sejam alcançados. A partir dessa noção mais restritiva sobre o fenômeno, o significado de regulação foi difundido como conjunto de atos de controle e direção do Estado, consubstanciados em normas legais e outras medidas de comando e controle dirigidas à intervenção pública sobre o mercado, mediante imposição de padrões e comportamentos aos particulares e agentes econômicos, bem como de ameaças de sanções. (ARANHA M. I., 2021, p. 39)³

³ Essa noção da regulação como instrumento de intervenção do Estado nas atividades privadas com o objetivo de alcançar a eficiência econômica do mercado compõe o pano de fundo de todo o debate que orientou o desenvolvimento da chamada teoria econômica da regulação, geralmente dividida em duas grandes correntes: a teoria do interesse público e a teoria do interesse privado. A teoria do interesse público pressupõe a existência de sistemas de economias coletivas, onde a presença de falhas no funcionamento dos mercados, não corrigidas pela via do direito privado, demandam intervenção regulatória para garantia de eficiência econômica em favor do interesse público. Já a teoria do interesse privado, conhecida como teoria da *Public Choice*, que emerge na década de 1970, a regulação provoca ineficiência econômica, pois resulta de pressões de grupos de interesse privado, que capturam os reguladores e subvertem sua atuação para atender a interesses dos próprios regulados em detrimento dos objetivos. Tal diferença de concepção entre os objetivos da regulação implica que diferentes reguladores podem se justificar e perseguir diferentes finalidades regulatórias, o que repercute diretamente nas escolhas que fazem. (OGUS, 2004)

Já a abordagem jurídica da regulação é mais abrangente que a econômica e, embora não a despreze, também não se restringe ao espaço da atividade econômica. Isso porque, conquanto não se possa deixar de reconhecer que é na atividade econômica que a regulação se manifesta de modo mais visível e concreto, a regulação apresenta-se, enquanto regime jurídico, como um conjunto de disposições normativas e administrativas que, a partir do reconhecimento e compreensão dos códigos regulatórios internos próprios do sistema sobre o qual se debruçam, influenciam, conformam, condicionam, controlam o ambiente regulado e sua dinâmica de funcionamento como um todo. (ARANHA M. I., 2021).

Assim, de forma sintética, a regulação pode ser definida como atividade de conformação de comportamentos e adequação de condutas de particulares a regras e padrões estabelecidos, de maneira que objetivos públicos sejam alcançados (COGLIANESE & LAZER, 2003) (SUNSTEIN, 1993).

A ação regulatória pode intervir em uma das três etapas das atividades de qualquer organização: planejamento, execução ou no produto ou resultado gerado, que podem consistir em bens públicos ou privados e gerar externalidades positivas ou negativas que afetam a sociedade. A regulação se faz necessária porque os atores privados tendem a maximizar seus próprios interesses e a subproduzir bens públicos. (LEVI-FAUAR, 2011) (COGLIANESE & LAZER, 2003)

Não obstante a vasta gama dos termos utilizados para descrever atividade regulatória, há características comuns que os identificam e possibilitam a sua análise sistemática e comparativa. Em termos gerais, são quatro os elementos essenciais presentes em todos os modelos regulatórios: o regulador, que cria e aplica a regra; o sujeito a quem o comando⁴ é

⁴ O comando regulatório refere-se ao que o regulador instrui o regulado a fazer ou a se abster de fazer. Os comandos podem especificar meios ou fins - como padrões de tecnologia ou de desempenho, ordenar ou proibir uma conduta ou exigir a implementação de uma medida específica ou a obtenção de determinados resultados. o regulador pode conferir total discricionariedade à atuação dos agentes regulados ou pode estabelecer regulamentos que limitem essa discricionariedade, obrigando por meio de sanção, ou induzindo mediante estímulos, que os regulados adequem seus interesses aos interesses da sociedade em geral (COGLIANESE & MENDELSON, 2010). Modelos de regulação, em que a definição de padrões uniformes se mostra a estratégica regulatória mais adequada, pressupõem conhecimento especializado do regulador que o habilite a definir os parâmetros, metas e objetivos regulatórios, bem como a supervisionar o seu atendimento. (COGLIANESE & LAZER, 2003).

dirigido e sobre quem são impostas as consequências do descumprimento das regras⁵; o comando, conteúdo emitido pelo regulador; e as consequências do descumprimento, pelo regulado, do comando exarado pelo regulador. (COGLIANESE & NASH, 2009)

Note-se que, embora a visão tradicional de regulação atribua exclusivamente ao Estado o papel de regulador, há muito se reconhece que essa função pode ser desempenhada, inclusive, em alguns casos, com mais eficácia, por atores não governamentais, como entidades profissionais, associativas, da sociedade civil, do mercado, as quais podem ou não exercer seu papel regulador em coordenação ou sob supervisão estatal (COGLIANESE & MENDELSON, 2010), conforme abordar-se-á em tópicos específicos deste trabalho, que tratam da crise do Estado Regulador e dos modernos arranjos regulatórios. Nesse sentido, predomina na literatura contemporânea (BALDWIN, CAVE, & LODGE, 2012); (LODGE & WEGRICH, 2012); (BLACK J. , 2002) uma noção mais abrangente acerca da regulação, denominada de regulação descentralizada (BLACK J. , 2001), que a conceitua a regulação como a tentativa sustentada e focada de alterar o comportamento de terceiros a partir da definição de padrões comportamentais ou de um propósito específico, com a intenção de produzir determinados resultados, o que pode envolver o uso, por diferentes atores, de mecanismos híbridos e multifacetados, que estabeleçam regras, colem informações e alterem comportamentos.

Ou seja, se é certo que a regulação se vale do estabelecimento de regras e padrões para influenciar e conformar comportamentos e alinhá-los aos objetivos regulatórios perseguidos, tais regras e padrões, no entanto, podem advir de entes estatais ou de outros atores ou, ainda, serem frutos das regras do jogo (NORTH, 1990) ou de mecanismos de mercado ou de controle social, assim como podem se revestir de caráter formal ou informal e gozarem ou não de força legal (BLACK J. , 2001, p. 12).

Nesse sentido, a regulação pode ser entendida de três formas: como conjunto específico de comandos, envolvendo a promulgação de regras vinculantes a serem aplicadas

⁵ As consequências do comando regulatório podem variar entre consequências negativas, como multas ou sanções por descumprimento, e consequências positivas, como a concessão de subsídios, isenções ou outro tipo de recompensa pelo cumprimento. Quando não são previstas quaisquer consequências para casos de descumprimento, o modelo regulatório é considerado de padrão voluntário, uma vez que o regulado goza de liberdade para conformar ou não o seu comportamento à regra estabelecida. (COGLIANESE & NASH, 2009)

por um órgão específico; como influência estatal intencional, adquirindo um sentido mais amplo e envolvendo ações estatais designadas a influenciar negócios ou comportamentos; e como toda forma de influência social ou econômica, envolvendo todos os mecanismos capazes de afetar comportamentos, incluindo-se a autorregulação decorrente de mandato legal ou até autorregulação voluntária totalmente autônoma. Assim, a regulação se assemelharia mais a um processo realizado por mais de uma entidade, algo dinâmico e contínuo. (BALDWIN, CAVE, & LODGE, 2012)

Por isso, se diz que a regulação, em sua acepção mais fundamental, constitui o processo de orientação e reorientação permanente da conduta dos atores regulados, por meio da retroalimentação contínua do planejamento, gerenciamento e supervisão conjuntural da atividade ou realidade objeto da regulação, de modo que o comportamento dos regulados se adeque tanto quanto possível ao ideal visado (ARANHA M. I., 2021, pp. 37-38).

Definido o conceito de regulação para o Direito, faz-se necessário, todavia, deslindar ainda as razões jurídicas que requerem e justificam a atividade regulatória. Como visto, embora os argumentos de cunho econômico, político ou sociológico muitas vezes ainda prevaleçam na literatura como motivações aptas a legitimar a regulação, tendo sido elaboradas diversas teorias⁶ nas últimas décadas dedicadas à compreensão e prescrição do fenômeno, do

⁶ Conforme leciona o Professor Márcio Aranha em sua obra magistral sobre Direito Regulatório (ARANHA M. I., 2021, pp. 60-62), “diversas são hoje as teorias econômicas e de ciência política sobre a regulação (LEVI-FAUAR, 2011; Ogus & Veljanovski, 1984). Por sua vez, algumas teorias jurídicas são de caráter substantivo, ao orientarem a regulação rumo a valores que as justificam, tais como, aos direitos fundamentais, assim entendidos como direitos institucionalizados, ou aos cânones interpretativos derivados de princípios do Estado Regulador na mediação entre regulação e representação democrática para administração do risco social inscrito nos direitos do consumidor, na proteção do meio ambiente, na saúde do trabalhador (Sunstein, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, 1993). Outras teorias detêm caráter procedimental ao indicarem a forma de regular, independentemente dos valores a serem protegidos ou afastando-os dos holofotes, segundo estratégias de desenho regulatório ou de interação com a cultura de negócios regulados. Tais teorias configuram-se em espécies de teorias procedimentais da regulação, tais como, a regulação ordenadora e criminalizadora (KELSEN, 1992; KELSEN, 2003; WEBER, 1957), também chamada de comando e controle, a regulação como forma jurídica de engenharia social (Ogus A. I., 1983), a teoria da regulação inteligente (GUNNINGHAM & GRABOSKY, 1998), as teorias sistêmicas de regulação, sejam elas autopoieticas ou não, como é o caso, respectivamente, da teoria do trilema regulatório (TEUBNER, 1986) e da teoria da regulação responsiva (BRAITHWAITE J. , 1982; BRAITHWAITE J. , 1985; BRAITHWAITE J. , 1989; AYRES & BRAITHWAITE, 1992; BRAITHWAITE J. , 2002; BRAITHWAITE J. , 2006), e, finalmente, a teoria que bebe da própria construção jurídica do fenômeno processual de direito público: a teoria processual administrativa da regulação (CROLEY, 2008). Algumas delas estarão mais inclinadas a incorporar métodos de governança.”

ponto de vista do Direito o que justifica a atividade regulatória do Estado só pode ser uma: a proteção de direitos.

Nesse sentido, embora a regulação continue sendo recorrentemente concebida sob uma perspectiva restritiva como atividade que conforma comportamentos a fim de evitar a ocorrência de condutas ou situações econômica ou socialmente indesejáveis, seu fundamento e, por conseguinte, o fundamento do direito regulatório como um todo, não provém apenas da necessidade de preservação do mercado, da concorrência, dos preços, da proteção dos direitos dos consumidores ou, ainda, da prevenção à prática de ilícitos. Embora, por óbvio, a regulação encerre também todos esses objetivos, o seu fundamento central é a promoção e proteção de direitos fundamentais. (ARANHA M. I., 2021, pp. 10-11)

As implicações políticas, econômicas ou sociológicas da regulação são, decerto, relevantes, mas em um segundo nível de análise sobre as técnicas e mecanismos regulatórios apropriados à solução de determinado problema. A ponderação dos efeitos de uma estratégia regulatória frente às suas consequências sobre direitos, repercussões econômicas e políticas públicas ocorrem após solucionado o pressuposto jurídico da regulação, que tem na proteção de direitos fundamentais a justificativa do ato de regular⁷.

Posto isso, resta analisar como a regulação se manifesta. Enquanto fenômeno, a regulação é multifacetada, podendo envolver a promulgação de regras prescritivas, o monitoramento e a imposição dessas regras por atores governamentais, sociais e empresariais em relação a outros atores governamentais, sociais e empresariais em diversas atividades. Sob essa visão, a regulação engloba todas as etapas do processo de atuação do regulador em relação ao regulado, no qual aquele elabora as regras (*rule making*), monitora, fiscaliza e impõe (*enforcement*) o cumprimento dessas regras pelos regulados (LEVI-FAUAR, 2011).

⁷ “O pressuposto do Estado Regulador, portanto, é a compreensão da intervenção estatal como garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais, sejam elas prestações de serviços públicos ou privados, sobre as quais se aplica a insígnia da regulação, ou sejam elas outros tipos de atividades, tais como o exercício do poder de polícia, atividades de fomento e prestações positivas tradicionais de índole concreta e normativa.” (ARANHA M. I., 2021, pp. 10-11)

Para se compreender, no entanto, como esse processo regulatório se desenvolve na prática, é preciso valer-se das lentes fornecidas pelas diferentes teorias jurídicas da regulação, situando cada qual em meio aos conceitos de técnicas – também denominadas de ferramentas, instrumentos ou mecanismos, de modalidade e de estratégias regulatórias. Ressalve-se, de saída, que não há consenso ou uniformidade na doutrina acerca do significado de cada termo. Parte da literatura regulatória, por exemplo, toma como sinônimos os termos estratégias e técnicas regulatórias, ao mesmo tempo que utiliza o termo estratégias no plural para representar um conjunto de diferentes técnicas capazes de alcançar um resultado regulatório ótimo (BRAITHWAITE J. , 1982, p. 146). Por outro lado, à exceção de teorias regulatórias de matiz institucionalista, a doutrina utiliza de forma assistemática os termos instrumentos e técnicas, resumindo-se a mencionar a combinação de instrumentos e técnicas regulatórias como espécies de abordagens regulatórias apoiadas em opções preordenadas disponíveis (ARANHA M. I., 2021, pp. 69-70).

Analisando-se primeiramente o conceito de teoria regulatória – utilizado muitas vezes como sinônimo de modelo regulatório – observa-se que esse é comumente apreendido como representação de formulação coerente de técnicas, estratégias e modalidades regulatórias propostas com o intuito de incidir-se sobre determinada realidade a ser regulada. A teoria regulatória leva em consideração, então, as opções de técnicas existentes e disponíveis no ordenamento jurídico para traçar estratégias regulatórias em consonância com a modalidade regulatória adotada. (ARANHA M. I., 2021).

As técnicas regulatórias diferem da teoria regulatória, pois esta implica a ordenação daquelas funcionalmente. Técnicas – ou ferramentas, instrumentos, mecanismos regulatórios – são meios de que o Estado lança mão com a finalidade de influenciar o comportamento dos agentes regulados para o alcance dos objetivos inscritos em políticas públicas. Tais meios, sob o enfoque jurídico, consistem em institutos de direito público ou de direito privado, enquanto cristalizações de cultura jurídica estabilizadas no ordenamento jurídico e na prática institucional de um país. (MORGAN & YEUNG, 2007, pp. 313-322) Em outras palavras, as técnicas regulatórias devem ser compreendidas como regras impostas pelo regulador, estatal ou não, e podem consubstanciar padrões ou comandos que declaram o que é proibido e o que é esperado

do comportamento do regulado em prol de objetivos públicos. (LODGE & WEGRICH, 2012, p. 48)⁸.

Conceito distinto possui a estratégia regulatória: essa se caracteriza pela integração de diferentes técnicas – ou ferramentas, instrumentos, mecanismos regulatórios – com vistas à conformação do comportamento dos regulados. Enquanto as técnicas regulatórias podem ser adotadas de forma isolada ou conjunta sem exigir do regulador maiores preocupações com sua coordenação e direção sistêmica, as estratégias regulatórias representam um esforço de modelagem, mediante concatenação das técnicas utilizadas. O regulador, nesse caso, precisa definir a forma com que pretende influenciar e assegurar o cumprimento das regras e padrões e o alcance dos objetivos públicos idealizados (LODGE e WEGRICH, 2012, p. 76).

Desse modo, o delineamento de uma estratégia regulatória implica, mais do que possuir uma caixa de ferramentas diversificada à disposição, conhecer a utilidade de seus utensílios para saber exatamente onde, quando, como e com quem utilizá-los⁹. As escolhas

⁸ Tais regras são classificadas de diferentes formas pela doutrina, segundo a abordagem utilizada pelo regulador com vistas à obtenção da conformidade. Morgan e Yeung as classifica, por exemplo, em cinco classes: comando, competição/incentivo, consenso, comunicação e codificação. (MORGAN & YEUNG, 2007, p. 80); Em Lodge e Wegrich, as ferramentas também são classificadas a partir de sua influência no comportamento dos regulados, mas aqui são separadas em clássicas, fundadas em mecanismos de comando e controle, e alternativas, que se subdividem em quatro grupos: as baseadas em variantes dos mecanismos de comando controle; em mecanismos de *self-regulation*; em mecanismos de mercado e incentivo econômico; e na arquitetura de estruturas e aparelhos capazes de direcionar comportamentos. (LODGE & WEGRICH, 2012, pp. 96-100). Já Baldwin, Cave e Lodge classificam as ferramentas regulatórias considerando as formas que o Estado possui para influenciar a atividade regulada. Nesse sentido argumentam que as ferramentas são usadas para comandar, para desenvolver riqueza, para estimular as forças dos mercados, para informar, para agir diretamente e para conferir direitos e responsabilidades (BALDWIN, CAVE, & LODGE, 2012, pp. 105-106). Apesar de existirem pequenas variações, as três formas de classificação apresentadas são construídas a partir da análise das racionalidades utilizadas pelo regulador para influenciar o comportamento dos regulados.

⁹ Nesse sentido, advoga a OCDE que “mesmo o cumprimento total de uma regra específica não resultará na realização dos objetivos regulatórios se o desenho subjacente da regra for falho. A adesão escrava aos detalhes regulatórios por parte do grupo-alvo não alcançará os objetivos regulatórios se o formulador de políticas não escolher os instrumentos políticos apropriados. A abordagem regulatória tradicional de estabelecer padrões de comportamento e mecanismos de aplicação legal não é o único meio para os governos influenciarem o comportamento de cidadãos e empresas e pode não ser o mais eficaz. Para atingir os objetivos regulatórios, os formuladores de políticas regulatórias precisam de uma compreensão clara da natureza dos diferentes instrumentos de política, dos hábitos do grupo alvo regulado e do contexto regulatório, para atingir os objetivos regulatórios. (OECD, 2000)

regulatórias precisam ser, portanto, essencialmente estratégicas, sob pena de insucesso da regulação (ARANHA M. I., 2021, pp. 69-70).¹⁰

É como um complexo e dinâmico jogo em que os movimentos e ações de cada jogador precisam ser estudados, planejados e coordenados de forma estratégica, levando-se em consideração as muitas variáveis condicionantes do comportamento dos diferentes jogadores em um contexto em que a lei é imperfeita, o enforcement e compliance são custosos, os recursos são limitados, o regulador possui discricionariedade, suas escolhas produzem vencedores e perdedores – o que suscita conflitos –, bem como dependem de processos legais e políticos (BALDWIN, CAVE, & LODGE, 2012, p. 91). Por isso, as melhores estratégias regulatórias costumam consistir na combinação de técnicas que ofereçam abordagem mista de *enforcement* regulatório, que conciliem medidas de controle e dissuasão com medidas de cooperação e persuasão (LODGE & WEGRICH, 2012, p. 157), (ODED, 2013, pp. 71-79), (LODGE & WEGRICH, 2012, pp. 80-91).

Por fim, conceito distinto de teoria, de técnica e de estratégia regulatória é o de forma, modo ou modalidade regulatória, o qual envolve a compreensão do funcionamento da engrenagem regulatória e da natureza do sistema controlado. Embora não haja também neste caso uniformidade conceitual e terminológica, a classificação mais usual é a que admite entre as formas de regulação as seguintes: autorregulação, metarregulação e heterorregulação, ou ainda, em modalidades específicas de regular baseadas em risco (*risk-based regulation*), gestão (*management-based regulation*), performance (*performance-based regulation*), redes (governança nodal), transparência e accountability (tripartismo regulatório), corregulação (e.g. *enforced self-regulation*), mecanismos de mercado (*market-based regulation*), desregulação (voluntarismo regulatório), autorregulação, ou ordenação estatal (comando e controle). (MORGAN & YEUNG, 2007, pp. 79-113); (ARANHA M. I., 2021, p. 71)

¹⁰ Não sem razão Julia Black identifica as estratégias regulatórias como um dos sete elementos inescapáveis ao entendimento de seu conceito de regulação. Segundo a autora, a inclusão desse elemento estratégico deriva da percepção dos insucessos do fenômeno regulatório e das falhas nos diagnósticos oferecidos pelas diferentes teorias que o explicam. (BLACK J. , 2001, p. 111)

Constata-se, portanto, que “o regulador ideal é um integrador de técnicas regulatórias” (ARANHA M. I., 2021, pp. 74-75), o qual, à luz dos princípios que fundamentam a teoria regulatória eleita como inspiração, se vale das técnicas disponíveis no ordenamento jurídico e do conhecimento e das informações coletadas sobre o ambiente e atividade regulada, para conceber a estratégia regulatória mais adequada e definir a modalidade regulatória mais indicada ao caso concreto para que, ao fim e ao cabo, a finalidade que juridicamente justifica a regulação – qual seja, a promoção e proteção de direitos fundamentais – seja alcançada.

Superada a análise conceitual proposta, vale registrar que, no Brasil, o termo “regulação” é associado com muita frequência, de forma restritiva, à intervenção do Estado na atividade econômica¹¹, inclusive sendo utilizado na própria Constituição Federal de 1988 nesse sentido. O termo “regulação” também é utilizado de modo controverso pela doutrina como sinônimo de regulamentação¹², bem como de poder de polícia¹³.

¹¹ Nesse sentido: “a regulação é - isso, sim - característica de certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica” (SUNDFELD, 2000, p. 25); “a acepção que se pretende atribuir ao termo “regulação”, a fim de se estudar as concepções a seu respeito que têm influenciado o sistema brasileiro, é bastante e propositadamente ampla. Engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia. A concepção ampla justifica-se pelas mesmas razões invocadas acima. Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quanto concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização - impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo. [...] No campo econômico, a utilização do conceito de regulação é a correspondência necessária de dois fenômenos. Em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na economia, e em segundo o crescimento do movimento de concentração econômica”. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 21); “a regulação atua em três searas: “(a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição, como forma de assegurar a livre concorrência no setor privado e, no caso de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o seu direcionamento na senda deste; e (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo” (ARAGÃO, 2013, pp. 26-27).

¹² “A utilização do vocábulo “regulação” não é casual; não pode ser substituído por “regulamentação”. Na terminologia consagrada entre nós, a expressão “regulamentação” corresponde ao desempenho de função normativa infra-ordenada, pela qual se detalham as condições de aplicação de uma norma de cunho abstrato e geral, tal como dispõe o Art. 84, IV, da Constituição. O conceito de regulação é muito mais amplo e qualitativamente distinto. Eventualmente, a regulação pode se traduzir em atos de regulamentação”. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 648)

¹³ Há um amplo debate na literatura acerca da diferenciação entre regulação e poder de polícia. Tradicionalmente, o poder de polícia é conceituado pela doutrina administrativista como imposição de restrições e encargos sobre pessoas e bens. Nesse sentido, para Hely Lopes Meirelles, o poder de polícia consiste na faculdade de que dispõe a administração pública para condicionar e restringir o uso de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado de forma a restringir abusos do direito individual (MEIRELLES, 1998, p. 146). Para Di Pietro, poder de polícia é a “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos

Independente do acepção atribuída ao termo, o fato é que o debate acerca da regulação ganhou força e se disseminou no Brasil no contexto da reforma do Estado, sobretudo a partir do processo de privatização de empresas estatais iniciado na década de 1990 e do seu conseqüente movimento de concessões de serviços públicos, que passou a exigir o acompanhamento estatal das atividades concedidas a empresas privadas, a fim de garantir a universalização e adequada prestação dos serviços aos usuários e o equilíbrio concorrencial. Esse novo modelo de intervenção do Estado na economia, de forma não mais direta, como produtor e provedor de bens e serviços, mas indireta, como supervisor das atividades privatizadas, forjou a estruturação do chamado Estado Regulador, que passa a atuar por meio de órgãos e agências reguladoras. (DI PIETRO, 2011, p. 177)

Com isso, assiste-se à transformação do Estado-Prestador a um Estado-Regulador dos serviços públicos e das atividades econômicas desempenhadas pelos particulares “dotadas de um certo valor social” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 29). A intervenção estatal direta é restringida, mas amplia-se a regulação impositiva que condiciona e muitas vezes limita a atuação dos particulares, a qual se torna, em certa medida, instrumento de realização de fins públicos específicos. Nesse contexto, a regulação do Estado orienta-se no sentido de “imprimir à atividade privada a realização de objetivos compatíveis e necessários ao bem comum” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 30).

individuais em benefício do interesse público”. (DI PIETRO, 2011, p. 124). Já segundo Sundfeld, “a noção tradicional de poder de polícia pode presumir, ainda que indevidamente, a existência de poderes não previstos em lei, mas supostos na competência para cuidar da boa ordem da coisa pública”. Por isso, deveria ser substituída pela noção de “Direito administrativo ordenador” significando “parcela da função administrativa desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplina, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo que lhe é próprio”. (SUNDFELD C. A., 2003, p. 11). Depreende-se, pois, que, embora se reconheça no poder de polícia a ancestralidade da regulação, há muito a distinção entre essas duas espécies de atuação estatal é largamente propalada pela doutrina, que leciona não haver identidade total entre as duas noções: não obstante os conceitos exibam uma grande zona de interseção – na medida em que a regulação se vale dos instrumentos da polícia administrativa para realizar seus fins –, trata-se de campos com escopos distintos e inconfundíveis. Ou seja, há, sem dúvida, uma aproximação entre regulação e poder de polícia, mas se trata de atividades distintas, que não se confundem. Embora ambas possam se valer de sistemas de incentivos para a indução de comportamentos – adotando, de um lado, desestímulos a condutas indesejáveis, lastreados em sanções de natureza punitiva (penas ou medidas restritivas de direitos); de outro lado, estímulos a condutas desejáveis, fundados em sanções de natureza premial (prêmios ou medidas ampliativas de direitos) – o poder de polícia tem por finalidade punir o infrator pela violação da norma de modo a impor-lhe medida aflictiva pelo descumprimento das conformações jurídicas e desincentivá-lo, assim como aos demais, a praticar novas infrações.

Portanto, a compreensão contemporânea da doutrina pátria acerca da regulação caminha no sentido de considerá-la não como forma de subtração do papel do Estado como ordenador da economia, tampouco de sua retirada da prestação de serviços públicos, mas evidencia uma mudança de paradigma em que instrumentos de intervenção direta na ordem econômica são substituídos ou complementados por mecanismos de intervenção indireta. Assim, não há que se falar em enfraquecimento do papel do Estado, mas em um fortalecimento de sua atuação: se a ordem anterior se justificava pelo conflito entre interesses públicos e privados, a moderna regulação busca articular e harmonizar esses interesses, tarefa que exige mediação e interlocução com o regulado (MARQUES NETO, 2009, pp. 31-33), influenciar os particulares a realizar os fins necessários ao bem-comum, bem como não apenas atenuar ou eliminar falhas do mercado – consoante preceitua a visão clássica de regulação, mas também perseguir valores de natureza política e social, dada a relevância dos interesses coletivos envolvidos. (JUSTEN FILHO, 2002, pp. 24-25).

Desse modo, a regulação é definida, hodiernamente, de forma bastante mais abrangente pelos administrativos brasileiros como sendo a atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2014, p. 648) ou como o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis (ARAGÃO, 2013, p. 40), sendo que a própria noção de interesse público a fundamentar a atuação estatal também é ressignificada para se referir não mais aos interesses da Administração Pública, mas aos interesses concretos dos cidadãos (DI PIETRO, 2004, p. 21).

1.1 O tradicional modelo regulatório de comando e controle e a sanção como seu principal instrumento de conformação de condutas

A utilização da sanção como mecanismo de *enforcement* e obtenção de conformidade e, por conseguinte, de sustentação do ordenamento jurídico, remonta à antiguidade e foi por séculos, sendo até os dias atuais, considerada como forma de reafirmação do caráter deôntico do Direito, por meio da qual sua força coercitiva e validade se impõe¹⁴.

Nesse sentido, a estrutura da norma sancionatória, na clássica lição de Hans Kelsen, está baseada na ideia de que “[...] as ordens sociais a que chamamos Direito são ordens coativas da conduta humana. Exigem uma determinada conduta humana na medida em que liga a conduta oposta a um ato de coerção dirigido à pessoa que assim se conduz”. (KELSEN, 2000, p. 36). Em outras palavras, somente podem ser consideradas normas jurídicas, para o autor de Viena, as regras que prescrevem condutas, mas também sanções para as hipóteses de descumprimento do comando estatuído. Normas que não estabelecem consequência jurídica para a conduta oposta ao padrão prescrito, não possuem valor para o Direito e seu conteúdo é juridicamente irrelevante.

Desse modo, segundo a lógica cristalizada por Kelsen, “quando uma norma prescreve uma determinada conduta e uma segunda norma estatui uma sanção para a hipótese da não observância da primeira, estas duas normas estão essencialmente interligadas” (KELSEN, 2000, p. 61)¹⁵. Nessa estrutura, cabe à sanção, compreendida como consequência a uma ação contrária à conduta prescrita em norma, exatamente a função de garantir a eficácia do comando normativo e, em última análise, do próprio Direito. Complementar à noção de

¹⁴ De fato, o ordenamento jurídico, para plenitude de sua efetividade na defesa e proteção de direitos, necessita lançar mão de sanções jurídicas, no regramento das condutas de pessoas físicas e jurídicas. A institucionalização de modelos sancionatórios é condição indispensável para resguardar os bens e interesses valiosos à forma de organização política do Estado. Nestes modelos, as sanções decorrem do processo de imputação de responsabilidade em razão da prática de ilícitos. (OLIVEIRA & GROTTI, 2020)

¹⁵ Em outras palavras, o que usualmente é denominado de sanção na doutrina e na legislação constitui, na concepção de Kelsen, conceito de sanção em sentido estrito, ou seja, a consequência (negativa) de um ato ilícito. A doutrina de Kelsen acerca da norma jurídica ensina que há uma dúplici estrutura formada por uma norma primária e outra secundária, sendo que a primária determina a prática de uma determinada conduta e a secundária prescreve uma sanção. Por isso que se concebe que essas duas espécies de preceitos estão intimamente interligadas, garantindo a eficácia da norma comportamental.

sanção é a de responsabilidade: responsável é aquele a quem é dirigida a sanção, pessoa que pode coincidir ou não com aquela que cometeu o ato ilícito (KELSEN, 2000, pp. 133-135).¹⁶

Note-se que, na esteira desse entendimento, a própria lógica do dever-ser demonstra a natureza coercitiva da norma, assim como a relação de imputação entre uma hipótese a sua consequência jurídica denota claramente a importância das sanções para o Direito. Ressalte-se que, mesmo filósofos modernos, como Habermas (HABERMAS J. , 2003) e Dworkin (DWORKIN, 2007), que formularam teorias que contestam o fato de a efetividade do Direito advir unicamente do caráter coativo da norma, não negam a importância da sanção para o Direito. Habermas, por exemplo, utiliza justamente o *ius puniendi* estatal para fundamentar uma de suas críticas à ponderação de valores de Robert Alexy. Para o autor, a diferença entre normas jurídicas e morais reside justamente na utilização do poder coercitivo estatal para o cumprimento das primeiras. Dito de outro modo, o Direito opera mediante ameaça de sanção devidamente positivada por parte do Estado, enquanto a moral não pode fazer uso desse aparato repressor (o que não impede que possua seus próprios mecanismos). Em sua concepção, portanto, a sanção pode ser definida, estruturalmente, como a consequência atribuída pela norma sancionadora, em decorrência da incidência da hipótese normativa (um ilícito, no caso de sanções punitivas e preventivas; a própria conduta que pretende ver-se reafirmada, no caso das sanções premiais; um dano, nas sanções indenizatórias; ou um ato ou fato que pode impedir a consecução de direitos, no caso das sanções cautelares). Tudo isso em prol de reforçar a eficácia da respectiva norma de conduta prevista pelo ordenamento (HABERMAS J. , 2003, pp. 315-316).

Desse modo, adota-se nesta tese a definição de sanção jurídica como sendo a consequência negativa atribuída à inobservância de um comportamento prescrito pela norma jurídica, que deve ser imposta pelos órgãos competentes, se necessário com a utilização de meios coercitivos. Ao estabelecer a sanção jurídica, atribui o legislador uma consequência

¹⁶ Posição semelhante é defendida por Norberto Bobbio, para quem a sanção deve ser compreendida como “o expediente através do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias” (BOBBIO, 2008, p. 153). Sob essa perspectiva, a sanção teria duas funções: de um lado, funciona como meio retributivo, punindo aqueles que desobedecem a normas de conduta e, de outro, protege a validade do comando legal.

negativa à prática do comportamento ilícito¹⁷, pretendendo com isto incentivar a observância das condutas prescritas. (MELLO, 2005)

Fixado o conceito de sanção, importa analisar a função que lhe é atribuída pelo Direito.

Originalmente, a sanção esteve muito associada à noção retributiva, como resposta punitiva do Direito dirigida concretamente a quem descumpre a prescrição normativa. Sob essa perspectiva, a sanção tem por objetivo primordial impor castigo ou aflição ao infrator, aplacando também o sentimento coletivo que demanda a correção de comportamentos socialmente indesejáveis. Posteriormente, a função da sanção foi ampliada para contemplar também um caráter inibitório e dissuasor, de efeitos gerais, de desestímulo à prática de ilícitos. Assim, além de visar corrigir o comportamento desconforme e reprimir individualmente infratores, a sanção passa a assumir também um caráter pedagógico.

Desse modo, a sanção possui, hodiernamente, além de uma finalidade punitiva, um objetivo preventivo e didático que visa a desincentivar de forma geral violações a normas jurídicas. Sem a sanção, os valores e bens jurídicos tutelados pelo Direito estariam permanentemente sujeitos a riscos de ofensa e lesão em virtude de ações deflagradas por aqueles não teriam que temer por qualquer reação ou consequência do ordenamento jurídico a seus atos. Por isso se diz que a sanção possui caráter multifuncional, uma vez que revela finalidades preventiva, repressiva e didática (VITTA, 2003, p. 65).

Se por um lado é certo que a categoria sanção encontra-se bem delineada pelos conceitos jurídicos-dogmáticos que lhe são atribuídos pela doutrina, por outro lado, todavia, esses, em sua maioria, não se mostram suficientes para recobrir todas as variáveis estruturantes

¹⁷ Registra-se que o conceito de ilícito é uma das mais genéricas de toda a ciência jurídica, em virtude de se espalhar por todos os ramos do Direito. Nesse sentido, adota-se neste trabalho, a definição de ilícito como conduta, comissiva ou omissiva, contrária ao ordenamento jurídico que, quando praticada, sujeita o seu agente a sanção. “Vê-se, portanto, que em razão desse traço de generalidade que o instituto da ilicitude carrega, é possível falar-se em tipos de ilícitos ou tipos de ilicitude para os mais variados ramos do direito, não havendo um conceito de ilícito inerente a este ou aquele ramo do Direito”. (VITTA, 2003, pp. 29-30)

do atual escopo da disciplina sancionatória. Nesse sentido, o conceito de sistema de responsabilização exsurge mais abrangente e adequado esta finalidade. Denomina-se sistema de responsabilidade o conjunto de normas jurídicas que estruturam, com coerência lógica, a existência de um esquema impositivo de determinadas consequências jurídicas contra o sujeito infrator e/ou responsável. Como sistema, o plexo de normas deve ser dotado de unidade e coerência em vista da finalidade normativa que o fundamenta e, como subconjunto normativo, sujeita-se à prévia conformação legal de suas estruturas às injunções principiológicas superiores – materiais e formais – contidas na Constituição. Este conceito de sistema de responsabilização é fundamental para compreensão de qualquer engrenagem estatal sancionatória. (OLIVEIRA & GROTTI, 2020)

Ocorre que a sanção, e com ela o respectivo sistema de responsabilidade, possui peculiaridades pertinentes a cada regime jurídico que os conforma, o que faz com que assumam formas típicas conforme o ramo jurídico em que se inserem. Nesse sentido, a doutrina costuma classificar as potestades sancionatórias, conforme o regime jurídico a elas aplicável, em sanções penais, civis e administrativas.

A sanção penal pode ser entendida como a consequência jurídica prevista na norma penal em face da prática de um crime (delito) ou de uma contravenção penal, imposta mediante procedimento jurisdicional. A sanção penal é a resposta do ordenamento jurídico ao comportamento humano indesejado, eis que causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.¹⁸ Assim, no direito penal, diferentemente do direito civil, a

¹⁸ Embora a teoria do bem jurídico tenha se originado e evoluído no âmbito do direito penal, a teoria é amplamente utilizada nos demais ramos do direito – máxime nos de natureza sancionatória, como o Administrativo Sancionador – como forma de se impor limites, principalmente, ao poder legiferante, obrigando a adoção de critérios que norteiem a instituição e aplicação de regras destinadas a proteger bens e valores individuais, coletivos e difusos, levando-se em consideração a finalidade político-sancionatória da intervenção estatal. Trata-se de garantia de que o Direito, no Estado Democrático, somente se valerá dos instrumentos necessários e suficientemente capazes de responder à violação do bem ou valor normativamente protegidos (PRADO L. R., 2009). A teoria do bem jurídico digno de tutela é largamente utilizada, ademais, sob a perspectiva teleológica e exegética, para orientar a correta interpretação e aplicação das normas aos casos concretos, evitando-se deturpações ou desvios de finalidade e garantindo-se a prevalência das opções políticas feitas pelo legislador acerca de como melhor juridicamente proteger determinado bem – dado ou valor social, material ou imaterial, de titularidade individual ou metaindividual – que se entendeu relevante e merecedor da tutela do Direito, do Estado e da sociedade, em determinado contexto social ou momento histórico (PRADO L. R., 2009). Bens constitucionalmente relevantes, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a integridade pessoal e a honra são tradicionalmente objeto de tutela de praticamente todos os ramos do direito. Todavia, nas últimas décadas, fruto do reconhecimento de novos valores, de cunho coletivo ou socialmente difuso, novos bens jurídicos, como o meio ambiente, direitos do

sanção não visa à reparação de um dano - que, inclusive, não precisa ocorrer para haver infração penal. A finalidade da pena é a conformação da conduta dos destinatários da norma ao comportamento socialmente desejado pela cominação de pena à conduta tipificada. (BITENCOURT, 2014)

Por sua vez, quando se trata de responsabilidade penal, os requisitos essenciais para sua caracterização não são os mesmos da responsabilidade civil. Para que uma pessoa venha a responder por uma infração penal, é necessário haver: conduta (ação ou omissão) dolosa ou culposa; resultado; nexo causal entre os dois primeiros elementos; tipicidade; fato ilícito e culpabilidade (BITENCOURT, 2014).

Já em relação às sanções cíveis, utilizando-se novamente do esquema de estrutura da norma para proceder à análise, pode-se defini-las como sendo os consequentes da norma sancionatória, legal ou contratual, decorrentes do descumprimento de uma norma de conduta de natureza civil, prevista em lei ou em contrato. Observe-se, pois, que a primeira particularidade a ser ressaltada é que a sanção civil pode ser infligida em decorrência do descumprimento de obrigações legais ou contratuais e, nesta hipótese, serem cominadas e cobradas pelo contratante e resolvidas sem a necessidade de procedimentos judiciais, podendo o Poder Judiciário ser chamado apenas para solucionar eventual controvérsia.

consumidor, a moralidade e probidade administrativa, a livre iniciativa, a igualdade e o equilíbrio concorrencial e o direito de acesso à serviços públicos de qualidade, passaram, também, a ser objeto de tutela jurídica por uma diversidade de normas. Nesse sentido, identificar qual o bem jurídico especificamente tutelado por uma norma nem sempre se constitui tarefa simples, especialmente porque, muitas vezes, se requer, para tanto, que se conheça o valor e relevância atribuídos pela sociedade ao bem protegido, os quais orientaram a definição da política dissuasória estabelecida pelo legislador. Assim, embora não exista uniformidade precisa em relação ao conceito de bem jurídico sequer no âmbito do Direito Penal, adotar-se-á nesta tese a definição segundo a qual os bens jurídicos são “pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade (...) e circunstâncias dadas ou finalidades úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins e para o funcionamento do próprio sistema” (ROXIN, 2012). Nesse sentido, resta patente que a noção de bem jurídico decorre das necessidades do homem surgidas na experiência concreta da vida que, enquanto dados sociais e historicamente vinculados à experiência humana, têm uma objetividade e uma universalidade que possibilitam sua generalização, através da discussão racional e o consenso, e sua concreção em postulados axiológico-materiais. (PRADO L. R., 2019, p. 37) Ou seja, não importa se o bem jurídico concerne a uma relação social material (vida, propriedade v.g.) ou imaterial (a honra, a moralidade administrativa v.g.); se é individual (bem pertencente a uma pessoa determinada) ou supraindividual (bem de interesse difuso ou da coletividade); o fundamental é que seja algo determinado ou determinável e suscetível de concreta ofensa, requerendo, portanto, a tutela jurídica.

A responsabilidade civil, por sua vez, se dá quando estão presentes três elementos: conduta (ação ou omissão) dolosa ou culposa, dano e nexo causal entre os dois primeiros elementos. Não obstante a culpabilidade seja apontada por alguns como o quarto elemento a compor essa equação, o entendimento majoritário é o de que ela não configura elemento essencial, visto que a responsabilidade civil objetiva é admitida no ordenamento jurídico brasileiro (art. 927, parágrafo único, CC), não requerendo sequer a presença do ilícito para que a responsabilidade reste configurada. Além disso, na seara civil, é possível ainda que a responsabilidade recaia sobre terceiro, como ocorre nos casos previstos nos arts. 932, 936, 937 e 938 do CC, bem como que haja solidariedade entre sujeitos legalmente responsáveis pelo dano causado (art. 942, caput, CC). Por fim, no âmbito do direito civil, também diferentemente do penal, sequer a capacidade civil é indispensável para haver responsabilidade (art. 928, CC) (VENTURI, 2012).

Outra característica da sanção civil é que, em regra, sua função é ressarcitória (ou indenizatória), visando a recompor o patrimônio do ofendido, isso porque, em geral, seu antecedente é um dano, o que implica figurar no consequente da norma a sua reparação. Assim, no âmbito do direito civil, a indenização - sanção típica - assume caráter primordialmente¹⁹ reparatório, ao contrário da natureza punitiva e aflitiva que caracteriza as sanções impostas nas searas do direito público, visando a ressarcir a vítima e a recompor, tanto quanto possível, o dano causado.²⁰

Se as sanções penais e civis possuem traços distintivos marcantes, como visto, ainda que puramente dogmáticos, a sanção administrativa desafia a doutrina no que se refere à

¹⁹ Diz-se primordialmente porque, conforme abordar-se-á neste trabalho, em tópico próprio que analisará a transformação do modelo tradicional de responsabilidade civil da pessoa jurídica, a função reparatória de danos da sanção civil tem sido, nos últimos anos, complementada (e, em alguns casos, até substituída) por uma função preventiva de direitos, que se preocupa mais em inibir a prática de ilícitos, porquanto não se admite sequer o perigo da ocorrência do dano (VENTURI, 2012) (FERREIRA K. P., 2014).

²⁰ Cumpre esclarecer, contudo, que pelo fato de que uma sanção civil pode realizar funções indenizatórias e punitivas não quer dizer que possa fazê-lo cumulativamente. Por sua própria natureza, essas finalidades não são compatíveis entre si, eis que decorrem de antecedentes completamente distintos. A sanção punitiva deve ter no antecedente da norma um ato ilícito e a sanção ressarcitória um dano. Assim, para que se possa apenar um infrator com ambas as funções, hão de se impor duas normas sancionatórias distintas, uma com cada função. Além disso, o ilícito que justificou a imposição da sanção punitiva também deve ter acarretado um dano ao ofendido, sendo que será justamente esse dano que fundamentará a sanção indenizatória que também se pretende infligir. Em outras palavras, o mesmo ato do infrator tem que ser considerado um ilícito e ter ocasionado um dano, o que nem sempre ocorre ao mesmo tempo.

construção de seu conceito, que pode variar bastante em decorrência do critério utilizado pelo intérprete para sua determinação, fato que enseja a adoção de acepções mais ampliadas (englobando diversos ramos do Direito Público) ou restritas (especificamente regidas pelo Direito Administrativo *strictu sensu*).

Seguindo a mesma metodologia de análise aplicada às demais, pode-se definir as sanções administrativas como as consequências previstas na norma secundária, decorrentes de ilícitos administrativos, previstos em normas primárias relacionadas com as atividades da Administração Pública, entre esta e os particulares e entre os particulares, mas que tenham implicância na coletividade.

Ocorre que essa definição, embora possua caráter geral, não é objeto de consenso entre os administrativos, tendo gerado intermináveis discussões no âmbito do Direito Administrativo nas últimas décadas, as quais buscam eleger critérios categorizadores da sanção administrativa.

Fábio Medina Osório, por exemplo, adota quatro elementos fundamentais para a definição das sanções administrativas: o elemento subjetivo (a autoridade sancionadora)²¹, o elemento objetivo (a aflição imposta ao sancionado), o elemento teleológico (os fins da sanção)²² e o elemento formal (o regime jurídico adotado).²³ Segundo esse conceito, a sanção administrativa não se confundiria com: i) medidas de polícia, destinada a delimitar os contornos

²¹ Para 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 desde que outorgada, por lei, a respectiva competência repressiva, na tutela de valores protegidos pelo Direito Administrativo. (...) Não apenas as autoridades públicas que podem impor sanções administrativas. Também as chamadas autoridades ‘corporativas’ que estão dotadas de poderes sancionadores no âmbito da fiscalização de algumas atividades profissionais, podem impor, nos termos legais, sanções administrativas. (OSÓRIO, 2022, p. 107)

²² Quanto ao elemento teleológico, o administrativista ressalta, inicialmente, o caráter eminentemente punitivo das sanções administrativas. Contudo, não afasta desse conceito a função disciplinar, fazendo com que o autor se aproxime de uma teoria mista da pena, aglutinando as funções de punição (retribuição), com as de prevenção especial (que pode ser traduzida para o fim didático-pedagógico no caso das sanções não delitivas).

²³ Para o autor, a sanção administrativa pode ser definida como “um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente para o futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação forma e material do Direito Administrativo. (OSÓRIO, 2022, p. 107)

para o exercício legítimo de direitos; ii) medidas ressarcitórias de atos ou contratos administrativos, destinadas à repressão de descumprimentos; iii) medidas de ressarcimento ao erário, voltadas à reparação de danos ao erário (mas não à punição); iv) medidas preventivas, destinadas a evitar a produção de ilícitos; e v) medidas de responsabilidade de gestão, aplicáveis à verificação da regularidade de resultados e de deveres funcionais específicos (OSÓRIO, 2022).

Já Heraldo Garcia Vitta, sob inspiração da definição adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁴ conceitua sanção administrativa como sendo aquela imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, em decorrência da realização de uma conduta contrária ao comando da norma (ilícito administrativo (VITTA, 2003, p. 35)

De fato, a definição que toma o elemento subjetivo, qual seja, a presença da Administração Pública como autoridade sancionadora, como principal critério a identificar uma sanção como sendo uma sanção administrativa e, portanto, a atrair a incidência e aplicação do regime jurídico de Direito Administrativo – em contraposição à tese tradicionalmente defendida por Osório, é a que encontra maior eco na literatura, podendo ser hoje considerada majoritária²⁵.

Nesse sentido, Rafael Munhoz de Mello conceitua a sanção administrativa e a distingue da sanção penal apenas pelo critério formal, como sendo “a medida afliitiva imposta pela Administração Pública em função da prática de um comportamento ilícito, no exercício da função administrativa” (MELLO, 2007, p. 63). Assim, o principal traço característico das sanções administrativas seria o sujeito competente para impô-las: se a medida punitiva não é

²⁴ Segundo Celso Antônio, há peculiaridades que identificam a sanção administrativa entre as demais sanções jurídicas e a principal delas diz respeito ao sujeito competente para sua imposição, a saber, a própria Administração Pública. Trata-se de elemento decisivo para identificá-la. Se a medida punitiva não é imposta pela Administração Pública, de sanção administrativa não se trata. Logo, é o elemento subjetivo que permite diferenciar a sanção administrativa da sanção penal: “o que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção”. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 743)

²⁵ Também nesse sentido, Rafael Munhoz de Mello, o qual conceitua sanção administrativa como sendo “a medida afliitiva imposta pela Administração Pública em função da prática de um comportamento ilícito” (MELLO, 2007, p. 63); Régis Fernandes de Oliveira, que anota que “crime e contravenção são julgados por órgão jurisdicional, enquanto a infração [administrativa] por órgão administrativo” (OLIVEIRA R. F., 2012, p. 32).

imposta pela Administração Pública de sanção administrativa não se trata. (MELLO, 2007, p. 63).

Na doutrina espanhola, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández também adotam o elemento subjetivo como o principal critério para distinção das sanções administrativas das demais, ao conceituá-las como “*un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal*” (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ, 2014, p. 159), assim como também o faz Alejandro Nieto ao ressaltar o critério subjetivo é fundamental, eis que “*quien sanciona es un órgano administrativo, que actúa conforme a un procedimiento administrativo, aplica unas normas administrativas, (...) su encuadramiento en el derecho administrativo está, pues, por encima de cualquier duda.*” (NIETO, 2012, p. 182).

Diferentemente da sanção civil, no entanto, a sanção administrativa não visa à reparação do dano, não podendo ser confundida com medidas ressarcitórias de atos ou contratos administrativos ou de ressarcimento ao erário, as quais constituem, geralmente, efeitos da sanção, mas com ela não se confundem.

Analisadas as espécies de sanções e os critérios adotados pela doutrina para defini-las, importa registrar a existência de debate e controvérsia – hoje em menor proporção, é verdade – também sobre os elementos que diferenciariam ontologicamente os ilícitos e as sanções penais das administrativas. O interesse teórico mostra-se relevante não só porque essa distinção pode implicar na aplicação de regras e garantias constitucionais também distintas aos respectivos procedimentos, como, também, envolver a incidência de *bis in idem*, no caso de duplo apenamento pelo mesmo fato.

Para os teóricos que advogam a tese da existência de diferença essencial entre sanções penais e administrativas, haveria basicamente dois critérios a fundamentar essa distinção: um critério de ordem qualitativa, segundo o qual os ilícitos penais configurariam um desvalor ético mais grave, praticado contra bens juridicamente mais relevantes, requerendo, por conseguinte, a imposição de pena restritiva de liberdade na seara criminal – ao passo que as

sanções administrativas estariam baseadas em infrações de mera ordenação, ou de potencial lesivo a bens jurídicos de menor significância para o Direito, já que geralmente destinadas à proteção das estruturas do Estado, e, portanto, eticamente neutras (OLIVEIRA A. C., 2013, p. 118); e um critério quantitativo, que propõe seja a gravidade da conduta delituosa o elemento de distinção essencial entre os tipos de ilícitos, uma vez que, em ambos os casos, a diferença seria estabelecida com base no comportamento praticado pelo infrator, sem qualquer vinculação com o ordenamento jurídico, de modo que o legislador poderia simplesmente dispor de forma diversa. (MELLO, 2007, pp. 57-58). Ou seja, a adoção de um ou de outro critério acarreta consequências, sobretudo, no âmbito dos direitos e garantias do indivíduo frente à Administração Pública, pois, enquanto a critério qualitativo legitima um poder sancionador desmedido da Administração Pública, o quantitativo busca aplicar, no âmbito da atividade administrativa, princípios de direito penal – pretendendo, assim, ampliar as garantias do cidadão frente à atividade administrativa sancionadora.

Não obstante, no entanto, ainda existam autores que professem entendimento no sentido de haver tal distinção ontológica entre os ilícitos, o fato é que prevalece na doutrina contemporânea a posição de que diferentes condutas podem gerar consequências jurídicas em um (ou mais de um) dos ramos jurídicos de acordo com a valoração estabelecida pelo legislador, em cada contexto histórico-social. Assim, o cerne para a identificação da natureza da sanção a ser aplicada não repousa na noção de reprovação ética, ou no status do bem jurídico defendido, mas na atividade crítica de escolha do legislador pela resposta punitiva penal ou administrativa (OLIVEIRA A. C., 2013).²⁶

²⁶ Nesse sentido, Régis Fernandes de Oliveira, para quem inexistente diferença de substância entre ilícitos e sanções administrativas e penais, haja vista que o conceito de antijuridicidade é comum aos diversos ramos do direito, pertencendo à sua teoria geral. A seu ver, o legislador qualifica os comportamentos humanos através de critérios políticos, sociais, valorativos, religiosos, econômicos etc., e atribui uma consequência jurídica dependendo da maior ou menor repulsa do ordenamento jurídico à ação ou omissão antijurídica. Nesse contexto, ao jurista não importa a análise da substância do ato, mas a constatação do regime jurídico atribuído ao ato praticado, sua específica eficácia jurídica, bem como o meio posto à disposição do Estado para aplicação das punições previstas em lei. (OLIVEIRA R. F., 2012, p. 32). Na mesma linha, Heraldo Garcia Vitta defende que, ontologicamente, os ilícitos penal, administrativo e civil são iguais, pois fazem parte de um mesmo conceito lógico jurídico de validade universal: os ilícitos jurídicos. Assim, não haveria distinção de natureza, mas de grau, à medida da maior intensidade do valor de uma ou outra, a critério do legislador, que poderá capitular a conduta como crime, como ilícito administrativo ou ainda como os dois. (VITTA, 2003, pp. 30-34) De acordo com o autor, o ilícito administrativo pode ser conceituado como “o descumprimento de dever (conduta contrária ao comando da norma), pelo destinatário da norma jurídica, cuja sanção possa ser imposta por autoridade administrativa (no exercício da

Em face, portanto, do insucesso das teorias tradicionais que buscaram estabelecer distinções ontológicas entre o ilícito penal e o administrativo, sobreleva, atualmente, na doutrina, o entendimento de que a configuração da sanção administrativa aproxima-se, em grande medida, da sanção penal²⁷, da mesma forma que há similitudes entre o regime jurídico de ambas²⁸, o que enseja a aplicação dos princípios fundamentais de Direito Penal também no

função administrativa), em virtude do ordenamento jurídico conferir-lhe tal competência.” (VITTA, 2003, p. 35) Porém, só haverá ilícito administrativo quando caracterizado o dolo ou a culpa. Assim, o critério de identificação do tipo de ilícito jurídico seria a análise da autoridade competente para impor a respectiva penalidade, o que definiria o regime jurídico aplicável. Na mesma linha, Rafael Munhoz de Mello, ao analisar as diferentes correntes de diferenciação entre ilícitos administrativos e penais conclui que ambas padeceriam do mesmo mal: sustentam uma distinção com base em um critério metajurídico, sem fundamento no direito positivo. De acordo com o autor, atualmente são irrelevantes os debates entre as correntes qualitativas e quantitativas: identificar a sanção administrativa com elementos metajurídicos (como, por exemplo, valores protegidos pelo Direito Administrativo) significaria retornar às ultrapassadas concepções qualitativas do ilícito administrativo, que pretendiam identificá-lo pela natureza da atividade o regime jurídico administrativo, elemento formal que identifica a função administrativa (MELLO, 2007). Partindo igualmente do pressuposto da inexistência de diferença ontológica entre os ilícitos, Daniel Ferreira, em um primeiro momento, (FERREIRA D. , 2001) também baseou a distinção entre ilícitos penal e administrativo no critério formal e de simples lógica-jurídica decorrente da opção do legislador quanto ao antecedente, crime ou infração, e ao consequente, pena ou sanção administrativa. De acordo com o autor, a sanção administrativa conceitua-se como “a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser ordinária e vinculadamente imposta no exercício da função administrativa, em virtude da incursão de alguém em um comportamento previsto normativamente como reprovável.” (FERREIRA D. , 2001, p. 54). Em um segundo momento, (FERREIRA D. , 2010) propôs extrair um conceito analítico e estratificado a partir da Constituição da República, considerando não apenas a feição lógica-jurídica, mas também jurídico-positiva, dos delitos e das infrações administrativas. Nesse caminho, Daniel Ferreira sustenta que o ilícito pode ser conceituado sob quatro enfoques: legal, material, formal e analítico. Estes dois últimos seriam de maior utilidade, uma vez que o critério formal seria essencial para distinguir o crime da infração administrativa, enquanto o critério analítico serviria de base para a construção da Teoria Geral da Infração, não podendo ser descartado, contudo, o critério material, que seria o referencial adequado para tratar do aspecto objetivo da tipicidade do ato ilícito. Diante disso, conceituou a infração administrativa, do ponto de vista analítico-formal e estratificado (visto que dividido em camadas ou elementos), como o “comportamento, típico, antijurídico e reprovável que enseja a aplicação, no exercício de função administrativa, de uma sanção de mesma ordem.” A partir disso, buscou desenvolver uma Teoria Geral da Infração destrinchando seus quatro elementos: comportamento (conduta), tipicidade, antijuridicidade e reprovabilidade. (FERREIRA D. , 2010, p. 231)

²⁷ Ou seja, “no âmbito do Direito, tanto os ilícitos são ontologicamente iguais entre si como também o são as sanções correspondentes (FERREIRA, 2001) O que distingue a pena de reclusão da multa, e o homicídio do não-pagamento do tributo, é o regime jurídico ao qual se sujeitam a investigação dos fatos juridicamente indesejados e as respostas de tanto ou, mais simplesmente, a autoridade legalmente responsável pela investigação e/ou pela imposição da sanção. (VITTA, 2003, p. 34).

²⁸ Em sentido parcialmente contrário, registra-se o entendimento de Fábio Medina Osório: “De um lado, se a simétrica unidade do poder punitivo estatal enseja necessária incidência de alguns princípios de direito público sobre esses dois instrumentos normativos, de outra banda resulta claro que esses princípios possuem contornos próprios, distinções, regimes jurídicos diferentes, ainda que as diferenças não possam ultrapassar certas barreiras, esbarrando, pois numa unidade nuclear inscrita na Constituição da República. A unidade (parcial) impõe traços em comum e umas mínimas garantias, mas as diferenças impõem tratamentos desiguais justificados, desenvolvimento de princípios próprios do Direito Administrativo sancionador, que é, antes de tudo, direito administrativo por excelência, até porque já não se discute que ilícitos penais e administrativos se encontram debaixo de regimes jurídicos, em sua maior parte, distintos, conquanto balizados por princípios estruturalmente muito próximos e radicalmente comuns em suas origens constitucionais (OSÓRIO, 2022, p. 147). Na mesma esteira é a posição de Alice Voronoff: “no que tange à transposição de garantias penais ao direito administrativo sancionador, destaca que o caráter inerentemente mais gravoso da atividade sancionatória atrai a incidência qualificada dos princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica. Por essas razões, justifica-se no direito

âmbito do Direito Administrativo Sancionador²⁹, conforme abordar-se-á em tópico adiante (JUSTEN FILHO, 2011, p. 406).

Essa uniformidade entre os regimes sancionatórios, independentemente da espécie de sanção aplicada – se penal, civil ou administrativa, é decorrência direta do princípio da unicidade do *ius puniendi* estatal³⁰. Sob essa perspectiva, reconhecendo-se o Estado como uma totalidade orgânica, mostra-se indiferente que as sanções sejam aplicadas por diferentes órgãos que exercem distintas funções estatais, bem como que essas sanções tenham caráter diferenciado. Se o Estado é uno, as regras que condicionam o exercício da potestade sancionatória, a despeito da esfera jurídica em que esse ocorra, devem ser aplicadas aos processos punitivos como um todo (SABOYA, 2014).

Essa concepção unitária do direito punitivo, ademais de resolver contradições teóricas clássicas relacionadas à aplicação de regras e garantias constitucionais do direito penal ao direito administrativo sancionador, também se mostra como possível solução para o endereçamento do problema da duplicidade, ou até multiplicidade, de sanções distintas que

administrativo sancionador a invocação de um padrão de legalidade mais exigente do que aquele reconhecido ao Direito Administrativo em geral, ainda que mais flexível que aquele do Direito Penal.” (VORONOFF A. , 2018, p. 80)

²⁹ Veja, nesse sentido, a tese desenvolvida por Rafael Munhoz de Mello, segundo a qual os seguintes princípios constitucionais, corolários do Estado Democrático de Direito, aplicam-se ao Direito Administrativo Sancionador; (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 lei mais benigna; (iv) a proporcionalidade, do 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, conformado pelas garantias de contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador, publicidade, motivação, autoridade administrativa natural, duplo grau administrativo, presunção de inocência e prescrição. (MELLO, 2007, pp. 109-254)

³⁰ A tese do *jus puniendi* estatal uno a justificar a existência de um arcabouço principiológico a submeter de modo igualitário tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo Sancionador foi desenvolvida principalmente pela doutrina espanhola e pela jurisprudência do Tribunal Constitucional daquele país, que confere uma visão unitária ao fenômeno sancionador. Tal teoria representou uma reação à judicialização dos conflitos, decorrente do dogma da separação dos Poderes, buscando dar maior efetividade à finalidade última do Direito punitivo, qual seja, a prevenção de lesões ou perigos de lesões aos bens juridicamente protegidos. Para tanto, foi necessário dotar a Administração Pública de autoridade sancionadora, autoridade essa considerada como uma das manifestações da soberania do Estado e do próprio poder punitivo estatal (DEL TESO, 1996).

podem incidir sobre o mesmo fato ilícito, quando esse é punível em diferentes esferas por lesionar bens jurídicos diversos.

Com efeito, se as sanções penais e administrativas desempenham as mesmas funções referentes à repressão e prevenção de atos ilícitos, não há a necessidade de o Estado exercer sua atividade punitiva de forma reiterada. A duplicidade normativa sancionadora é consequência, nesse caso, de uma incoerência ou falta de coordenação da legislação. E é justamente a “regra do *ne bis in idem* que permite bloquear a superposição de sanções considerada injusta, operando como uma válvula de segurança ou mecanismo corretor de deficiências normativas” (NIETO, 2012).

Todavia, não obstante o princípio geral do Direito do *ne bis in idem* proíba, em termos gerais, que o Estado puna duas vezes um indivíduo (*ne bis*), em razão de um mesmo fato (*idem*)³¹, sua aplicação ainda suscita debates e ambiguidades práticas pela doutrina e jurisprudência pátria (SABOYA, 2014)³². Isso porque, embora a legislação não consagre

³¹ Sob o ponto de vista ontológico, o princípio é dividido em duas vertentes: material, relacionada à vedação de que seja aplicado ao mesmo indivíduo penalidades cumulativas; e formal, referente à vedação de que o indivíduo seja submetido a novo processo de responsabilização depois de já ter sido anteriormente julgado ou quando tenha contra si processo em curso por idêntico motivo. Observe-se que a origem e desenvolvimento do princípio estiveram atrelados, em um primeiro momento, exclusivamente, à faceta processual e à ideia de segurança e estabilidade das relações sociais, impedindo que o indivíduo fosse processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato. Apenas no século XX, a vertente material ou substantiva, que impede a dupla sanção pelo mesmo fato ganha ênfase (CALDEIRA, 2012). Sob a perspectiva material, o *bis in idem* exige que haja tríplice identidade de sujeito, de fato (ou conduta) e de fundamento, referente ao bem jurídico tutelado, para que a vedação ao princípio reste configurado. Nesse sentido, o que, na verdade, se proíbe não é que uma conduta seja tipificada simultaneamente por várias normas, tampouco que um indivíduo seja punido duas vezes pelo mesmo fato, mas, sim, que ele seja punido duplamente pelos mesmos fatos, com base em um mesmo fundamento (CANO CAMPOS, 2001). Desse modo, se a conduta de um indivíduo lesiona bens jurídicos distintos, não há identidade de fundamento e, por conseguinte, é possível haver a duplicidade de sanções. Em outras palavras, o pressuposto para aplicação ou não do princípio *ne bis in idem* não é o fato em si, mas a análise do bem jurídico atingido ou posto em risco.

³² O princípio *ne bis in idem* é consagrado em diversas legislações no mundo e, mesmo nos países em que não há referência expressa ao princípio no ordenamento jurídico, a exemplo do Brasil, a doutrina e jurisprudência dominantes fundamentam a aplicação do princípio em outros princípios fundamentais. A Espanha é o país onde os debates sobre princípio *ne bis in idem* têm sido mais intensos. A Constituição espanhola veda, expressamente, a cumulação de sanção penal e administrativa apenas em matéria de meio ambiente. Não obstante, o Tribunal Constitucional espanhol reconhece o caráter constitucional do *ne bis in idem* ao vinculá-lo ao princípio da legalidade e tipicidade das infrações, considerando-o, com base no princípio da unicidade do *ius puniendi* estatal, um direito fundamental do réu (CANO CAMPOS, 2001). No plano internacional, o debate acerca da abrangência e efeitos do princípio *ne bis in idem* tem ocorrido com intensidade, nos últimos anos, no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), o qual já anulou processos de Estados-Nação por reconhecer a cumulação das sanções administrativa e penal, ao considerar que dois ilícitos punidos se referiam à mesma conduta e que as sanções administrativas impostas possuíam, na verdade, natureza penal, em virtude da severidade das penas impostas o ilícito abrangia todos os elementos contidos no outro (SILVEIRA P. B., 2014).

expressamente o princípio, sua incidência sobre o ordenamento jurídico brasileiro é reconhecida pelo STF como corolário do Pacto de São José da Costa Rica³³. Parte da doutrina e da jurisprudência reconhecem que o princípio decorre, também, implicitamente, de outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tais como os princípios da proporcionalidade, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

Nada obstante, ainda prevalece no direito nacional, quase como um dogma, o entendimento de que, considerando o princípio da independência das instâncias administrativa e penal³⁴, qualquer delas pode, de forma autônoma, processar e aplicar a respectiva sanção³⁵. Segundo a doutrina majoritária, a vedação impede apenas a imposição de dupla sanção pelo mesmo fato no âmbito da mesma esfera de responsabilização (SOUZA, 2015)³⁶, privilegiando a forte independência entre as esferas civil, penal e administrativas, razão pela qual há uma profusão de instâncias e diplomas sancionatórios que prescrevem ilícitos e cominam sanções que são aplicáveis por diferentes esferas e instâncias, até mesmo em sobreposição.³⁷ Esse debate, no entanto, diferentemente da atenção que tem recebido da doutrina e jurisprudência

³³ Sob a perspectiva da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, aprovada no Brasil pelo Decreto legislativo n. 27, de 25 de setembro de 1992, e promulgada pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, o *ne bis in idem* é tido como uma garantia judicial no artigo 8º, item 12, segundo o qual “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Conforme o disposto no § 2º do artigo 5º da CF, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Nesse sentido, a Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou o § 3º, a qual dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. A referida convenção internacional procura reafirmar, no âmbito dos países membros da OEA, um regime de liberdade pessoal e justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos fundamentais, independente lugar de residência (GOMES, 2009).

³⁴ O regime jurídico da independência de instâncias é constituído, no direito brasileiro, pela interpretação conjunta dos arts. 125 e 126 da Lei nº 8.112/1990, art. 935 do Código Civil e arts. 66 e 67 do Código de Processo Penal, os quais justificariam a punição simultânea de uma conduta como ilícito penal, civil e administrativo e garantiriam que as infrações às normas sejam apuradas e julgadas pelo poder competente, com independência e autonomia, já que as esferas não se comunicam (BOTTINI, 2013).

³⁵ Nas palavras de OSÓRIO (2015), o campo de incidência do princípio *ne bis in idem* é bastante restrito no direito brasileiro: ele possui “largo alcance teórico e restrito alcance e significado práticos”, pois “suas consequências e desdobramentos são bastante tímidos na jurisprudência e na doutrina brasileiras, deixando lacunas consideráveis ao crivo dos juristas”.

³⁶ A contrário sensu, a absolvição no âmbito penal por ausência de provas ou pelo fato não constituir crime não terá reflexos na esfera administrativa e civil. (SOUZA, 2015).

³⁷ Para alguns autores, não haveria nenhum problema relacionado à juridicidade desse procedimento, que sempre foi adotado pelo sistema jurídico brasileiro. Por serem ilícitos administrativos, os atos lesivos contra a Administração são passíveis de responsabilização pela própria Administração que, no exercício da função administrativa, por meio de processo próprio, pode imputar aos sujeitos sanções de natureza administrativa (SOUZA, 2015).

espanholas e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, conforme referenciado, desenvolve-se ainda lentamente e de forma escassa no Brasil³⁸.

Estabelecidos, portanto, os delineamentos básicos acerca do conceito de sanção, sua finalidade, as espécies e diferentes categorias que a classifica e seus corolários, bem como os debates que envolvem todos esses elementos, passa agora à análise do papel central que a sanção exerce no desenho de um modelo regulatório.

Como se viu, a atuação do Estado regulador foi, desde os primórdios, pautada por uma visão de mundo determinada, voltada a enfrentar conhecidos problemas do livre mercado, que levariam a falhas cuja correção deveria se dar por meio de ação estatal, a qual se estruturou sob o formato de medidas de comando e controle destinadas a alterar os incentivos dominantes de indivíduos e instituições que se afastassem do equilíbrio social e economicamente ótimo. Nesse sentido, a regulação apoiada em estratégias de comando e controle é definida, de modo geral, como sendo o modelo em que a autoridade exerce seu poder regulatório essencialmente por meio da aplicação de sanções punitivas, sendo identificada pela adoção da coação e da ameaça sancionatória como instrumentos privilegiados de conformação do comportamento dos regulados. (BALDWIN, CAVE, & LODGE, 2012).

Em tal modelo, as respostas regulatórias para cada comportamento regulado são, em geral, fixadas *ex ante*, por meio do estabelecimento dos padrões normativos que devem pautar a atuação dos regulados³⁹, cuja desconformidade desencadeia a imediata resposta

³⁸ Um dos principais argumentos daqueles que defendem quase de forma absoluta o princípio da independência das instâncias é o de que esse está relacionado também ao princípio da separação dos poderes e ao princípio democrático: sob a ótica do primeiro, ele evitaria a submissão de uma esfera de Poder à outra ao atribuir autonomia para que exerça sua parcela de *ius puniendi*; já sob o segundo aspecto, a independência das instâncias reforçaria a liberdade de conformação, conferida ao legislador democrático, para atribuir a uma mesma conduta múltiplas sanções em diversos ramos do direito (SOUZA, 2015).

³⁹ Geralmente, quando a regulação se vale da coação e ameaça sancionatória para impor seu regulamento e garantir a conformação do comportamento dos regulados, a estratégia adotada é a de comando prescritivo, baseado em padrões, tecnologias ou processos que devem ser adotados, documentados e auditados, a fim de se identificar, avaliar e gerir riscos. Tal modelo é mais comumente utilizado em contextos nos quais existem múltiplas fontes de risco que exigem variados e rigorosos controles. Mas essa estratégia é frequentemente criticada não só por se dedicar à fixação rígida, estrita e excessivamente prescritiva de processos ou tecnologias específicas a serem adotados pelos regulados (COGLIANESE & LAZER, 2003), mas também porque é vista como mais onerosa e não razoável, na medida em que estabelece regras e padrões uniformes para regulados diversos ou que atuam em circunstâncias diferentes, ensejando, em alguns casos, a implementação de medidas irracionais, caras, ineficazes

repressiva do regulador. Ou seja, anteriormente à análise em concreto das condutas praticadas pelos atores regulados e independente do grau de impacto que essa provoca no atingimento dos objetivos regulatórios, tampouco da verificação da culpa que eventualmente o regulado possa ter tido, ou não, para a prática do ato, a norma estabelece de forma apriorística qual a punição a ser aplicada em caso de descumprimento do padrão normativo fixado.

Observa-se, pois, que a forma de regular do modelo de comando e controle implica a adoção do conceito de regulação centrado em visão estadocêntrica – que não dialoga com as modernas teorias regulatórias, como a de regulação descentralizada e regulação em rede, por exemplo, conforme se verá adiante – a qual atribui exclusivamente a entes estatais a função de editar as regras, monitorar e fiscalizar seu cumprimento e adotar as medidas de constrangimento em caso de desconformidade (BALDWIN, CAVE, & LODGE, 2012, p. 3).

Em outras palavras, o modelo de comando e controle opera a partir de um conjunto de pressupostos sobre como a engrenagem regulatória funciona, tais como o de que o Estado deteria a capacidade de comandar e controlar, a exclusividade de fazê-lo, que os comandos e controles seriam efetivos, que o mecanismo regulatório seria informado pelo caráter unilateral da regulação, pela existência de uma relação linear entre causa – comando e controle – e efeito – conformidade à norma –, por informação suficiente detida pelo Estado e que, por meio da coação extrínseca exercida por meio do mero enquadramento ou subsunção dos fatos à norma e da correspondente e conseqüente sanção, o *enforcement* e o *compliance* seriam alcançados (ARANHA M. I., 2021, p. 72).⁴⁰

ou mesmo contraproducentes (PARKER, 2002). Ademais, a especificação rígida de padrões de processos, métodos e sistemas de gestão e de tecnologia pode indicar certa desconfiança em relação à capacidade e idoneidade dos regulados quanto ao alcance dos resultados, já que se oferece a eles pouca ou nenhuma margem de interpretação do comando regulatório (GUNNINGHAM & REES, 1997). O modelo também sinaliza partir da falsa crença de que os reguladores conhecem melhor o objeto regulado ou os meios necessários ou adequados para a consecução dos objetivos regulatórios, o que pode inibir a inovação na busca de novas tecnologias e formas melhores, mais eficazes ou mais baratas de alcançar os resultados visados, ou, ainda, desencorajar a autorregulação das empresas, desestimulando a adoção de regras próprias que contribuam para o atingimento dos fins desejados (BRAITHWAITE J. , 1982);(COGLIANESE & NASH, 2001); (LODGE & WEGRICH, 2012, p. 97).

⁴⁰ Por isso, a dificuldade que o jurista tem de compreender outras formas de regulação como igualmente legítimas. As ferramentas de comando e controle são as comumente conhecidas e utilizadas pelo Direito e são pautadas pela instituição de comandos legais e de sanções, aplicadas aos casos de descumprimento com vista a assegurar comportamentos socialmente desejáveis. À luz de tal modelo, a regulação se restringe a regras legais instituídas pelo Estado proibindo determinada conduta e se apoiando na coerção estatal para garantia de seu cumprimento

Nesse contexto, a visão que prevalece no modelo de comando e controle é a da sanção como instrumento privilegiado de *enforcement* regulatório, no qual o Estado detém a competência exclusiva para fiscalizar o cumprimento das normas, bem como para aplicar as respectivas sanções quando constatada a ocorrência de infrações, não havendo margem de discricionariedade para que o regulador decida, no caso concreto, sobre a necessidade, conveniência ou mesmo a prescindibilidade de se instaurar o devido processo apuratório diante de qualquer indício de descumprimento de obrigação regulatória.

Ou seja, predomina no âmbito do tradicional modelo regulatório de comando e controle o entendimento de que todo descumprimento de norma deve ser objeto de apuração, pois se trataria de ato legalmente vinculado, que supostamente obrigaria a autoridade reguladora, de forma automática e cogente, como única medida juridicamente válida e aceita, a instaurar o processo apuratório. O que essa visão tem gerado, na prática, é a instauração indiscriminada e não criteriosa de processos administrativos, inclusive de condutas de baixa repercussão e baixo potencial ofensivo ao bem jurídico tutelado, conforme se verá adiante, provocando uma situação jurídica e economicamente insustentável – que contraria princípios basilares que informam o Direito Administrativo, como eficiência, proporcionalidade e razoabilidade dos atos praticados pela Administração Pública – e produz efeitos diminutos na dissuasão de infrações e na consecução dos objetivos regulatórios.

É certo que a literatura aponta vantagens na utilização de ferramentas de comando e controle como o fato óbvio de elas se valerem do uso da força da lei para impor comportamentos e padrões de forma imediata e proibir atividades não conformes a esses padrões (BALDWIN, CAVE, & LODGE, 2012, p. 107), reduzir a incerteza a partir da imposição de regra aplicável a todos (LODGE & WEGRICH, 2012, pp. 96-97) e oferecer maior previsibilidade e segurança tanto para os reguladores quanto para os regulados, uma vez que

(MORGAN & YEUNG, 2007, pp. 80-81). Não sem razão, a fiscalização regulatória, dirigida precipuamente à mera verificação das obrigações legais, e a atuação punitiva como instrumento privilegiado de dissuasão da prática de condutas desviantes tornaram-se o *modus operandi* ordinário dos órgãos reguladores, como se atividade regulatória e ordenadora do Estado se resumisse, ou mesmo se confundisse, com o exercício do poder sancionatório e esse não fosse mais um dentre os vários instrumentos de conformação de comportamentos disponíveis no leque regulatório que poderiam induzir inclusive mais eficazmente o cumprimento.

tanto os parâmetros controlados quanto as obrigações de conformidade comandadas estão dispostos e previstos de antemão, reduzindo problemas de interpretação sobre níveis de desempenho aceitáveis ou sobre meios viáveis para se alcançar os fins desejado, (O’SULLIVAN, 2011).

Todavia, se, por um lado, a modelagem regulatória ancorada em técnicas de “comando e controle” confere maior clareza, objetividade, um certo grau de previsibilidade e segurança jurídica ao processo, além de facilitar a implantação de soluções padronizadas e o controle e fiscalização formais do cumprimento das regras, por outro lado, tais estratégias embutem, inafastavelmente, características que ensejam a elevada burocratização do processo regulatório, a rigidez, a tendência ao excesso de detalhamento e prescrição de medidas, o enfoque nos meios e não nos resultados, a inabilidade de adaptação às situações reguladas mutáveis e distintas, o que implica, naturalmente, em altos custos para os regulados e para os reguladores e, no mais da vezes, o insucesso no atingimento dos fins visados pela regulação.

Assim, a verdade é que a própria expressão “comando e controle” ganhou conotação caricatural nos últimos anos e é utilizada, cada vez mais, para indicar tudo o que há de ruim na regulação: regras mal direcionadas, rigidez, ineficiência, altos custos, sub ou superaplicação, uma regulação com consequências inesperadas e contrárias aos efeitos desejados. Há desde críticas referentes à impropriedade das estratégias e métodos regulatórios muitas vezes utilizados, como o uso de instrumentos pouco sofisticados, a falta de conhecimento e informações suficiente dos reguladores para identificar a causa dos problemas, projetar soluções apropriadas e identificar as razões de não conformidades, até críticas dirigidas à postura regulatória pouco focada em incentivos; que não confere destaque às motivações que orientam a conduta dos regulados, principalmente, as motivações implícitas para o cumprimento das regras (BLACK J. , 2001).

Desse modo, sem olvidar que o adequado manejo da sanção constitui medida de indubitável importância para o sucesso de um modelo regulatório e que ela constitui elo fundamental na engrenagem de instrumentos, incentivos e consequências esperadas de qualquer abordagem regulatória, a prerrogativa do regulador de instaurar processo sancionatório, quando

indevidamente utilizada, pode acabar provocando um efeito reverso em seu objetivo de indução de conformidade e gerar a instalação de um sistema perverso de incentivos invertidos, o qual pode se tornar flagrantemente contraproducente e atentatório ao interesse público.

É dizer, se o modelo regulatório não permitir que o regulador exerça uma postura que valorize e incentive os incentivos intrínsecos dos regulados, impondo-lhe a obrigação de agir sempre da mesma forma, independentemente das intenções e condições do regulado, dos efeitos do ato praticado, das prioridades de fiscalização ou das estratégias regulatórias que reputa efetivas, ainda quando evidencie que o caminho do processamento e da sanção não levarão à concretização do interesse público, tal modelo estará, na verdade, retirando do regulador a sua capacidade de regular e inviabilizando, por consequência, o próprio exercício da regulação e, em última análise, a consecução do fim maior almejado em qualquer processo regulatório que é a proteção do bem jurídico tutelado e a realização dos direitos fundamentais que visa resguardar. Nesse sentido, não sem razão, saber valer-se, de forma adequada, com equilíbrio e precisão, dos diversos instrumentos regulatórios de que dispõem, e não apenas da sanção, constitui um dos maiores desafios contemporâneos de todo regulador.

1.2 Crise do Estado Regulador, Desregulação e “Privatização” da Regulação, Regulação Descentralizada, Regulação em Rede e Regulação para além do Estado

A ascensão do Estado Regulador, conforme analisado anteriormente, se deu de forma mais vigorosa entre as décadas de 1980 e 1990, quando o Estado provedor, empresário e interventor na economia e todo o sistema de acumulação, que marcou as décadas precedentes, começaram a perder pujança e a expor seus limites e insuficiências na oferta de bens e serviços públicos, na administração das relações sociais e na consecução dos interesses da coletividade.

Com isso, diante do esgotamento de tal modelo intervencionista, a ideia de Estado de Bem-Estar Social foi sendo substituída pela de Estado Regulador, fundado em uma nova lógica de atuação estatal no domínio socioeconômico, não mais baseada no provimento direto de bens e serviços e na geração de riquezas, mas na garantia da livre iniciativa e da liberdade

econômica e na regulação da atividade empresarial nos limites estritamente necessários para suprir as falhas de mercado e assegurar o pleno funcionamento do capitalismo. Ou seja, o reconhecimento da insuficiência do modelo interventivo direto na economia fez com que o Estado assumisse a função interventiva indireta ao monitorar e normatizar a exploração da atividade econômica.

Ocorre que as lembranças da Grande Depressão rapidamente se esvaíram e nas décadas seguintes ocorreu uma consistente diminuição da regulação estatal e da intervenção do Estado na economia, acompanhada do empoderamento de instituições privadas e de uma grande crença nas forças de mercado como principais direcionadoras do desenvolvimento econômico e social.

Assim, o mundo passou a viver um período fortemente marcado pela desregulação da economia e pela liberalização do mercado financeiro, com o fortalecimento do processo de autorregulação dos agentes econômicos (AYRES & BRAITHWAITE, 1992), o qual teve seu ápice na adoção do Consenso de Washington, em 1989, que demarcou a implantação do chamado neoliberalismo, ancorado em quatro grandes diretrizes para o desenvolvimento econômico: liberalizar, desregular, privatizar e globalizar. Essa visão de mundo e concepção de Estado e do seu papel perduraram até 2008, quando, com a grave financeira que ocorreu nos Estados Unidos e se alastrou pelo mundo todo, decorrente de corrupção e má gestão de grandes corporações, a desregulação foi colocada em xeque (LEVI-FAUAR, 2011).

A crise financeira mundial de 2008, cujos reflexos persistem até hoje, representou uma virada na história do capitalismo ao mostrar ao mundo a vulnerabilidade do funcionamento de mercados não regulados e levou a uma mudança radical acerca de como deve funcionar a mão invisível do Estado, fazendo ressurgir o debate sobre a necessidade de se retomar, de alguma forma, a regulação estatal da economia⁴¹. Desde então, muito se discute acerca de qual

⁴¹ Evidência disso é o fato de que a própria OCDE, ao aprovar em 2012 o documento “*Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*”, elaborado no contexto pós-crise financeira internacional, revelou as vulnerabilidades da autorregulação do mercado e reconheceu que o primado do direito e da democracia demandam estruturas regulatórias consistentes. O preâmbulo das recomendações expressamente declara: (...) “*RECOGNISING that regulations are one of the key levers by which governments act to promote economic prosperity, enhance welfare and pursue the public interest; RECOGNISING that well-designed regulations can*

seria o modelo adequado de regulação dos mercados, já que se reconhece também a insuficiência de estratégias regulatórias que se baseavam, como no passado, exclusivamente na aplicação de sanções, as quais mostraram não representar o fator mais importante para ensejar obediência à legislação (ARANHA M. I., 2021).

Nesse sentido, tem ganhado cada vez mais força o entendimento que, ao reconhecer a complexidade envolvida na atividade regulatória, nas realidades dos setores e nas dinâmicas, multifacetadas e interdependentes interações entre reguladores, regulados e sociedade, defende que o Estado não pode exercer sozinho, de forma eficaz, a regulação, simplesmente porque nenhum ator dispõe de todas as informações e conhecimento necessários para resolver problemas complexos, diversos e dinâmicos, assim como nenhum ator, sozinho, dispõe de todos os instrumentos regulatórios necessários para o desempenho de uma regulação de qualidade (BLACK J. , 2001).

É por isso que, para um número cada vez maior de estudiosos, a visão estadocêntrica e monolítica da regulação, mostra-se incapaz de oferecer respostas consistentes para todas as exigências contemporâneas de ordem social e econômica. Com efeito, se a regulação pressupõe uma relação dual e responsiva – nos termos defendidos nesta tese, em que a regra é posta e aplicada levando-se em conta não somente os fins por ela visados, mas os efeitos e respostas que é capaz, ou não, de efetivamente produzir sobre a conduta que pretende conformar, não se pode imaginar que um único ator seja capaz de dominar unilateral e exclusivamente o processo regulatório de conformação do comportamento de agentes econômicos.

Assim, entre os mecanismos alternativos considerados, encontra-se uma nova forma de o Estado se valer da regulação jurídica, não mais apenas impondo obrigações à luz do

generate significant social and economic benefits which outweigh the costs of regulation, and contribute to social well-being; RECOGNISING that the financial crises and economic cycles, innovation, social change, environmental challenges and the search for new sources of growth highlight the importance of regulatory frameworks for well-functioning markets and societies and of regulatory policies and institutions to cope with the inter-connectedness of sectors and economies; (...) (OCDE, 2012, p. 3). Tratou-se, portanto, da primeira vez em que o reconhecimento explícito da importância da regulação foi formalmente ressaltado, em instância multilateral, como instrumento legítimo e eficaz de atuação dos governos, traduzindo uma nova atitude acerca da presença do Estado na economia, distanciando a conotação negativa que até então prevalecia em fóruns como esse. A partir dessa nova perspectiva, a regulação – desde que bem elaborada, ressalte-se – passa a ser considerada útil e eficaz na elaboração de políticas econômicas, sociais e ambientais.

tradicional modelo de comando e controle, mas criando incentivos que estimulem a adoção dos comportamentos esperados. Com efeito, se é verdade que o Estado exerce um papel fundamental e às vezes determinante no processo regulatório de conformação de condutas, a sua função não pode ser exercida eficazmente de forma autossuficiente e não dialogada, sob pena de a função reguladora do Estado acabar por comprometer a consecução dos objetivos regulatórios, gerando situações conflituosas e posturas reativas e não colaborativas por parte dos regulados. Em tais contextos de pouca confiança, compreensão e diálogo entre regulador e regulados, esses podem passar a buscar “brechas regulatórias” para cumprir os comandos da maneira que lhe seja menos custosa, muitas vezes sem alcançar os objetivos finais estabelecidos pelo regulador.

Observa-se, portanto, que a crise do Estado Regulador está claramente associada à crise do modelo de comando e controle, o qual, em sua concepção simplificada e reduzida do fenômeno regulatório – fundado, basicamente, como demonstrado, na edição de regras pelo Poder Público e na utilização de seu poder sancionatório para impor o constrangimento normativo e buscar a conformidade – negligencia outras maneiras, muitas vezes mais eficazes, eficientes e efetivas, de agir do Estado-regulador.

Desse modo, com o intuito de superar a clássica dicotomia entre Estado e mercado (intervenção, por um lado, e completa desregulação, por outro), em busca de um equilíbrio entre regulador e regulados, os estudos hoje se dedicam a compreender e estruturar a atual agenda regulatória que se manifesta por meio de novos arranjos e conceitos inovadores que procuram traduzir o deslocamento do debate político e acadêmico da noção de desregulação e autorregulação versus regulação de comando e controle para o enfoque da regulação de qualidade. Essa mudança de visão implica novas conformações para o papel e a atuação do Estado, que passa a dar maior relevo à qualidade do processo decisório em busca da efetividade do desempenho regulatório e de melhores resultados, mediante a maior interface entre as instâncias do governo e entre o governo, o mercado e a sociedade civil nos assuntos afetos à economia e ao interesse social (BALDWIN, CAVE, & LODGE, 2012).

Exsurge, nesse contexto, novo modelo de regulação, nas quais as responsabilidades regulatórias são delegadas ou compartilhadas entre reguladores e regulados. Se o Estado já não se mostra capaz de regular sozinho eficazmente as condutas, esses novos arranjos regulatórios apresentam-se como alternativa que permitem ao Estado descentralizar a regulação (BLACK, 2002)⁴². Abordagens de regulação descentralizada enfatizam a complexidade, fragmentação, interdependências e as falhas do governo, e sugerem os limites das distinções entre o público e o privado e entre o global e o nacional (BLACK J. , 2001); (GUNNINGHAM N. , 2009).

A teoria ou modelo de regulação descentralizada, à primeira vista, e em um nível mais básico, pode ser analisada a partir do contraste com a clássica regulação estatal, que se manifesta por meio do uso de normas legais apoiadas por sanções administrativas ou penais e dos típicos instrumentos de comando e controle. A regulação descentralizada, ao contrário, não é “centrada” no Estado, mas não deixa de envolver manifestações estatais em reação, o que a afasta do modelo de desregulação pura e simples. Trata-se, portanto, de modelos regulatórios que se contrapõem porque baseados em diagnósticos diferentes acerca das falhas regulatórias de mercado e de como pode o Estado supri-las ou corrigi-las. Assim, a complexidade, a fragmentação e construção do conhecimento, fragmentação do exercício do poder e controle, autonomia, interações e interdependências, atenuação da distinção entre público/privado e estratégias híbridas e multifacetadas de conformação de comportamentos reconstituem o pano de fundo da regulação descentralizada (BLACK, 2002, p. 106).⁴³

⁴² Segundo a autora, há sete elementos característicos (BLACK J. , 2001), posteriormente resumidos em cinco (BLACK J. , 2002), da ideia de regulação descentralizada: complexidade, fragmentação e construção de conhecimento, fragmentação do exercício de poder e controle, autonomia, interações e interdependências, colapso da dualidade público-privado, estratégias regulatórias. De forma conjunta, tais elementos compõem uma nova realidade regulatória (pós Estado Regulador), baseada no dinamismo, complexidade e diversidade da vida econômica e social, e na inerente ingovernabilidade dos atores, sistemas e redes sociais, e sugere um diagnóstico de falha das ideias de Estado Regulador e de Novo Estado Regulador onde o “Novo” se refere a novas técnicas de regulação utilizadas em áreas da vida social e econômica, diferentes das técnicas relacionadas a comando e controle estatal.

⁴³ Na verdade, a noção de regulação descentralizada se contrapõe à ideia que sustenta o papel do Estado no modelo de comando e controle, segundo a qual a regulação deve ser centralizada no Estado porque esse detém a capacidade de ser o único comandante e controlador dos mercados regulados, e de ser potencialmente eficaz em comandar e controlar. Ela é unilateral na sua abordagem (governos ditando, outros obedecendo, fazendo), com base em relações de causa e efeito simples, e prevê uma progressão linear que vem desde a sua conformação política até sua implementação (ARANHA M. I., 2021). No entendimento da regulação descentralizada, no entanto, o problema de informação é mais complexo: ao contrário da análise tradicional, ela não assume que qualquer ator, sozinho, tem todas as informações necessárias para resolver os problemas sociais, o problema não pode ser

Não se trata de desregulação, muito menos de “privatização” da regulação. O modelo de regulação descentralizada implica a ressemantização da própria noção de regulação, que tradicionalmente pressupõe que os governos têm um monopólio sobre o exercício do poder de regular e controlar condutas e a exata compreensão das reais capacidades do Estado e de suas limitações. Pensar a regulação nessa perspectiva não significa, todavia, renúncia à importância e imprescindibilidade do Estado no processo regulatório: esse ainda deve atuar

formulado como sendo uma questão de a indústria ter informações e o governo precisar delas. Ao contrário, nenhum ator tem todo o conhecimento necessário para resolver problemas complexos, diversos e dinâmicos, e nenhum ator, sozinho, tem a possibilidade de empregar todos os instrumentos necessários para fazer uma regulação eficaz (BLACK J. , 2002). Além disso, há o reconhecimento por parte da teoria da regulação descentralizada de que o governo não tem um monopólio sobre o exercício do poder e controle do mercado, mas sim que este é fragmentado entre atores sociais e entre os atores e o Estado. Assim, nenhum ator pode ter esperança de dominar unilateral e completamente o processo regulatório, uma vez que todos os atores são bastante limitados no alcance de seus próprios objetivos, não só por limitações na sua própria capacidade de conhecimento, mas também pela autonomia dos outros (BLACK J. , 2002). Essa fragmentação do exercício do poder e do controle enseja um aspecto da regulação descentralizada: o reconhecimento da autonomia dos atores sociais, entendida não como negativa da interferência do Estado, mas sim que os atores devem se desenvolver ou agir de acordo com sua própria maneira. A regulação, portanto, não pode tomar o comportamento daqueles que estão sendo regulados como uma constante, pois são dotados de autonomia, movimento próprio e espontâneo. Isso tem várias implicações, entre as quais a mais óbvia a de que a regulação produzirá mudanças e resultados no comportamento dos regulados que não são intencionais e que a sua forma pode ter de variar dependendo da atitude do regulado em relação ao cumprimento das regras, uma atitude que ele próprio, regulador, pode afetar. Isso possui repercussões importantes para a teoria responsiva da regulação, como se verá a seguir (BLACK J. , 2002). A compreensão descentralizada de regulação também leva ao entendimento de que a regulação é uma mão de duas vias, ou três ou quatro vias entre todos os envolvidos no processo de regulação e, particularmente, entre o regulador e regulado na implementação da regulação. Em outros termos, a regulação é “coproduzida”. Ou seja, a dinâmica na compreensão das interdependências e interações existentes entre o Estado e atores sociais implica na aceitação do fato de que não se trata de a sociedade ter necessidades (problemas) e o Estado dispor de capacidades (soluções), mas de que cada ator deve ser visto como tendo ambos, problemas (necessidades) e soluções (capacidades), e como sendo mutuamente dependentes uns dos outros para a sua resolução e utilização. Há um reconhecimento, portanto, de que os problemas sociais são o resultado de vários fatores interagindo, alguns dos quais podem não ser conhecidos, e cuja natureza e relevância podem mudar ao longo do tempo, e cuja interação será somente imperfeitamente entendida. Deve-se, também, perceber que interações entre os atores são dinâmicas e as relações entre eles produzem uma tensão constante entre estabilidade e mudança dentro de um sistema. Essas interações são, elas próprias, complexas e intrincadas, e os atores se diferenciam em seus objetivos, intenções, normas e poderes (BLACK, 2002, p. 109). A alegação de que a regulação é o produto de interações e interdependências leva a um outro aspecto da compreensão descentralizada de regulação, qual seja, a superação da distinção entre público e o privado em termos sociopolíticos e um repensar do papel da autoridade formal na regulação. Na compreensão descentralizada de regulação, regulação existe mesmo na ausência de sanção legal formal, sendo ela o produto de interações, e não só do exercício formal, constitucionalmente reconhecido da autoridade estatal. Nessa vertente, a atenuação da distinção público/privado passa a ser uma ferramenta útil na identificação de arranjos híbridos ou redes que combinam atores governamentais e não governamentais numa variedade de maneiras de se regular. Também esse ponto é de grande relevância para a Regulação Responsiva, quando se tratar de “tripartismo” e escalada em rede da pirâmide de estratégias e de sanções regulatória, consoante abordar-se-á adiante (BLACK J. , 2002, p. 110). Por fim, a visão que fundamenta a regulação descentralizada diz respeito à própria forma de se conformar condutas: as estratégias regulatórias também devem ser híbridas (combinação de atores governamentais e não governamentais), multifacetadas (usando um número de diferentes estratégias em simultâneo ou sequencialmente) e, precipuamente, indiretas ou propositivas (BLACK, 2002, p. 111).

como a estrutura social determinante em termos de produção e *enforcement* jurídicos, já que “a heterarquia só pode ter sucesso à sombra da hierarquia (GUNNINGHAM N. , 2015b).

O Estado continua sendo o melhor ou o único jogador capaz de efetivamente assegurar a devida intervenção nos setores regulados. Independentemente da forma específica de arranjo adotado, é difícil imaginar a regulação descentralizada e colaborativa operando na completa ausência de um governo fornecendo algum nível de orientação. Assim, ao mesmo tempo que se mostra importante o Estado rever e até recuar de muitas de suas tradicionais funções regulatórias de comando e controle hierárquicos, surgem oportunidades para forjar um novo papel, coordenando instituições privadas e mobilizando atores e recursos na promoção de políticas públicas (GUNNINGHAM N. , 2015b).

Nesse contexto, o temor à sanção deixa de ser visto como o fator mais importante ou determinante de obediência à norma e a atuação de outros atores que não o Estado, que pressionem social, técnico, jurídico ou economicamente os agentes regulados, ganha destaque como elementos de novas estratégias regulatórias (BRAITHWAITE J. , 1982).⁴⁴ Assim, o grande desafio da governança contemporânea é saber conciliar atributos hierárquicos e colaborativos, posto que nenhum dos dois, por si só, representa nem o melhor nem o pior de um modelo de gestão. É esperado e desejável que a governança regulatória se torne cada vez mais descentralizada, responsiva e participativa, mas é preciso que o Estado mantenha o seu papel condutor e garantidor dos objetivos regulatórios.

Uma vez destrinchado o modelo de regulação descentralizada, cabe registrar as formas ou modalidades regulatórias – que se examinadas mais detidamente adiante – sob os

⁴⁴ Essa análise é desenvolvida também pelas teorias da “nova governança” e do “novo Estado regulador” (BRAITHWAITE J. , 2008), nas quais os elementos e formas plurais de regulação são enfatizadas no esforço para capturar a pluralidade de interesses e fontes de controle sobre questões, problemas e instituições (GUNNINGHAM, 2009). Elas também muito discutem acerca de qual seria o modelo adequado de regulação do comportamento empresarial. Entre os mecanismos alternativos considerados, encontra-se uma nova forma de o Estado se valer da regulação jurídica, não apenas impondo obrigações à luz do tradicional modelo de comando e controle, mas criando incentivos que estimulem a adoção dos comportamentos esperados e promovam a autorregulação dos agentes econômicos, os quais devem ser monitorados em um ambiente de cooperação que fomente e valorize condutas proativas por parte dos regulados. Essas abordagens inovadoras sobre a regulação revisitam, portanto, as noções tradicionais acerca do papel e da atuação do Estado no processo de conformação de comportamentos, conferindo maior relevo à qualidade, desempenho e efetividade da regulação (BLACK, 2001)

quais ele pode se revelar. A literatura apresenta as seguintes espécies: correção ou autorregulação regulada, que se dá quando a responsabilidade pelo desenho regulatório ou *enforcement* é compartilhada entre o regulador e o regulado; autorregulação forçada, quando o regulador compele o regulado a editar um conjunto de regras personalizadas para o conjunto específico de contingências enfrentadas por aquela firma, atribuindo a maioria das responsabilidades e custos de *enforcement* ao regulado; metarregulação, que se dá quando o regulado determina suas próprias regras e o papel do regulador restringe-se à supervisão dos mecanismos de controle, compliance e gestão de riscos do regulado; e a regulação em rede ou multinível, que ocorre quando a autoridade regulatória é alocada a diferentes níveis de enlacs e arranjos (GUNNINGHAM & SINCLAIR, 2017); (COCA VILA, 2013); (SIEBER, 2013); (GONZALES & BERINI, 2013); (PARKER, 2002).

1.3 A Teoria da Regulação Responsiva (e suas releituras e aprimoramentos) como abordagem mais adequada para a operacionalização da regulação como instrumento de conformação de condutas: respostas diferentes para problemas distintos

A Teoria da Regulação Responsiva, baseada na célebre pirâmide regulatória, formulada originalmente por Ayres e Braithwaite (AYRES & BRAITHWAITE, 1992) e revisada e aprofundada ao longo dos últimos vinte anos por diversas teorias que foram aprimorando seus pressupostos teóricos e promovendo avanços, acréscimos e melhorias em sua abordagem⁴⁵, tornou-se basilar no estudo e na prática da regulação contemporânea e, ainda hoje, exerce enorme influência entre organismos internacionais, acadêmicos e reguladores.

⁴⁵ Com efeito, conforme leciona Márcio Iório (ARANHA M. I., 2021) – principal referência no Brasil sobre estudos que envolvem a teoria da regulação responsiva – desde a edição do clássico livro de Ayres e Braithwaite, de 1992, o qual organizou estudos prévios, como o do próprio Braithwaite sobre autorregulação regulada, de 1982, a teoria da regulação responsiva foi sendo aprimorada por uma infinidade de artigos científicos e livros sobre o tema que ocuparam as décadas de 1990, 2000 e 2010 com propostas de melhoria teórica, tais como a proposta do diamante regulatório de Kolieb (2015), e aplicação prática em formato de governança nodal, como foi o caso do esforço do próprio Braithwaite (2006) de expansão do campo de aplicação da teoria para países em desenvolvimento, ou mesmo avanços para o campo dos princípios regulatórios que sirvam de guia para a composição de um mix de técnicas regulatórias proposta pela regulação inteligente de Gunningham e Grabosky (1998), conforme abordar-se-á adiante.

Ayres e Braithwaite conceberam um modelo regulatório que se dedica a compreender o fluxo e a dinâmica regulatória partindo do pressuposto de que há uma pluralidade de fatores, que não apenas a sanção, que determinam a obediência às regras e a conformação de condutas, devendo os governos, portanto, a ser responsivos ao funcionamento do ambiente regulado e ao comportamento daqueles que pretendem regular a fim de decidir se, e em quais circunstâncias, respostas mais ou menos intervencionistas são necessárias, o que exige do regulador capacidade para lidar com as diferenças de motivação dos regulados⁴⁶ e para aplicar oportunamente técnicas de punição ou de persuasão⁴⁷. Assim, o que distingue a teoria responsiva de outras teorias regulatórias é o foco no fatores que devem desencadear a resposta regulatória e em como essa resposta deve se dar (ARANHA, 2021).⁴⁸

A Teoria da Regulação Responsiva opõe-se, portanto, ao clássico modelo, de natureza repressiva, analisado anteriormente, de comando e controle, no qual a resposta regulatória é, em geral, fixada *ex ante*, por meio do estabelecimento de previsões normativas que pautam a conduta dos regulados e que oferecem pouca margem de flexibilidade à atuação dos reguladores. Como visto, nesse modelo tradicional, a resposta regulatória se dá pela mera subsunção dos fatos à norma regulatória da conduta: se o agente regulado cumpriu as

⁴⁶ Sobre o tipo de atores regulados e as motivações que orientam o seu comportamento, vale mencionar os trabalhos coordenados pelo Professor Yuval Feldman, um dos maiores estudiosos do tema. Para o autor, há basicamente, cinco tipos de regulados: o primeiro é aquele movido por estímulos, incentivos (*Incentive-Driven Individual*), cuja marca característica é o cálculo do custo-benefício. O segundo é o indivíduo racional (*Reason-Driven Individual*), que procura, acima de tudo, ser convencido da razoabilidade das atitudes do regulador. O terceiro é o ator orientado por um viés social (*Socially-Oriented Individual*); segundo Feldman, isso significa que é um agente que procura, nas relações sociais, sua identidade, e o foco do regulador, nesse caso, tem que mudar da justiça da norma para, por exemplo, a quantidade de indivíduos que seguem e cumprem a norma, estimulando-o a cumprir também. O quarto tipo de ator regulado é aquele que age guiado por decisões morais (*Morality-Oriented Individual*), como ausência de dano a outros. Por fim, haveria o ator motivado por razões de cidadania (*Citizenship-Oriented Individual*), ou seja, que obedeceria aos preceitos em razão de eles emanarem de uma autoridade soberana, a quem compete criar regras (FELDMAN, 2011, p. 336). Este tema será abordado com mais detenção no tópico adiante que tratará do enforcement e conformidade regulatória.

⁴⁷ Persuadir, para a teoria da regulação responsiva, significa negociar, renunciando-se à aplicação intransigente de punições para valorizar comportamentos cooperativos de regulados e, em última análise, ampliar os efeitos da regulação (BRAITHWAITE J., 1985, p. 113), pois a “punição nunca resulta sozinha em um meio efetivo de regulação de negócios” (BRAITHWAITE J., 1985, p. 117).

⁴⁸ Ressalte-se que, diferentemente do que alguns críticos da teoria da regulação responsiva por vezes propalam, a teoria não defende a redução do tamanho do Estado, tampouco a limitação de seu papel na condução da economia. Ao contrário, a teoria responsiva parte do princípio de que o bom funcionamento dos mercados somente pode atingir uma estágio ótimo quando o fluxo regulatório estiver funcionando adequadamente e isso só pode se dar por intermédio da regulação estatal. (BRAITHWAITE J., 1985, p. 86).

determinações normativas, não será punido; se as violou, deverá ser sancionado com as penas previstas na legislação.

Em contraposição, a teoria da regulação responsiva fornece mecanismos alternativos à ameaça de sanção como estratégia de indução de comportamentos: ao invés de se restringir a regras impostas unilateralmente pelo Estado e concebidas sem levar em consideração, no mais das vezes, o funcionamento do ambiente regulado e o perfil e conduta dos regulados, o modelo responsivo – baseado em pesquisas empíricas que evidenciaram que atores regulados são motivados a conformarem seus comportamentos por uma ampla gama de fatores – se dedica à compreensão das motivações que levam os sujeitos a adotar um ou outro comportamento e recomenda a utilização de mecanismos autorregulatórios e políticas menos intervencionistas e contundentes, de modo a se obter melhores resultados regulatórios. A boa regulação, para a teoria da regulação responsiva, é aquela que sabe quando punir e quando persuadir (BRAITHWAITE J. , 1985, p. 119).⁴⁹

Assim, ao enfrentar tal dilema vivido por muitos reguladores, o modelo responsivo sugere como estratégia mais efetiva a adoção, em um primeiro momento, de uma postura regulatória flexível e dinâmica que parte da presunção inicial de que o agente regulado é um “ator virtuoso”, que irá cumprir espontaneamente as regras que lhe são impostas, bastando para tanto que seja conscientizado de sua obrigação e que tenha capacidade de cumpri-la – embora também se alerte que nem todos os regulados são virtuosos, devendo as “armas” do regulador estarem sempre prontas para serem “atiradas”, conforme se verá adiante. Somente em caso de falha da educação e da persuasão e de outros esforços colaborativos é que se deve supor que o agente regulado é um ator racional, que apenas cumprirá a obrigação se lhe for economicamente

⁴⁹ Ao reconhecerem a forte polarização do debate entre aqueles que defendem que os regulados somente cumprirão as determinações regulatórias quando confrontados com a possibilidade real de sofrerem pesadas sanções e aqueles que acreditam ser possível conseguir a obediência às normas por meio da persuasão, Ayres e Braithwaite propõem que essa questão seja superada por uma visão de equilíbrio: para eles, a pergunta crucial não deve ser “punir ou persuadir”, mas sim “quando punir, quando persuadir?” (AYRES & BRAITHWAITE, 1992, p. 20), sem ceder à tentação de rejeitar instrumentos punitivos ou restringir-se a eles (MORGAN & YEUNG, 2007, p. 193). Para tanto, sugerem uma tática “*tit for tat*” (TFT), como um “toma lá, dá cá”, a qual seria mais adequada não só para constranger os atores classificados como “calculadores econômicos” a cumprir a lei, mas também a inculcar confiança e gerar virtudes cívicas. Já em relação às empresas que cooperam, o regulador deve se abster de maiores punições e partir para a punição apenas se e quando elas deixarem de cooperar e tentar se aproveitar, em benefício próprio, do modelo regulatório adotado. (AYRES & BRAITHWAITE, 1992, pp. 20-21).

racional fazê-lo. Caso os métodos de regulação coercitivos e sancionatórios também não sejam capazes de obter a conformidade, a suposição do regulador sobre o regulado se alterará, pois se passará a questionar a própria racionalidade do agente (BRAITHWAITE J. , 2011).⁵⁰

A teoria responsiva rejeita, portanto, qualquer estratégia regulatória baseada somente na punição ou fundada somente na persuasão: ela necessariamente combina formas de regular apoiadas em incentivos extrínsecos e intrínsecos para obter efetividade regulatória (DRAHOS, 2017, pp. 25-114), uma vez que se ancora na premissa de que o ponto de partida da atividade regulatória deve ser o diálogo e a interação persuasiva entre regulador e regulados (AYRES & BRAITHWAITE, 1992, p. 40), inclusive porque a punição como primeira escolha mostra-se contraprodutiva sob vários aspectos.⁵¹ Além do mais, e esse ponto é extremamente importante, um perigo crucial que abordagens regulatórias, baseadas exclusivamente em estratégias punitivas, oferecem é que elas inibem a autorregulação ao desconsiderar condutas que indicam boa-fé e disposição para cooperação, comprometendo o senso de justiça que deve fundamentar a relação entre regulador e regulado (AYRES & BRAITHWAITE, 1992, p. 25).

Desse modo, para representar didaticamente o que entendem ser o modelo ideal de uma regulação responsiva, Ayres e Braithwaite conceberam a célebre pirâmide, em cuja base, onde se concentra a maior parte dos regulados, que têm perfil cooperativo, deve preponderar abordagens menos intervencionistas e mais negociadas, capazes de obter de modo persuasivo a conformidade buscada. À medida que se sobe na pirâmide, intervenções cada vez mais drásticas junto a regulados recalcitrantes, que não se mostram dispostos a conformar seus

⁵⁰ Registre-se que, também quanto a esse aspecto, é possível encontrar críticas injustas à teoria da regulação responsiva que apontam haver certo estímulo à leniência por parte dos reguladores em suas premissas ou até um incentivo à impunidade. Na verdade, Ayres e Braithwaite deixam claro que não se deve partir do pressuposto de que as empresas são puramente *profit maximizers*, já que em todos os setores regulados haverá sempre aqueles que tenderão a cooperar mais e aqueles que serão recalcitrantes. Por isso, recomendam que a resposta regulatória seja moldada de acordo com a atuação da firma regulada, já que em muitos casos, por exemplo, essas valorizam mais a reputação, o que requer do regulador a utilização de mecanismos como sanções de publicidade adversa para ameaçar o regulado caso não coopere. Além disso, a teoria responsiva propugna que o regulador deve se concentrar nos ofensores contumazes (AYRES & BRAITHWAITE, 1992, p. 22).

⁵¹ Segundo apontado pela literatura, a punição é mais cara que a persuasão, sendo fonte frequente de litígios administrativos e judiciais; a persuasão como primeira estratégia estimula o lastro de cooperação entre regulador e regulado e antecipa a justificativa de uma eventual penalidade subsequente; e a punição enseja “jogos de gato e rato” entre regulador e regulado, em que o esse passará a buscar brechas legais enquanto aquele reagirá editando mais normas para cobri-las. Em suma, “a adoção da punição como primeira estratégia é dispendiosa, de difícil manejo e contraprodutiva, ao minar a boa vontade daqueles comprometidos com a conformidade” (AYRES & BRAITHWAITE, 1992, p. 26).

comportamentos, são previstas.⁵² De acordo com a teoria, escalar a pirâmide, como resposta a uma infração, tem como objetivo obter não a punição em si, mas a restauração da conduta do agente. Atingido esse objetivo, deve-se dar marcha à ré e fazer o caminho para baixo da pirâmide, voltando-se à base inicial, de persuasão e de diálogo (AYRES & BRAITHWAITE, 1992, p. 42)⁵³.

Ocorre que, não obstante o regulador sinalize que sua estratégia preferida é a autorregulação e que prefere obter a conformidade do comportamento do agente de forma espontânea e colaborativa, ele deve deixar bem claro sua firme vontade de aplicar as devidas sanções em caso de descumprimento e sua disposição implacável de escalar a pirâmide sancionatória. Ayres e Braithwaite deixam claro que de nada adiantaria todo esse modelo regulatório sem o que eles chamam de “*big gun*”, considerada a grande arma do modelo responsivo, segundo a qual a gradação sancionatória progressiva deve ser vista pelos regulados como inevitável, semelhante à estratégia de “queimar os navios”, para que saibam que não haverá recuos na escalada regulatória em caso de violações da norma (AYRES & BRAITHWAITE, 1992, p. 38)⁵⁴.

Além disso, para que a regulação responsiva se revele efetivamente frutífera, é necessário que o regulador considere o “cenário atitudinal”, ou seja, o comportamento global

⁵² Segundo os autores, o maior desafio para o desenho do modelo regulatório responsivo se encontra não no topo ou na base da pirâmide, mas sim em seu meio, onde reside o maior campo para evolução da teoria. Para lidar com os regulados que se encontram nesse perfil, Ayres e Braithwaite desenvolveram o conceito de autorregulação regulada ou supervisionada (*enforced self-regulation*), que se baseia na ideia de que toda empresa seja obrigada a propor padrões regulatórios que pretende observar e cumprir, a fim de evitar a estipulação de padrões mais gravosos pelo órgão regulador. Essa autorregulação deve possuir duas características fundamentais: ser de observância obrigatória pelas empresas, sob pena de sanção, e ter seu cumprimento fiscalizado por todos, de maneira pública, de modo a induzir, sob a ameaça reputacional, o autocontrole e fiscalização da própria empresa (AYRES & BRAITHWAITE, 1992, p. 101).

⁵³ Nesse sentido, Ayres e Braithwaite afirmam que a regulação é um jogo de “finesse” na manipulação das alternativas postas à sua disposição e que a estratégia de sucesso de uma boa modelagem regulatória depende não só da existência da pirâmide de estratégias e sanções regulatórias, mas também de que (a) só se deve escalar para a punição como o último recurso (*last resort*); (b) essa opção punitiva deve ser exercida somente até o ponto de conseguir compliance do regulado, e não mais (AYRES & BRAITHWAITE, 1992, p. 50).

⁵⁴ Registre-se que Gunningham e Sinclair vão além e defendem que tampouco a escalada piramidal surtirá o efeito esperado se não for também aplicado o que eles chamam de “sequenciamento dos instrumentos regulatórios” (GUNNINGHAM & SINCLAIR, 1999), entendido como o desenho pré-estabelecido de medidas regulatórias punitivas e estratégicas que serão tomadas caso o regulado não seja cooperativo. Esse sequenciamento serve a dois propósitos: o primeiro é evitar o uso atrapalhado e ineficiente de diversos instrumentos regulatórios ao mesmo tempo e o segundo é deixar claro para o regulado qual será o próximo passo a ser tomado pelo regulador, em caso de descumprimento do acordado entre ambos

do regulado, que não se reduz à verificação pontual e isolada da conformidade face a determinada obrigação, mas contempla o exame, de forma holística, da conduta de cumprimento de regras regulatórias como um todo.

Constata-se, portanto, diante de todo o exposto, que a Teoria da Regulação Responsiva é aplicável a múltiplos contextos e preconiza a necessidade de se compreender a estrutura do mercado regulado e as motivações que levam os sujeitos a adotar um ou outro comportamento, além de recomendar a utilização, pelo menos em um primeiro momento e para determinados sujeitos, de políticas menos intervencionistas e mais baseadas na interação entre regulador e regulados. Ou seja, para a Teoria da Regulação Responsiva, não há respostas ideais, universalmente aplicáveis, assim como não há nenhum método regulatório – nem a autorregulação, tampouco a regulação de comando e controle – que se afigure método ótimo, mas é a interação, integração e complementação de diferentes técnicas e estratégias reguladoras que contribui para a efetividade da regulação em determinado contexto ou momento histórico. Por isso, o dinamismo constitui elemento vital do modelo e é um reflexo do que a Teoria concebe como sendo o objetivo final da regulação: promover a melhoria contínua do comportamento dos regulados.

Por fim, é importante registrar, que, não obstante todo o entusiasmo em torno da Teoria da Regulação Responsiva e sua ampla difusão e aplicação, ela não é imune a críticas e não deve ser encarada como uma panaceia ou como solução regulatória a ser aplicada em quaisquer circunstâncias. Não sem razão, o modelo foi revisado pelos próprios autores que o formularam originalmente, além de terem sido objeto de importantes releituras⁵⁵, conforme já

⁵⁵ Dentre as teorias que revisitaram a Teoria da Regulação Responsiva, vale destacar a Teoria denominada *Smart Regulation*, concebida por Gunningham, a qual propõe o uso de uma pirâmide de estratégias regulatórias e de sanções parecida com a de Ayres e Braithwaite, mas diferente dela, à medida que ele a concebe como uma pirâmide tridimensional, cada face sendo representada pelo governo, empresa regulada e terceiros. Nesse modelo, a escalada de sanções e de estratégias regulatórias poderia ser feita em cada face da pirâmide de forma independente, e não somente em termos de maior intervenção governamental. O que está por trás dessa ideia é o que Gunningham e Sinclair chamaram de “regulação integrativa”, que contempla, além do regulador estatal e do regulado privado, terceiros alheios a essas duas partes, que também influem decisivamente na conformação regulatória, conferindo à pirâmide a característica tridimensional e não mais de um simples triângulo. Com isso, a escalada na pirâmide seria possível em qualquer de suas faces, por qualquer dos atores a qualquer momento (GUNNINGHAM & SINCLAIR, 1999, p. 861). Também Baldwin, Cave e Lodge formularam algumas críticas a respeito da teoria responsiva. Segundo os autores, escalar a pirâmide, passo por passo, pode não ser a melhor abordagem em algumas circunstâncias, já que, depois de ter escalado a pirâmide, é difícil muitas vezes descer novamente a um regime de maior liberdade. Da mesma forma, alertam para o fato de que a utilização da estratégia do “*tit for tat*” de forma

mencionado, por renomados autores que têm buscado responder, nos últimos anos, a questões que não teriam sido devidamente enfrentadas pela abordagem clássica da regulação responsiva.

Entre as críticas recebidas, vale destacar a que se refere à impossibilidade de sua aplicação nos países em desenvolvimento, os quais teriam menor capacidade regulatória para implementar o modelo regulatório responsivo por não disporem de força política suficiente para carregar uma *big gun* como ameaça crível contra grandes corporações econômicas e de órgãos reguladores aparelhados, em termos quantitativo (número de pessoal) e qualitativo (formação dos reguladores) para poder aplicar corretamente a teoria responsiva, com suas nuances de equilíbrio entre fiscalização, persuasão, diálogo, punição, escalada e descida da pirâmide etc. (BRAITHWAITE J. , 2006, p. 884).

A resposta de Braithwaite a tal crítica é a necessidade de se complementar a regulação responsiva com a regulação em rede, fortalecendo a atuação de terceiros, particularmente organizações da sociedade civil, que devem ser diretamente envolvidos na supervisão da aplicação das regras⁵⁶. Desse modo, levando-se em conta o custo da supervisão do comportamento dos agentes regulados e a dificuldade, muitas vezes, de operacionalizá-la, a Teoria Responsiva propõe a constituição de um sistema regulatório em rede, no qual sejam inseridos diversos parceiros, movidos pelo interesse comum de fazer cumprir a regulação (BRAITHWAITE, 2008). Esses atores compartilhariam com o Estado a fiscalização e a “punição” das ações desconformes: quanto mais alto o nível em que estiver situado o regulado

generalizada pode não ser produtivo, pois muitos regulados não são responsivos aos reclamos do regulador, até porque, muitas vezes, a comunicação é falha e, por fim, que a regulação não é um jogo somente de duas partes (regulador e regulado), mas algo bem mais complexo do que isso (BALDWIN, CAVE, & LODGE, 2012, pp. 260-263).

⁵⁶ Veja que Braithwaite, ao responder à crítica de que a teoria responsiva não se mostra condizente à realidade dos países em desenvolvimento, defende que ela é particularmente atraente para essa categoria de países, justamente por lidar com o fato de que nenhum governo detém todos os recursos e meios suficientes para, consistentemente, garantir a aplicação de todas as normas. Assim, a regulação responsiva tornar-se-ia útil em países que disponham de meios ou de capacidade escassos ou fracos para impor a regulação. Uma capacidade regulatória mínima precisa ser estabelecida e, a partir daí, a teoria mostra como essa capacidade pode ser direcionada e alavancada mediante a formação de redes de regulação, inclusive com participação relevante de organizações não-governamentais como terceiros interessados envolvidos diretamente no processo regulatório (BRAITHWAITE J. , 2006). Assim, em um contexto de “Estado pós-regulatório” (TEUBNER, 1986), em que a regulação se torna plural (BRAITHWAITE J. , 2006, p. 889) é possível aos países em desenvolvimento saltar diretamente da era do Estado regulador para a era da governança em rede que caracteriza essa sociedade reguladora atual. Os países em desenvolvimento podem, portanto, lidar com a questão da capacidade de realizar a regulação responsiva menos pela escalada em termos de intervenção estatal e mais em termos de escalada do Estado em rede com os reguladores não-estatais.

nas camadas da pirâmide regulatória, maior importância essa governança em rede assumirá, pois mais suscetível o regulado será a pressões, críticas e demandas advindas desses parceiros regulatórios (BRAITHWAITE, 2011).

Já entre as revisões e aprimoramentos pelos quais passou a teoria da regulação responsiva, vale destacar a chamada teoria do diamante regulatório (KOLIEB, 2015)⁵⁷, a qual propõe a ampliação do conceito clássico de regulação, baseado em métodos e mecanismos de conformidade a regras ou constrangimento derivado de regras regulatórias, para incluir também referência ao comportamento para além da conformidade ou *beyond compliance* (BORCK & COGLIANESE, 2011). Assim, enquanto a pirâmide regulatória se concentra na conformidade às normas – *compliance-centred models*, o diamante regulatório se preocupa em incentivar padrões de comportamentos para além da conformidade às normas, separando as normas positivadas – consideradas o mínimo necessário – das metas aspiracionais, baseadas em ideais desejáveis da regulação (KOLIEB, 2015, p. 151).

Desse modo, a contribuição do diamante regulatório está exatamente em acoplar à pirâmide regulatória tradicional uma outra pirâmide, com polo inverso, que une, à sistemática focada em conformidade, uma abordagem aspiracional que incentiva os regulados a irem além do compliance normativo, fomentando a ideia de um comportamento virtuoso que não se resume ao mero cumprimento das normas, criando, com isso, um mercado para virtude (KOLIEB, 2015, pp. 155-162).

⁵⁷ O diamante regulatório, tal como a pirâmide regulatória, é uma representação simplificada da teoria. A diferença da proposta de diamante regulatório está em que, ao enfatizar tanto padrões e incentivos comportamentais de conformidade à norma, quanto incentivos ao regulados de irem além do exigido pela normatização, cada metade do diamante regulatório representa um aspecto da regulação; a metade inferior do diamante é dedicada a representar as contribuições sedimentadas da pirâmide regulatória brathwaitiana invertida, reunindo-se ali as medidas punitivas e persuasivas da pirâmide de constrangimento com finalidade de regulação para conformidade às normas – regulação de conformidade ou *compliance regulation* –, enquanto a metade superior dedica-se a representar a contribuição originária de estudos sobre conformidade para além das normas – regulação aspiracional ou *aspirational regulation*. Há várias semelhanças entre o diamante regulatório e a pirâmide regulatória que vão além do fato de que a parte inferior do diamante é composta pela própria pirâmide regulatória invertida. A parte central do diamante, que coincide com as bases das pirâmides de conformidade e de aspiração, representa o espaço regulatório onde ocorre a maioria das interações regulatórias apoiadas em medidas educativas e mecanismos cooperativos apoiados no diálogo entre regulador e regulado (KOLIEB, 2015, p. 152).

1.3.1 A instrumentalidade do processo sancionador e a desmistificação da sanção na Teoria da Regulação Responsiva como única ou principal resposta do Estado à desconformidade de condutas

Embora em todas as diferentes etapas que compõem o ciclo da regulação – dicção da norma, conscientização e treinamento dos regulados, supervisão-orientação, fiscalização e sanção – possam ser identificados elementos e situações que desafiam a implementação de modelos regulatórios mais responsivos, modernos e inteligentes, é a atividade de *enforcement*, representada pela ação estatal de constrição dos comportamentos privados para conformá-los à norma e garantir a consecução do resultado regulatório, que mais tem suscitado discussões na atualidade, não só pelo impacto que efetivamente pode provocar na esfera jurídica do regulado e na performance da regulação, mas, também, em virtude da menor atenção que recebeu nas últimas décadas, quando os estudos e esforços voltados à melhoria regulatória foram dirigidos de modo preponderante à etapa de elaboração das normas, em especial à avaliação de seu impacto regulatório⁵⁸.

⁵⁸ Não sem razão, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem direcionado parte de seus esforços nos últimos anos para impulsionar os países na promoção de uma ampla reforma regulatória. Após os avanços obtidos na formulação e desenho das regras, com a política de incentivo à análise de impacto regulatório, a OCDE reconhece que “pouca atenção foi dada ao exame das possibilidades de melhorar a forma como os regulamentos são implementados e aplicados e que a entrega de resultados regulatórios não pode ser eficaz sem se avançar também nessa seara e que as inspeções são uma das formas mais importantes para se fazer cumprir os regulamentos e garantir a conformidade regulatória. Assim, com vistas a contribuir para a construção de princípios universais que possam aprimorar os processos de supervisão e fiscalização regulatórios, a OCDE publicou o Relatório Regulatory Enforcement and Inspections: OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy (<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264208117-en.pdf?expires=1598981787&id=id&accname=guest&checksum=5C5C831526A72782D73A3A1CD01F4373>), o qual, baseado em princípios-chave e orientações para organizar a reforma da fiscalização regulatória nos países da OCDE, apresenta uma lista de 12 critérios que correspondem aos 11 Princípios de Melhores Práticas da OCDE para Aplicação de Regulações e Inspeções (Enforcement baseado em evidências; Seletividade; Foco no risco e proporcionalidade; Regulação responsiva; Visão de longo prazo; Coordenação e consolidação; Governança transparente; Integração de informações; Processo claro e justo; Promoção de conformidade; Profissionalismo) e um décimo segundo critério para uma “real verificação” do efetivo desempenho regulatório, bem como Guia OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit (<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/oecd-regulatory-enforcement-and-inspections-toolkit-9789264303959-en.htm>), o qual apresenta um checklist de verificação dos mencionados 12 critérios, a fim de auxiliar regulados, reguladores, partes interessadas e especialistas a avaliar o nível de desenvolvimento do sistema de supervisão e fiscalização regulatória de um determinado país para identificar pontos fortes e fracos e potenciais áreas para melhoria. Observe-se que ambos os documentos se baseiam fortemente nos princípios e diretrizes da Regulação Responsiva.

O resultado da pouca ênfase atribuída de modo geral ao *enforcement* regulatório foi que, mesmo em contextos em que identificada melhoria regulatória, essa não se refletiu em alterações mais profundas na tradicional forma como o Estado busca obter a conformação do comportamento dos regulados, o qual continua a valer-se prioritariamente de seus instrumentos punitivos para dissuadir a prática de condutas desviantes, desconsiderando outras opções regulatórias que poderiam induzir mais eficazmente o cumprimento.

Nesse sentido, a visão da sanção como instrumento privilegiado de *enforcement* regulatório tem gerado, na prática, a instauração indiscriminada e não criteriosa de processos administrativos, inclusive de condutas de baixa repercussão e baixo potencial ofensivo ao bem jurídico tutelado, provocando uma situação jurídica e economicamente insustentável – que contraria princípios basilares que informam o Direito Administrativo, como eficiência, proporcionalidade e razoabilidade dos atos praticados pela Administração Pública, conforme se verá adiante – e produz efeitos diminutos na dissuasão de infrações e na consecução dos objetivos regulatórios⁵⁹.

A utilização do processo sancionador como primeira ou única opção de conformação de comportamentos ao invés de mais um dentre os demais componentes do leque regulatório, adquiriu tamanha centralidade na Administração Pública que esse passou a ser

⁵⁹ Nesse sentido, Alice Bernardo Voronof: “o direito administrativo sancionador brasileiro ainda assenta sobre premissas teóricas bastante desvirtuadas, a saber: (i) a de que a sanção administrativa seria uma consequência automática e necessária do cometimento de uma infração; (ii) a de que a sua aplicação se justificaria para atender ao interesse público, caracterizando-se como um fim em si mesmo; e (iii) a de que a competência punitiva seria sempre vinculada – isto é, o administrador não poderia sequer cogitar de outra solução a não ser punir o infrator, sob pena de ser responsabilizado por órgãos de controle. Todas essas construções carecem de uma releitura. Primeiro, porque a sanção administrativa é uma dentre as respostas possíveis do ordenamento jurídico a uma infração administrativa. Mas não é nem deve ser a única. (...) Daí a importância de que o regulador possa manejar um cardápio variado de respostas, tanto persuasivas como de comando e controle. Até porque estratégias regulatórias baseadas somente ou preponderantemente na punição tendem a reduzir o número de agentes dispostos a cooperar. De mais a mais, punir é caro, ao passo que persuadir é barato (ou nem tão caro). Logo, a regulação ancorada apenas na punição desperdiça recursos em litígios que poderiam ser melhor gastos com monitoramento e persuasão. Em segundo lugar, a sanção também não figura, necessariamente, como a melhor solução para atender aos objetivos coletivos. Não há um interesse público abstrato que justifique a priori a sua aplicação. A punição é instrumento (e jamais fim em si) e o que existe é o interesse público concreto de que os modelos regulatórios sejam adequados e efetivos. Isso não será alcançado pela aplicação irracional de punições, como multas estratosféricas e a adoção de outras medidas gravosas, a exemplo da cassação desproporcional de alvarás de funcionamento de empresas. Certa dose de criatividade, devidamente sujeita a controles pelas instituições competentes, pode levar a soluções mais eficientes.” (VORONOFF A. B., 2019, pp. 472-473)

naturalmente encarado como o *modus operandi* ordinário da regulação, como se a atividade regulatória e ordenadora do Estado se resumisse, ou mesmo se confundisse, com o exercício do poder sancionatório. Ocorre que a atividade reguladora de ordenação da vida econômica e social não se expressa pela prática de medidas isoladas, ao contrário, envolve, sempre, uma sucessão dinâmica e sistêmica, baseada em um arranjo de incentivos que visam à indução da conformação de condutas. Nessa sistemática, a regulação tem na sanção o seu ponto derradeiro e essa revela, na verdade, a ineficiência do Estado em não obter a conformação voluntária dos particulares por outros meios prévios e alternativos à sanção, sempre menores custos em termos de tempo, energia e recursos despendidos (BINENBOJM, 2017).

Desse modo, sem olvidar que o adequado manejo da sanção constitui medida de indubitável importância para o sucesso de um modelo regulatório e que ela constitui elo fundamental na engrenagem de instrumentos, incentivos e consequências esperadas de uma abordagem regulatória responsiva, consoante demonstrado alhures, a prerrogativa do regulador de instaurar processo sancionatório, quando indevidamente utilizada, pode acabar provocando um efeito reverso em seu objetivo de indução de conformidade e gerar a instalação de um sistema perverso de incentivos invertidos, o qual pode se tornar flagrantemente contraproducente e atentatório ao interesse público.

Na verdade, a decisão do regulador de instaurar um processo sancionador deve ser sempre precedida da necessária análise acurada do caso, a qual subsidiará a formação do juízo de admissibilidade acerca da justa causa para instauração ou não do processo. Ou seja, o comando normativo não impele a abertura automática, instantânea e irrefletida de processos para apuração de qualquer descumprimento de obrigações ou prática de qualquer tipo de infração. Isso porque não se pode extrair do princípio do dever poder de apuração o fundamento jurídico para se impor a instauração indiscriminada de processos sancionatórios, inclusive de condutas de baixa repercussão e baixo potencial ofensivo ao bem jurídico tutelado, gerando uma situação jurídica e economicamente insustentável.⁶⁰

⁶⁰ A consignação de tal entendimento faz-se importante para refutar argumentos contrários à possibilidade de que o regulador legitimamente exerça a função reguladora, de forma responsiva e inteligente, valendo-se dos diferentes instrumentos e técnicas regulatórias postas à sua disposição e não somente da ameaça da sanção para obter a

Com efeito, é crescente o entendimento na doutrina e na jurisprudência no sentido de que a utilização indiscriminada e não criteriosa do processo sancionador como instrumento regulatório de conformação de condutas não mais encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro e o cerne da questão gira em torno da interpretação, abrangência e escopo que a visão do dever-poder de instauração confere ao princípio da legalidade, ainda o encarando na perspectiva ultrapassada da legalidade estrita, quando, hodiernamente, é majoritária a posição de que a Administração deve se guiar pelo princípio da juridicidade, que a vincula não apenas à lei, mas à Constituição como norma jurídica, cabendo-lhe, pois, adotar todas as medidas necessárias para garantir a realização dos princípios e valores insculpidos no sistema jurídico (BINENBOJM, 2014)⁶¹.

conformação do comportamento dos regulados. Para tanto, obviamente, deve ser conferida a imprescindível – e controlável – margem de discricionariedade para que a autoridade possa decidir, em cada caso concreto, acerca da necessidade, utilidade, oportunidade e conveniência da instauração de processos administrativos apuratórios.

⁶¹ Não sem razão, ganharam força nos últimos anos os debates acerca do cenário de “crise da lei”: “é fato notório que a segunda metade do século XX assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador e de erosão da lei formal – a chamada crise da lei – caracterizado pelo desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise da representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes” (BINENBOJM, 2014, p. 35). Nesse contexto e como tentativa de resposta à “crise da lei formal”, que ensejou também a crise do próprio Direito Administrativo, a doutrina mais abalizada passa a defender a necessidade de que o princípio da legalidade seja concebido à luz do paradigma de Estado Democrático de Direito, o qual impõe a sujeição da Administração Pública diretamente à Constituição e a seus princípios e valores, não se admitindo mais que a atuação estatal seja pautada tão-somente na lei em sentido estrito. Em outras palavras, “a Constituição passa a figurar como norma diretamente habilitadora da atuação administrativa” e como “critério imediato de decisão administrativa” (BINENBOJM, 2014), uma vez que “se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito do nosso tempo faz o culto da Constituição” (BINENBOJM, 2014). Por isso, com a reconhecida supremacia formal e ascendência axiológica da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, fala-se agora em constitucionalização do Direito Administrativo e em substituição do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo, evoluindo-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas à Constituição como norma jurídica. Desse modo, a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente e conforme com o complexo sistema de princípios e regras delineado na Constituição (BARROSO, 2005). Vale ressaltar que a adoção do princípio da juridicidade, em substituição ao princípio da legalidade estrita implica, também, a revisão da noção tradicional, ainda muito propalada, que busca restringir o poder discricionário da Administração Pública, contrapondo-o, de modo simplista, ao poder expressamente vinculado pela lei. Sob o paradigma da constitucionalização do Direito Administrativo, a discricionariedade deve ser encarada como liberdade indispensável, no cenário de complexidade contemporânea, à tomada de decisão administrativa, mas liberdade vinculada à atribuição explícita ou implicitamente conferida pelo ordenamento jurídico. É dizer, o necessário poder discricionário exercido pela autoridade competente se sujeita não só às normas específicas que regem cada situação, mas ao conjunto de regras e princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral (MEDAUR, 2018). Assim, não se pode pretender mais, nesse cenário, explicar ou justificar o agir ou não agir da Administração Pública com base somente na estrita vinculação positiva à lei. Se a ideia de juridicidade administrativa se traduz na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição, não se mostra juridicamente adequado circunscrever a interpretação da norma jurídica à leitura isolada de seu comando textual. Portanto, a partir do

Desse modo, deve ser assegurada a necessária discricionariedade ao regulador para que, motivadamente, de modo legítimo, técnico, responsável e responsável, forme seu juízo de admissibilidade e decida, face à análise de um caso concreto de descumprimento de obrigação regulatória, acerca da necessidade, utilidade, oportunidade e conveniência da instauração do processo apuratório.

Uma vez demonstrada que toda atividade administrativa se encontra vinculada à Constituição, como inquestionável reflexo do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo e do reconhecimento da superioridade e força normativa da Constituição, cujos princípios e valores orientam a aplicação e interpretação de todo o ordenamento jurídico, passe-se à análise do exercício do poder punitivo da Administração Pública à luz do princípio da juridicidade, o qual impõem, também, profundas modificações no disciplinamento tradicional do processo administrativo sancionador, que passa a ser regido pelas mesmas cláusulas constitucionais⁶² que informam o processo penal, já que, conforme analisado anteriormente, o *jus puniendi* estatal é uno⁶³.

fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, para além de se sobrepor ao princípio da legalidade, o princípio da juridicidade constitui verdadeira diretriz que deve nortear a interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico, submetendo-as ao necessário filtro valorativo da Constituição (“filtragem constitucional”) (BINENBOJM, 2014), não se mostrando mais razoável, no atual contexto, a defesa do automatismo processual, tampouco a irrefletida e mecânica aplicação cartesiana das normas, sob pena de a Administração Pública negar respeito aos princípios constitucionais que a regem, em especial os princípios da proporcionalidade, eficiência e finalidade na consecução do interesse público.

⁶² Trata-se das cláusulas do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da tipicidade decorrente do princípio da legalidade, dos princípios da segurança jurídica e da irretroatividade, também devem nortear a aplicação do direito administrativo sancionador os princípios da culpabilidade e da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV); o princípio da individualização da sanção (art. 5º, XLVI) e os princípios da justa causa, da razoabilidade e da proporcionalidade (arts. 1º e 5º, LIV). Ressalte-se que, embora alguns dos dispositivos constitucionais, que dispõem sobre tais direitos e garantias fundamentais, façam referência a expressões próprias do direito penal (crime, pena, lei penal), o entendimento majoritário é o de que isso não impede a sua aplicação ao processo administrativo sancionador. Ao contrário, constituindo-se corolários do Estado de Direito, esses princípios seriam aplicados ainda que não estivessem expressamente previstos no texto constitucional (MELLO, 2007)

⁶³ Registra-se, a esse propósito, entendimento já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça: “(...) à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina.” (STJ, RMS 24559/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j.03.12.2009, Dje 01.02.2010. No mesmo sentido, STJ, AgRg no Ag 901949/SP, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma., j. 20. 11.2007, DJ 10.12.2007. p. 318).

Desse modo, entre os princípios processuais aplicados na esfera do direito penal que têm sido aplicados também na esfera do processo administrativo sancionador, destaca-se, primeiramente, o princípio da insignificância⁶⁴, segundo o qual uma conduta somente será considerada materialmente típica quando, no caso concreto, lesar ou seriamente ofender bem juridicamente tutelado e constitucionalmente relevante. Do contrário, não há que se falar em tipicidade material e, por conseguinte, não há ilícito, uma vez que, não obstante a subsunção da conduta do agente ao tipo abstrato previsto em lei, resta ausente um dos elementos de constituição da tipicidade. Por isso, é ele o critério reitor na definição sobre a inserção ou exclusão do ato ilícito do âmbito de incidência da lei, evitando-se a instauração de processos desnecessários nos casos de lesão irrelevante ao bem jurídico protegido, nos quais, não havendo motivo para a imposição de uma sanção, não se justifica sequer a instauração de processo e a movimentação do aparato estatal (GRECO R. , 2014).⁶⁵

⁶⁴ Considerado um dos mais relevantes princípios do Direito Penal moderno, o princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela, teve a sua conceituação formulada na década de 70, a partir das ideias preconizadas pelo doutrinador alemão Claus Roxin, que defendia ser imperativa a existência de uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e o rigor e drasticidade da intervenção estatal apresentada como resposta. Para o autor, há condutas que, embora se amoldem a determinado tipo penal (tipicidade formal), não apresentam nenhuma relevância material porque não foram capazes de causar expressiva lesão a um bem jurídico (tipicidade material), não devendo, portanto, ser juridicamente consideradas. Ou seja, nas situações em que há ínfima lesão ou ofensa ao bem jurídico tutelado, ocorre o afastamento da tipicidade material da conduta, excluindo-se do próprio âmbito de incidência da lei os atos ilícitos cujos resultados provocados são considerados insignificantes ou como bagatela (BITENCOURT, 2014).

⁶⁵ Vale ressaltar que, apesar de não estar expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da insignificância possui sólida e pacífica aceitação jurisprudencial e doutrinária e tem sido largamente utilizado como importante ferramenta na interpretação e aplicação do Direito, principalmente a partir do estabelecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, no célebre julgamento do HC nº 84.412 de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello, das seguintes balizas que devem nortear, na prática, a aplicação do princípio e, por consequência, a exclusão da tipicidade material da conduta: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada (PRADO, 2011) Ressalte-se que, atualmente, esses requisitos constam expressamente do “Glossário Jurídico” do STF, disponível em seu sítio na internet: “o princípio da insignificância tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu e não apenas na diminuição e substituição da pena ou não sua aplicação. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (exemplo: o furto de algo de baixo valor). Sua aplicação decorre no sentido de que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.” Disponível em: ([Http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491](http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491))

Relacionado ao princípio da insignificância, há o princípio da justa causa,⁶⁶ que também emerge do regime de garantias constitucionais brasileiro e constitui fundamento da teoria geral do processo, balizando a formação do juízo de admissibilidade que deve ocorrer em todas as esferas de persecução estatais, uma vez que constitui garantia do administrado de que não será processado pelo Estado⁶⁷ sem que haja indícios concretos de autoria da prática de ato ilícito, formal e materialmente tipificado.

Com efeito, do ponto de vista jurídico, a atribuição de uma função implica a instituição de poderes de natureza instrumental, que são conferidos como meio para a realização do fim maior. Por isso se diz que a Administração, para lograr o pleno desempenho de sua função, dispõe do poder-dever – ou do dever-poder, na expressão consagrada por Celso Antônio Bandeira de Mello – o qual lhe possibilita manejar mecanismos, não disponíveis ao particular, para que seja capaz de bem exercer a função de tutela do interesse público e satisfação de necessidades coletivas.⁶⁸

⁶⁶ O que o princípio da justa causa impõe é que esse juízo de valor, efetuado pela autoridade competente para a tomada de decisão acerca da instauração do processo, mesmo que realizado de forma perfunctória ou em cognição sumária, seja fundamentado em elementos concretos que contenham efetivos indícios de autoria e materialidade da conduta a ser apurada e eventualmente punida. Há que existir, portanto, plausibilidade mínima a justificar a abertura do procedimento, sob pena de se configurar o excessivo, desproporcional e irrazoável o uso do exercício do poder sancionador. “Com efeito, a necessidade de justa causa para a procedibilidade da denúncia tem o propósito de não submeter o indivíduo a uma situação que expõe sua reputação e imagem se não houver elementos suficientes consistentes que indiquem sua necessidade.” (BARROSO, 2002, p. 553)

⁶⁷ Embora a doutrina divirja quanto à natureza jurídica do princípio da justa causa – se se trata de condição material da própria propositura da ação, consubstanciada no interesse de agir ou possibilidade jurídica do pedido ou se condição de procedibilidade do processo – não há dúvidas quanto ao momento em que ele deve ser aplicado: antes da instauração do processo, quando a autoridade deve examinar a presença ou a ausência de justa causa à admissibilidade da persecução estatal.

⁶⁸ Importante sublinhar que a função expressa no dever-poder da Administração não lhe concede autonomia para atuar livremente. Ao contrário, a prática administrativa sujeita-se a um conjunto de deveres jurídicos que a limita e a conforma, os quais podem ser compreendidos sob duas perspectivas: a Administração é obrigada a praticar todas as condutas necessárias e adequadas para promover o atendimento do interesse a ela confiado e, ao mesmo tempo, está proibida de praticar qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a realização do encargo que lhe cabe (JUSTEN FILHO, 2012).

Para garantir o controle do exercício dessa função e se evitarem abusos na utilização das prerrogativas dela decorrentes, o sistema jurídico possui mecanismos próprios que, ao disciplinar a interpretação e aplicação das normas, orientam a prática do ato administrativo e possibilitam a sua verificação por terceiros. Trata-se de critérios e técnicas hermenêuticas que contemplam diretrizes acerca da proporcionalidade e razoabilidade da ação administrativa e, principalmente, buscam preservar a sistematicidade do ordenamento jurídico, de modo que a atuação da Administração Pública se mostre consentânea à Constituição (JUSTEN FILHO, 2012).

É dizer, o dever-poder exercido pela Administração não se adstringe somente ao princípio da legalidade estrita. Ao contrário, apenas se revela legítimo quando, examinado o caso concreto, se constata que a decisão adotada satisfaz o interesse público, é apta a produzir os fins visados e adequada quanto às externalidades produzidas, bem como compatível com os princípios e valores emanados do ordenamento constitucional. Portanto, independente do ato administrativo se caracterizar como ato vinculado ou discricionário, o dever-poder da Administração deverá ser sempre interpretado à luz dos fins que o justifica.

Posto isso e avançando-se na análise da aplicação do princípio do dever-poder no âmbito do Direito Administrativo Sancionatório, mais especificamente no que toca à apuração de ilícitos e à instauração de processos administrativos, observa-se que essa prerrogativa é, ainda, às vezes, confundida com uma obrigatoriedade inafastável da Administração, que não teria a opção de decidir, motivadamente, no caso concreto, acerca da necessidade, utilidade, conveniência e oportunidade de abrir procedimento de apuração de conduta contrária à legislação, pois o dever-poder supostamente se aplicaria de modo automático e inflexível, impingindo a obrigatoriedade da instauração do processo apuratório e sancionatório.

Ora, consoante demonstrado, o dever-poder da Administração constitui função de natureza instrumental, conferindo, para tanto, prerrogativas para que a autoridade competente avalie as circunstâncias do caso concreto e tome a decisão mais adequada, que, ao mesmo tempo, satisfaça o interesse público, atenda à finalidade legal e guarde respeito e harmonia com os princípios e valores constitucionais. Desse modo, no escopo do processo administrativo sancionador, o dever-poder da Administração se revela, em especial, quando ela forma e externa o seu juízo de admissibilidade acerca da abertura do procedimento,⁶⁹ exercendo não o seu

⁶⁹ O juízo ou exame de admissibilidade refere-se à análise prévia na qual a autoridade competente levanta todos os elementos acerca do fato e da suposta irregularidade e os pondera à vista da necessidade, utilidade, conveniência e oportunidade de se proceder à instauração do processo (PINHO A. L., 2011). Ressalte-se que tal conceito é absolutamente assente e aplicado no Direito Administrativo em sede de Processo Administrativo Disciplinar – PAD, sendo objeto inclusive de regulamentação pela CGU, a qual reconhece o dever de a autoridade proceder ao necessário juízo de admissibilidade prévio à instauração de processo apuratório. Ou seja, embora durante décadas tenha prevalecido o entendimento de que a obrigatoriedade de instauração indiscriminada de processos impunha-se como decorrência do disposto no artigo 143 da Lei nº 8.112/90, a matéria foi disciplinada pela Instrução Normativa CGU nº 14, de 2018 e objeto de orientação constante do Manual de PAD do órgão, que assim consigna: “A autoridade instauradora, quando do juízo de admissibilidade, verificará a pertinência subjetiva e objetiva para determinar a instauração do processo. Colocada a questão da obrigatoriedade de apuração da irregularidade que chegar ao conhecimento da autoridade competente, é importante observar que tal obrigação não é absoluta, já que

dever-poder apuratório, mas o seu dever-poder de, motivadamente, decidir sobre a necessidade, utilidade, conveniência e oportunidade de apurar determinado descumprimento de regra, a Administração deve se pautar, como dito, pelos princípios constitucionais que fundamentam os direitos e garantias constitucionais, entres eles, especialmente, os princípios da insignificância e da justa causa (PINHO A. L., 2011)⁷⁰.

Nesse contexto, é preciso desmitificar a concepção ultrapassada de que há um dever-poder da Administração a impor a instauração automática e irrefletida de processos em face de quaisquer descumprimentos de normas ou obrigações.⁷¹ Com efeito, se o objetivo da regulação é assegurar o comportamento virtuoso e os resultados adequados, tendo-se verificado a ocorrência de falha ou ilícito pontual, não decorrente de defeito permanente de autorregulação da organização – nos termos em que se discutirá nesta tese, deixa de haver, como regra, a motivação racional para a aplicação da sanção. Obviamente que tal conclusão, conforme demonstrar-se-á, não se aplica a casos graves, como dolo – incluindo a violação legal calculada –, reincidência, falhas inaceitáveis no monitoramento dos sistemas de *compliance* e

nem todas as notícias de irregularidade, após a devida análise, levarão a aludida autoridade a concluir pela existência de infração disciplinarmente censurável. (...) vale lembrar a importância do princípio da insignificância no momento do juízo de admissibilidade para eventual instauração de procedimento disciplinar (...) como forma de evitar a abertura de apuratórios cuja ofensa enseje tão-somente a devolução de pequenos valores, em condutas culposas.”

⁷⁰ Registre-se, nesse sentido, que além da esfera correcional – na qual a aplicação do princípio da insignificância é não só pela recomendada pela CGU, como objeto de disciplina normativa, conforme se viu – também a CVM vem reconhecendo, em diversas oportunidades, a aplicabilidade do princípio, ainda que abrangido pelo princípio da justa causa, aos seus processos administrativos sancionadores, como fez, por exemplo, no julgamento dos seguintes Processos Administrativos Sancionadores (PASs): (i) CVM SP 2005/0338, julgado em 3-7-2007; (ii) CVM n.2003/4953, julgado em 8-12-2003; (iii) CVM n. 2002/8479, julgado em 11-10-2005; e (iv) CVM n. 14/2003, julgado em 15-5-2007. Isso porque entende que, embora a lei preveja uma série de condutas consideradas inidôneas, quando da aplicação da norma, o intérprete deve levar em consideração o efetivo grau de reprovabilidade da conduta, o seu potencial ofensivo, assim como o dano por ela causado ao bem jurídico tutelado ou aos valores abrigados na própria sustentação da vigência da norma jurídica. Dada a infinidade de matizes de que se pode revestir o comportamento humano e considerado o risco de se alcançar fatos que, apesar de formalmente típicos, apresentem um grau de reprovabilidade tão ínfimo que se tornem inofensivos, o princípio da insignificância faz com que as condutas ao seu redor sejam consideradas materialmente atípicas, não havendo portanto, em tal cenário, justa causa para a persecução administrativa ou penal (SANTOS, OSÓRIO, & WELLISCH, 2012, p. 52).

⁷¹ Além de reduzir a noção de procedimentalização da atuação administrativa à ideia de formalização do iter processual, gerando uma burocratização excessiva da atuação regulatória estatal, essa noção também limita as potencialidades da regulação, atribuindo ao processo administrativo e à sanção o desvirtuado status de principal resposta regulatória em face da desconformidade da conduta das empresas reguladas, mesmo quando não se trata de infração ou ainda nas situações em que o agente regulado toma medidas para corrigir o descumprimento.

governança, dentre outros. Em casos assim, a aplicação da sanção pode se justificar mesmo diante da resolução imediata do problema.

Em outras palavras, a atuação da Administração Pública, inclusive a regulatória, somente pode ser exercida de modo dinâmico, proporcional e essencialmente dialógico, pois é exatamente essa natureza responsiva da regulação que garante o atendimento aos fins jurídicos visados pela norma, quais sejam, a conformação do comportamento dos regulados e, em última análise, a própria realização dos direitos fundamentais e demais bens jurídicos que a ação regulatória visa a proteger.⁷²

Assim, uma vez demonstrado que os princípios da insignificância e da justa causa são de aplicação obrigatória no âmbito do Direito Administrativo Sancionador e que o dever-poder da Administração instaurar processos apuratórios deve ser interpretado, à luz dos princípios e valores que regem o sistema jurídico constitucional pátrio, como dever-poder da Administração proceder ao adequado juízo de admissibilidade acerca da necessidade e conveniência da abertura de tal procedimento, passa-se à análise de como os princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência também devem ser observados na instauração e condução de processos no âmbito da Administração Pública.

⁷² Nesse sentido, vale destacar o quanto disposto na Lei nº 13.506/2017, que estabeleceu um novo processo administrativo sancionador no âmbito do BACEN e da CVM, inovando sobremaneira o sistema jurídico brasileiro ao expressamente conferir ao regulador, com fundamento no princípio da justa causa, a possibilidade de deixar de instaurar processo administrativo sancionador no caso de condutas consideradas de pouca relevância ou de baixa lesão ao bem jurídico tutelado ou em situações que comportem outras medidas de supervisão mais efetivas, conforme abordar-se-á adiante em tópico específico deste trabalho. Também no âmbito das agências reguladoras, há experiências interessantes e importantes a destacar, como medidas normativas editadas pela ANEEL, ANTT, ANS e ANCINE, que claramente flexibilizam o dever-poder da Administração de instaurar, em qualquer circunstância, procedimento apuratório de infração, ao permitir que a Agência deixe de abrir processos sancionatórios quando o regulado, uma vez notificado em ação de fiscalização, adote as devidas providências, no prazo estipulado, para correção da falha ou problema detectado, oferecendo-se, portanto, à autoridade reguladora medidas alternativas à sanção tradicional para obrigar o regulado a conformar o seu comportamento às regras e padrões estabelecidos. Vale notar que, embora tais medidas abram a possibilidade de que as Agências se valham de instrumento diferenciado de *enforcement* regulatório, essas não retiram do regulador a prerrogativa de lançar mão, a qualquer momento, dos instrumentos regulatórios tradicionais necessários para responder de forma mais rigorosa e dissuasiva a condutas inadequadas.

Como é cediço, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão inseridos na estrutura normativa da Constituição,⁷³ atuando, junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação e aplicação das regras constitucionais e infraconstitucionais, como critérios fundamentais a guiar e balizar a tomada de decisão pela Administração Pública.⁷⁴ Nesse sentido, o princípio da razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios de que se vale a Administração e os fins a serem alcançados e o princípio da proporcionalidade visa a inibir eventuais abusos ou desvios de poder, garantindo que a Administração, no exercício de suas funções, se valha dos instrumentos e prerrogativas postos à sua disposição somente na medida necessária para alcançar os fins visados, devendo ser aplicado no exercício da atividade reguladora, inclusive na imposição da sanção e sua respectiva dosimetria,⁷⁵ porquanto constitui

⁷³ Note-se que, embora tais princípios não se encontrem expressamente previstos no texto constitucional, é assente na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que eles constituem pilares do paradigma de Estado Democrático de Direito e, como tal, necessariamente orientam e conformam o raciocínio ponderativo que funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública, traduzindo postura que deve estar objetivamente comprometida com a realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressos no documento constitucional (MEDAUR, 2018). Para aprofundamento acerca dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na seara administrativa sancionadora, confira, dentre outros: FERREIRA, Daniel. Sanções administrativas. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 161-171; FERREIRA, Daniel. Teoria geral da infração administrativa: a partir da Constituição Federal de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 52-63; FERREIRA, Daniel. Infrações e sanções administrativas. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra (Coord.). Tratado de direito administrativo. T. 1. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 666-667; 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. 169-183; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006. (em especial, p. 471-513); OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 220-250; VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. Sanção no direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 79-85 e 160-164; VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 118.

⁷⁴ Trata-se, consoante evidenciado anteriormente, de aplicação do princípio da juridicidade, segundo o qual, se por um lado, o agente público não dispõe de ilimitada liberdade para decidir sequer quando edita atos de natureza discricionária – já que detém sempre a competência para realizar a finalidade legal, por outro lado, o agente público também deverá ter em conta a aplicação dos princípios constitucionais, como a proporcionalidade e razoabilidade. É dizer, mesmo os comandos normativos que, teoricamente, expressam obrigação de caráter cogente, não devem ser aplicados de modo automático, mas submetidos a interpretação cujo raciocínio garanta o exercício da necessária ponderação entre os princípios, regras e finalidades que compõem o regime jurídico administrativo. Conforme leciona Binjenbojm, “mais do que uma mera técnica de decisão judicial ou administrativa, a ponderação é considerada, hodiernamente, um verdadeiro princípio formal do direito (e, por evidente, também do direito administrativo) e de legitimação dos princípios embaixadores do Estado democrático de direito. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação. Neste sentido, a ponderação proporcional passa a ser entendida como medida otimizada de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude, realizados pelo Judiciário e pela Administração Pública (BINENBOJM, 2014, p. 98).

⁷⁵ Nesse sentido, Maysa Abrahão Tavares Verzola propugna que “são também considerados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das sanções administrativas como verdadeiros guias para a dosimetria da sanção, a fim de se evitar eventual desvio de finalidade do ato sancionador, sendo, portanto, mais uma vez, imprescindível a motivação para a validade do ato. Ademais a parcimônia no exercício dos poderes/deveres por parte da Administração Pública é expressamente determinada pela Lei n. 9.784/99, a qual regula o processo administrativo no âmbito federal e estabelece os parâmetros normativos a serem observados nas

fundamento da própria legitimidade material dos atos administrativos.⁷⁶ O princípio da proporcionalidade é tão aceito e disseminado no sistema jurídico brasileiro que já teve, inclusive, seus critérios de aplicação estruturados e estabelecidos pelo STF como uma das principais técnicas da ponderação.⁷⁷

Ou seja, ao impor sanções aos particulares, deve a Administração Pública aplicar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade como critérios balizadores e legitimadores das decisões adotadas no exercício do *jus puniendi* do Estado⁷⁸ e, principalmente, como

relações travadas entre àquela e os administrados em geral” (VERZOLA, 2011, pp. 160-161) A esse respeito, Régis Fernandes de Oliveira também sintetiza que “o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade funcionam como verdadeiros guias para a dosimetria da sanção, a fim de se evitar eventual desvio de finalidade do ato sancionador. É imperioso que haja adequação entre meios e fins. [...] Não se pode atribuir à Administração o descomedimento sancionatório. [...] A dosagem da penalidade a ser imposta atenderá à finalidade objetivada pela lei. Será discricionária dentro dos limites legais, mas vinculada à finalidade a ser alcançada. Em direito, os fins não justificam todos os meios. Em síntese, as sanções devem guardar proporção com a finalidade buscada. O excesso deve ser evitado e, em caso de exacerbação, o Judiciário reconhecerá a ilegalidade ou inconstitucionalidade da punição. O contraste do desvio de poder será apurado pela análise dos direitos individuais previstos na Constituição Federal” (OLIVEIRA R. F., 2012, pp. 121-122)

⁷⁶ Fábio Medina Osório considera que “um pilar fundamental de desenvolvimento e concretização das normas de Direito Administrativo Sancionador, ao lado e juntamente com o princípio do devido processo legal, é, sem dúvida, o chamado 'princípio da proporcionalidade', cuja importância revela-se transcendental à atividade estatal sancionadora. [...] Também no sancionamento dos atos ilícitos, pelo ângulo do Direito Administrativo, haverá incidência da proporcionalidade, atenuando o rigor das sanções, notadamente no campo de sua obrigatória imposição, e isto está nas origens desse princípio, no próprio Direito Penal, onde o instituto ganhou notoriedade para fins de estancar sancionamentos demasiadamente severos ou rígidos, com ofensa aos direitos humanos. O princípio da proporcionalidade exige o exame da natureza do ataque ao bem juridicamente protegido e a sanção prevista a esse ataque. A sanção deve estar relacionada ao bem jurídico protegido. Há, sempre, uma cláusula de necessidade embutida nas medidas que buscam salvaguardar a segurança, a saúde, ou a moral públicas” (OSÓRIO, Direito Administrativo Sancionador, 2022, p. 248).

⁷⁷ São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto). Essa posição já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, consubstanciada em decisão proferida no RE 374.981-RS (Informativo n. 381 STF), de relatoria do Ministro Celso de Mello: “(...) o princípio da proporcionalidade representa um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.” (BINENBOJM, 2014, p. 100)

⁷⁸ Na lição de Maysa Abrahão Tavares Verzola, “os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade sintetizam a exigência de que a realização do interesse público seja obtida com o mínimo de sacrifício dos interesses individuais. Nesse sentido, impõe-se à Administração Pública a necessária adequação entre meios e fins, particularmente na imposição de sanções administrativas, que envolvam a imposição de restrição de direitos

fundamento do juízo de admissibilidade acerca da instauração de processos administrativos sancionatórios.

Posto isso e passando-se à análise do princípio da eficiência⁷⁹, que também deve atuar como critério balizador e legitimador das decisões administrativas, observa-se que ele também assume grande relevância no campo da regulação, pois dele decorre a ideia de que a sanção administrativa deve ter seu caráter instrumental privilegiado e não ser utilizada como fim em si mesma. Com efeito, se o regulador conta com diversos instrumentos possíveis de persuasão e dissuasão de condutas, com vistas à obtenção da conformidade regulatória, alternativos ao ineficiente e, muitas vezes, desproporcional e desarrazoado processo sancionador, deverá justificar, no processo de avaliação de sua política pública, o resultado regulatório alcançado.

elementares dos administrados, tais como a propriedade e o exercício de atividades legalmente permitidas” (VERZOLA, 2011, p. 85).

⁷⁹ Ao contrário dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que emanam de modo implícito da Constituição, o princípio da eficiência possui previsão expressa no texto constitucional e, como se sabe, tal princípio, inserto pela Emenda Constitucional 19/1998, visa a garantir o custo-benefício da ação administrativa, evitando-se desperdícios e gastos desnecessários ou inúteis. A importância do princípio da eficiência foi reforçada com a promulgação da Emenda Constitucional nº 109, de 16 de março de 2021, a qual introduziu novo § 16 ao art. 37 da Constituição Federal, acrescentando à principiologia administrativa brasileira a determinação de que os órgãos e entidades da administração pública realizem avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados. A aplicação do princípio da eficiência no âmbito do Direito Administrativo Sancionador vem ganhando especial relevância nos últimos anos face à cada vez maior insubsistência dos custos da movimentação do aparato estatal para impor, pela via processual e sancionatória, a conformação de comportamentos, que começaram a evidenciar a existência de situações ilógicas e insustentáveis de processamento e persecução administrativa, questionamentos acerca da injustificável atuação indiscriminada e não criteriosa da Administração tornaram-se não somente comuns, como, também, ensejaram a normatização da matéria em alguns casos. De fato, com o desenvolvimento, em algumas searas, de metodologias de mensuração de custos relacionados à instauração e condução de processos - vide, exemplo, o estudo de (NOBREGA & TABAK, 2017) que aponta que o custo médio estimado de um processo disciplinar é de R\$ 44.113,70 – os órgãos e entidades vem cada vez mais, nos últimos anos, estabelecendo regras e orientações no sentido de dispensar, em determinadas situações, a instauração de processos, administrativos apuratórios e sancionatórios. Veja-se, por exemplo, a experiência da atuação sancionatória do Estado na esfera tributária: a Fazenda Pública Federal passou a cobrar judicialmente apenas os débitos inscritos em dívida ativa iguais ou superiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 20 da Lei nº 10.522/02, valor que posteriormente foi atualizado para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Observe-se que tal postura assumida pela Administração gerou reflexos e impactos também no âmbito criminal, pois passou-se a considerar, consoante posição pacificada inclusive pelo STF que, se o ente público entende não valer a pena executar débitos fiscais inferiores R\$ 10.000,00, com muito mais razão a conduta referente ao ilícito fiscal mostra-se irrelevante para fins penais, devendo-se reconhecer a aplicação do princípio da insignificância e a descaracterização da tipicidade material. Ora, se a União abre mão de receber valores inferiores ao referido montante, torna-se injustificável acionar o Estado-juiz, na esfera penal, para eventual aplicação de sanções muito mais severas. A ilogicidade é nítida e afasta qualquer legitimação punitiva estatal. Em suma, quando valores não forem considerados significantes para qualquer espécie de cobrança, mormente na área fiscal, devem ser visualizados como insignificantes pelo Direito Penal (NUCCI, 2012

Importa registrar que esse diagnóstico acerca da insuficiência do modelo de comando e controle e, principalmente, da estratégia regulatória que privilegia as sanções como instrumento de conformação de condutas também foi sendo confirmado e reforçado nos últimos anos pelos órgãos de controle brasileiros: Tribunal de Contas da União (TCU)⁸⁰, Controladoria-Geral da União⁸¹ e Ministério Público Federal⁸², os quais, em diferentes oportunidades, manifestaram-se no sentido de que a instauração indiscriminada de processos e a aplicação generalizada de multas pelas agências reguladoras não tem servido ao propósito de incentivar, ou mesmo de impor a conformação do comportamento das empresas reguladas aos ditames

⁸⁰ O Tribunal de Contas da União conta com um conjunto relevante de precedentes, especialmente no âmbito das auditorias operacionais, em que questiona as modelagens regulatórias exclusivamente baseadas em sanções pecuniárias para promover adequadamente o acompanhamento conjuntural dos setores regulados: Acórdão 2109/2006, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, julg. 14.11.2006; Acórdão 3237/2013, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 27.11.2013; Acórdão 1970/2017, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 06.09.2017; Acórdão 1204/2012, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, julg. 23.05.2012. Nesses casos, o TCU não apenas reconhece que as sanções têm fracassado em sua finalidade de garantir o atendimento a obrigações regulatórias e à melhoria dos serviços regulados, mas alerta para o fato de que as multas não devem ter finalidade arrecadatória. Para o Tribunal, “deve-se buscar a utilização de medidas alternativas à simples aplicação de multas, de forma a trazer maior efetividade às decisões regulatórias e evitar a continuidade da prática de condutas semelhantes no futuro e, consequentemente, proporcionar melhorias que não seriam obtidas com a aplicação de sanções ordinárias”

⁸¹ A CGU tem se debruçado sobre o problema do desempenho do modelo regulatório das agências reguladoras brasileiras e sua incapacidade de produzir respostas satisfatórias de conformação do comportamento das empresas reguladas, com foco, em especial, no insucesso da estratégia que privilegia o processo sancionatório. Em importante e consistente trabalho de avaliação da efetividade do processo sancionador da Anatel (Projeto e-aud nº 817782 – Relatório de agosto de 2020), por exemplo, o órgão concluiu que “as multas, por si só, não têm sido suficientes para induzir os regulados a cumprirem as obrigações de forma a priorizar o objetivo de prover qualidade na prestação de serviços de telecomunicações”, tendo recomendado em seu Relatório de Auditoria, a implementação pela Agência, entre outras, das seguintes medidas: “Estruturar os diferentes mecanismos regulatórios hierarquicamente, no esquema da “pirâmide regulatória” proposta pela teoria responsiva; e Definir diretrizes, orientações, premissas gerais ou critérios básicos dos eventos e condutas que acarretarão o escalonamento ou descalonamento das medidas regulatórias baseado nas condições de risco, histórico de conduta do regulado e efetividade da medida, considerando cada temática específica dos processos de acompanhamento, fiscalização e controle, e seguindo o modelo de fiscalização regulatória.”

⁸² Ao avaliar também a atuação da Anatel, por exemplo, o Ministério Público Federal, por meio da 3ª Câmara do Consumidor e da Ordem Econômica, consignou que: “(...) há muito se reconhece a ineficiência do mecanismo dos PADOs. (...) Percebe-se que a agência falha ao estabelecer as obrigações do setor de telecomunicações, como o faz nos lançamentos de editais de faixas de radiofrequência, pois tende a priorizar as necessidades de arrecadação do governo e a deixar à discrição das operadoras a decisão sobre os serviços a serem prestados (STFC ou SMP) em detrimento das demandas dos consumidores. (...) Quanto às ações de controle implementadas pela Agência, (...) a atual sistemática de apuração de infrações e aplicação de sanções incentiva o mau comportamento das empresas. (...) Ademais, entende-se que as sanções devem depender menos de multas e mais de geração de incentivos positivos às empresas do setor. Nesse sentido, o uso de medidas cautelares deve ser diminuído, ao passo que os demais tipos de sanções, especialmente as suspensões de vendas, devem ser devidamente regulamentadas para gerar previsibilidade e estabilidade nas ações de controle.” (Ofício nº 113/2016/SE/3CCR, Procuradoria Geral da República. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Consumidor e da Ordem Econômica (SEI 0641236, Processo nº 53500.205186/2015-10), 11/04/2016).

legais,⁸³ mostrando-se urgente a adoção de um modelo de fiscalização regulatória mais efetivo e de menor custo.⁸⁴

Por derradeiro, ressalte-se que, não obstante o problema da instauração indiscriminada de procedimentos de apuração de descumprimento de obrigações seja apontado como um dos principais gargalos a ser enfrentado no processo de aprimoramento do modelo regulatório ancorado em estratégias de comando e controle, não se deve, no entanto, reduzir o complexo desafio do desenho e abordagem regulatória à mera revisão do procedimento de controle e fiscalização. De fato, a utilização inadequada e disfuncional do processo sancionador como instrumento de *enforcement* regulatório constitui um dos grandes problemas do modelo de comando e controle, mas não o único, tampouco a causa determinante da inoperância do modelo regulatório brasileiro, mas, antes, pode ser o reflexo de seu desvirtuamento, fruto de um equivocado entendimento acerca do próprio conceito e escopo da regulação no contexto contemporâneo.⁸⁵

⁸³ Especificamente ao entendimento que vem sendo consolidado pelo TCU acerca da implementação de medidas alternativas à multa pecuniária, vale destacar a relevância que tem sido conferida às técnicas regulatórias baseadas no consenso, as quais vêm cada vez mais sendo utilizadas pelas agências reguladoras para endereçar condutas desviantes ou potencialmente irregulares dos agentes regulados, especialmente por intermédio de Termos de Ajustamento de Condutas. Note-se que tal perspectiva não tem por objetivo simplesmente descartar a sanção pecuniária comumente aplicada em abordagens de comando-e-controle como importante instrumento de *enforcement* regulatório, mas, sim, de obter a justa medida entre a pura e simples punição “pedagógica” e o fornecimento de incentivos à participação ativa dos regulados no sentido de dar cumprimento à regulação vigente. Assim, a utilização de Termos de Ajustamento de Condutas se dá em um cenário no qual, constatada a ineficácia das sanções punitivas pecuniárias para garantir um comportamento virtuoso dos particulares, este se afigura como medida capaz de, com base em medidas embasadas em justificativas técnicas consistentes, reverter incertezas em compromissos condizentes com o interesse público. Com isso, as agências reguladoras vem adotando, cada vez mais, a estratégia de celebração de acordos administrativos com regulados em nome da mais adequada e efetiva persecução dos objetivos regulatórios (PALMA, 2010).

⁸⁴ Registre-se que debate semelhante ocorre na seara dos acordos de leniência, os quais, segundo o TCU, devem partir de estratégia que perpassa uma estrutura de estímulos e incentivos para que agentes infratores sintam-se fortemente impelidos a cooperar com as apurações promovidas pelo Estado e um desenho institucional que permita o diálogo permanente e a atuação coordenada entre os diversos órgãos de controle estatais. Assim, se, para o TCU, é justificável a substituição de sanções por estrutura de estímulos e incentivos no âmbito dos acordos de leniência, pelos mesmos fundamentos é forçoso concluir-se pela possibilidade dessa substituição por decorrência de modelagem regulatória responsiva, que é de livre opção – por óbvio fundamentada – do regulador, como sua competência mais proeminente: a de definição da estratégia de regular.

⁸⁵ É preciso lembrar que o paradigma tradicional de comando e controle se baseia no princípio de que a regulação deve se valer da coação e da ameaça sancionatória para impor a observância à regra e garantir a conformação do comportamento em grande medida porque o sistema é embasado na desconfiança e suspeita tanto do legislador em relação ao aplicador da norma – por isso, a legalidade estrita é privilegiada e a discricionariedade do agente público é fonte de preocupação – tanto quanto do regulador em relação aos regulados, os quais são geralmente encarados, de forma reducionista, como sujeitos racionais, movidos tão-somente por critérios econômicos e

Desse modo, entende-se que, para se adequar um modelo regulatório baseado em comando e controle às mais modernas técnicas e estratégias de regulação responsiva, esse deve ser analisado em sua total completude e magnitude, dedicando-se à estruturação de regimes jurídicos diferenciados que, formulados à luz da Teoria da Regulação Responsiva, sejam capazes de oferecer os instrumentos adequados, não restritos à ferramenta sancionatória, para responder aos múltiplos e distintos problemas de regulação, adaptando, calibrando e customizando sua abordagem regulatória ao ambiente e ao perfil dos regulados.

Diante de todo o exposto, parece não restar dúvidas acerca da possibilidade de os órgãos e entidades públicas deixarem de instaurar processos administrativos em determinadas situações, à luz de princípios constitucionais que regem o exercício do *jus puniendi* do Estado, em especial, os princípios da insignificância, da justa causa, da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência. Ou seja, ao invés de se falar em dever-poder obrigatório de se instaurar processos apuratórios e sancionatórios, deve a Administração proceder à adequada interpretação e aplicação do Direito e verificar, em sede do necessário e ponderado juízo de admissibilidade do regulador, se a instauração do processo se mostra consentânea com a finalidade perseguida pela norma regulatória e com a consecução do interesse público visado.

1.4 Autorregulação, Metarregulação, Corregulação e Autorregulação Regulada

Conforme abordado anteriormente, desde a crise do Estado Regulador e da crise causada pela desregulação que sucedeu àquela, vem ganhando cada vez mais força a adoção de modelo regulatório não mais pautado na visão estadocêntrica tradicional da regulação, mas baseado no pressuposto de que o Estado se mostra incapaz de oferecer respostas regulatórias consistentes e suficientes para todas as exigências contemporâneas de ordem social e econômica. Assim, o modelo descentralizado de regulação, ao reconhecer a complexidade envolvida nas dinâmicas, multifacetadas e interdependentes interações entre reguladores,

utilitários. Nesse cenário, como não poderia ser diferente, é o modelo clássico e burocrático de regulação que predomina, o qual tem o controle como elemento central.

regulados e sociedade, propugna que nenhum ator, sozinho, dispõe de todos os instrumentos regulatórios necessários para o desempenho de uma regulação de qualidade, mas que a conformação de comportamentos requer a combinação de mecanismos híbridos e colaborativos para que os objetivos regulatórios sejam alcançados (BLACK J. , 2001).

Nesse contexto, fala-se que, diante do aumento da complexidade social somado ao progressivo nível de tecnificação e de desenvolvimento tecnológico, ao lado do processo de globalização, o Estado, por meio de sua heterorregulação, perdeu a capacidade de disciplinar de modo exclusivo ou autossuficiente as estruturas corporativas e a condução da atividade empresarial, necessitando delegar ao setor privado parcela de sua responsabilidade e contar com a colaboração dos próprios agentes regulados nesse processo (COCA VILA, 2013).

Desse modo, entre os instrumentos alternativos considerados, encontra-se uma nova forma de o Estado se valer da regulação jurídica, não mais apenas impondo obrigações e aplicando sanções à luz do tradicional modelo de comando e controle, mas criando incentivos que estimulem a autorregulação⁸⁶ dos atores regulados. Ou seja, se até meados do século XX, a regulação era definida como atributo exclusivo do Estado, referindo-se a um conjunto de normas legislativas, administrativas e convencionais pelas quais se buscava controlar a atividade dos agentes empresariais, com a ascensão de uma nova visão da regulação, agora

⁸⁶ Há inúmeras tentativas de classificar a autorregulação, todas tendo como eixo central a forma como a autorregulação privada se relaciona com a legislação estatal. Registre-se, por exemplo, o modelo teórico proposto por Gunningham e Rees, o qual categoriza três espécies básicas de autorregulação (GUNNINGHAM & REES, 1997, pp. 363-365): a primeira é a autorregulação voluntária, qual seja, a assunção de compromissos regulatórios voluntariamente pela firma independentemente de qualquer mandamento governamental. A segunda forma é a autorregulação imposta, na qual tanto o processo de elaboração de normas quanto a sua fiscalização é feito pelas próprias empresas privadas reguladas. Mas, diferentemente do modelo anterior, neste o programa regulatório deve ser aprovado pelo ente estatal competente, que monitorará o seu desenvolvimento e, em caso de descumprimento de regras aprovadas, aplicar as sanções devidas. Por fim, o terceiro modelo está no meio do caminho entre o primeiro e o segundo: trata-se do que os autores chamam de autorregulação parcial, na qual apenas uma das funções (a própria regulamentação ou sua fiscalização) é transferida para a entidade privada, mas não ambas. A partir dessa classificação, podem ser identificadas três grandes formas de autorregulação: no primeiro deles, o Estado delega o poder público de regulação, supervisão e sanção a sujeitos privados, como no caso dos conselhos profissionais, mas mantém o poder de revisão. No outro extremo, encontra-se a autorregulação voluntária ou pura, na qual o grau de interferência estatal é mínimo ou sequer existente. A terceira categoria situa-se em posição mediana às demais, na medida em que a autorregulação privada é incentivada pelo próprio Estado a fim de se alcançar a realização de certos interesses públicos. Sob essa perspectiva, é a forma como a ordem jurídica estatal estabelece incentivos para que as organizações privadas cumpram efetivamente seus deveres de autorregulação. Nessa espécie de autorregulação, denominada também de coregulação, o Estado trabalha junto com os regulados na elaboração de sistemas específicos de regulação e adota incentivos variados - indiretos ou não punitivos e diretos ou punitivos - com vistas à conformidade (NIETO MARTÍN, 2020); (COCA VILA, 2013)

concebida de forma descentralizada, o desenvolvimento de um direito reflexivo se apresenta como suporte teórico necessário à fundamentação jurídica dessa nova forma de regulação social, na qual Estado e Direito passem a orientar – não mais dirigir – a sociedade.

Com essa mutação que ocorre no papel diretivo do Estado e do Direito, a autorregulação fornece o substrato necessário para que se conceba a existência de uma forma diferente de regulação, mais flexível e que contempla mecanismos que conciliam a regulação estatal com a autorregulação privada⁸⁷. A consolidação da noção jurídica de autorregulação ancora-se também na reconfiguração não só do Direito, como do Estado, que não pode mais ser compreendido como um conjunto unitário e isolado, cuja estrutura interna é segmentada de forma hierárquica. Esse novo Estado, denominado por alguns Estado policêntrico⁸⁸, convive

⁸⁷ Na verdade, há hoje um reconhecimento de que a autorregulação constitui elemento necessário ao funcionamento de qualquer sociedade e ordenamento jurídico, uma vez que regras que conformem comportamentos não podem ser criadas para todas as situações imagináveis, tampouco os reguladores dispõem de condições de supervisionar todos os regulados o tempo todo. Por esta razão, todos os modelos de regulação devem, em última análise, promover a autorregulação, da mesma forma que estudos sobre quais instrumentos regulatórios funcionam melhor na promoção do compliance devem permanecer no centro da agenda de pesquisa sobre governança regulatória (COGLIANESE & LAZER, 2003).

⁸⁸ Nesse contexto policêntrico, os Estados deixam de deter o monopólio do Direito e cada qual dos diversos setores sociais (economia, política, tecnologia, organizações militares, cultura, proteção ao meio ambiente etc.) passam a estabelecer, de forma autônoma, suas regras e dinâmicas próprias de funcionamento. Ou seja, não somente o capitalismo é globalizado, mas a própria diferenciação funcional (FORNASIER & FERREIRA, 2015). Por isso se diz que, com esse processo de desenvolvimento de setores autônomos cada vez mais funcionalmente distintos, ocorre, também, o surgimento de mecanismos autônomos de produção jurídica relativamente distanciados da política (TEUBNER, 2005, p. 90). Normas jurídicas são, assim, produzidas por agentes privados, “semipúblicos ou quase públicos”, como é o caso, por exemplo, das regras estabelecidas por organismos internacionais, processos mundiais de padronizações técnicas e códigos corporativos de grandes empresas, levando-se à reflexão do conceito de norma e de fonte de Direito, que passam a ser considerados para além da ideia moderna de centralidade absoluta de ordem jurídica na ideia de Estado (FORNASIER & FERREIRA, 2015). Com isso, a teoria tradicional das fontes de Direito não se mostra mais condizente com o perfil global, plural, fluido, descentralizado e juridicamente fragmentado da sociedade contemporânea, que se organiza em redes e constitui regras jurídicas no âmbito de sistemas sociais funcionalmente autônomos e diferenciados, baseadas nos fenômenos da circularidade, reflexividade e autorregulação (TEUBNER, 2005, p. 73). Esses subsistemas corporativos geralmente são frutos de laços transnacionais e da interação entre as próprias empresas, o que pode conduzir a uma uniformização tal desses direitos não estatais, que acabe por gerar um Direito totalmente independente das estruturas estatais e de aplicação global (um “Direito global” ou “anacional”, em oposição a um Direito “internacional”, entre Estados). (TEUBNER, 2003, pp. 11-13) Tal realidade é evidenciada pela disseminação de códigos de conduta corporativos, os quais, desde uma perspectiva teórico-sistêmica, podem ser considerados como espécie de constituição autônoma das empresas e como exemplos de sistemas autorreflexivos ou autopoieticos, por meio dos quais as empresas se autorregulam. Para TEUBNER (2012:111-112), esses códigos representam “o advento de constituições corporativas transnacionais específicas”, porque “juridificam princípios fundamentais de uma ordem social e, ao mesmo tempo, estabelecem regras para sua autocontenção”, preenchendo “funções constitucionais centrais”. Segundo o autor, enquanto os códigos públicos apontam objetivos genéricos, os privados especificam os compromissos das empresas em seus setores, refletindo, muitas vezes o que estabelecem os códigos da ONU, da OIT, da OCDE e da EU, os quais funcionam como “impulsos constitucionais que (...) organizações internacionais enviam às corporações” (TEUBNER, 2012, pp. 122-123). Estes códigos e os respectivos mecanismos de monitoramento estão revestidos de juridicidade, uma vez que descrevem condutas a serem observadas, tornando-

com estruturas mais autônomas e com elas se relaciona também de forma horizontal, pois atuam de modo interdependente (BARRILARI, 2021, p. 13).

Assim, uma das novas formas de regulação que tem despertado maior atenção e debate na doutrina é a denominada autorregulação regulada (*enforced self-regulation*)⁸⁹, também definida por alguns autores como correção⁹⁰ ou como espécie do gênero metarregulação⁹¹, a qual constitui sistema intermediário entre a autorregulação pura e a

se “lei interna” de cumprimento obrigatório no âmbito da empresa, a qual pode gerar, inclusive, sanção em caso de descumprimento.

⁸⁹ Mesmo o conceito usual de autorregulação comporta variações, pois uma coisa é a chamada autorregulação unilateral, ou *unilateral self-regulation* de uma única empresa, e outra é a chamada autorregulação da indústria, ou *industry self-regulation*, pressupondo atuação coletiva para melhoria da reputação do setor como um todo (LENOX, 2007).

⁹⁰ Há autores, como Márcio Iório, que distinguem a autorregulação regulada da correção: “já a correção pressupõe que exista um arcabouço normativo estatal definidor de objetivos, direitos, constrangimentos normativos, mecanismos processuais e condições para o monitoramento da conformidade regulatória, bem como pressupõe a combinação de medidas legais e regulatórias com ações tomadas pelos atores interessados, apoiando-se em sua expertise prática. A forma da combinação entre medidas estatais e privadas, bem como quem lança a iniciativa de regulação é variável. Por se tratar de forma regulatória com graus diversos de participação do regulado na concepção das normas e/ou na sua implementação, a correção tem por aspecto central que seus participantes sejam representativos, responsabilizáveis por seus atos e capazes de seguirem procedimentos abertos à averiguação social. Uma possibilidade de correção ocorre quando a cooperação se dá em instituições comuns de implementação da normatização regulatória, em que há a operacionalização conjunta da regulamentação via, e.g., entidades privadas responsáveis pela avaliação de indicadores de qualidade de serviços. Outra possibilidade encontra-se na operacionalização por um determinado ator regulado, ou outros níveis de agregação de atores regulados, de normas negociadas com o regulador e garantidas por ele, como ocorre com a chamada autorregulação com constrangimento normativo estatal, ou autorregulação obrigatória ou constrangida (*enforced self-regulation*) da literatura australiana da regulação responsiva. (ARANHA M. I., 2021, p. 89)

⁹¹ Apesar do crescente interesse acadêmico e executivo nos modelos de metarregulação e de autorregulação, não existe uma definição universalmente acordada para ambos. O que é conceituado como autorregulação pode variar de qualquer regra imposta por um ator não-governamental a uma regra criada e executada pela própria entidade regulada (SINCLAIR, 1997, p. 534), até uma forma de regulação que “depende substancialmente da boa vontade e cooperação (GUNNINGHAM & REES, 1997, p. 364) para se concluir que “nenhuma definição única [de autorregulação] é totalmente satisfatória”. A literatura responsiva trata a *enforced self-regulation* como espécie de metarregulação, por exemplo, na medida em que o gênero metarregulação se refere ao fato de as próprias empresas se autorregular a partir de incentivos que recebem do Estado. Nesse sentido, na lição de Parker, o conceito de metarregulação pode ser encaixado em uma literatura mais ampla na qual governança é vista cada vez mais como “colaborações”, “parcerias”, “redes” em que a lei promulgada pelo Estado e, especialmente, a hierárquica regulação de comando e controle, não é necessariamente a estratégia regulatória dominante e certamente não o único mecanismo importante de regulação. Estados, empresas, organizações não-governamentais, organizações privadas e pessoas em geral podem atuar ativamente na orientação de padrões de comportamento e na supervisão da conformidade do comportamento das empresas a esses padrões. Por isso, o termo ‘metarregulação’ em si tem sido usado como um termo descritivo ou explicativo dentro da literatura sobre a “nova governança” para considerar a maneira pela qual o papel do Estado, e da regulação tradicionalmente exercida por ele, tem se transformado. O termo também é utilizado para se referir a qualquer forma de regulação que regula arranjos de autorregulação, ou seja, quando o próprio processo de regulação se torna regulado (PARKER, 2007). Sob essa perspectiva, os modelos de regulação baseados em performance ou em gerenciamento de controles são típicas formas de metarregulação, uma vez que incentivam consciente e explicitamente os esforços de auto-regulamento. (BRAITHWAITE J. , 1982). Já outros autores, como Ivó Coca Vila, distinguem a metarregulação da autorregulação regulada, entendendo que aquela é mais principiológica e recorre à fixação de parâmetros gerais e requisitos mínimos,

heterorregulação, em que coexistem normas emanadas do poder público, de organismos ou entidades nacionais e internacionais e regras estabelecidas pelos próprios regulados. Ou seja, a autorregulação regulada é um meio termo entre a estratégia de autorregulação pura e o tradicional modelo de comando e controle, focado na edição de regras estatais prescritivas e na punição de eventuais violações detectadas em atuação direta do regulador. O diferencial da nova estratégia regulatória é que o regulado passa a ser regido por um regime jurídico misto, que não se resume mais às normas gerais, aplicáveis uniformemente a um conjunto de regulados, mas contempla também normas privadas e, principalmente, envolve a atribuição da função de compliance e controle do cumprimento dessas normas pelo próprio regulado (BRAITHWAITE J. , 1985, pp. 125-132; BRAITHWAITE J. , 1982).

Uma das principais justificativas para a adoção dessa forma híbrida de regulação é a de que, na sociedade de risco⁹², os riscos sociais, políticos, econômicos e industriais escapam cada vez mais às ações estatais, cenário em que o Estado não se mostra mais capaz de regular, de modo exclusivo e autossuficiente, as diversas relações econômicas e sociais. O fenômeno da autorregulação seria particularmente importante nos setores que envolvem atividades altamente especializadas, que requerem conhecimentos, tecnologias e experiências muito específicos para sua operação, ensejando grande assimetria informacional entre regulador e regulados.⁹³

respeitando uma ampla margem de discricão para que cada empresa possa concretizar a autorregulação em seu corpo normativo da maneira que melhor lhe aprouver, estimulada pelos incentivos, ao passo que a autorregulação regulada seria mais prescritiva e detalhista em relação aos comandos estipulados (COCA VILA, 2013).

⁹² O conceito de sociedade de risco e todas as suas implicações será objeto de análise específica de tópico desta tese.

⁹³ Uma das justificativas apontadas na literatura para embasar a conveniência da autorregulação é o fato de o Estado se encontrar na atualidade, muitas vezes, à margem do desenvolvimento tecnológico, a ponto de não conhecer ou não dominar a tecnologia operada pelos regulados, como, por exemplo, nos setores de comunicação, energia, biotecnologia, telecomunicações e indústria. Assim, esse déficit de conhecimento pode acarretar um déficit de regulação, pois naturalmente esses setores continuarão a se desenvolver independentemente de qualquer regulação pública, já que o tempo do desenvolvimento tecnológico é acelerado e o tempo da regulação em geral não é capaz de acompanhá-lo (SILVEIRA & SAAD-DINIZ, 2015). De acordo com Lodge e Wegrich o argumento geral em favor da autorregulação – do uso de ferramentas reflexivas produzidas pelos próprios regulados em vista a objetivos de política pública – diz respeito a sua capacidade de minimizar a assimetria de informação existente entre regulador estatal e regulados, e assim evitar regras regulatórias não só desatualizadas como incumpríveis. (LODGE & WEGRICH, 2012, p. 102) Morgan e Yeung (2007, p. 93) argumentam que normalmente o uso da autorregulação se justifica quando a atividade regulatória exige nível alto de conhecimento técnico e específico, normalmente atrelados à indústria – que possui maior capacidade informacional do que o Estado –, sendo, nesses casos, mais eficaz utilizar mecanismos de autorregulação (MORGAN & YEUNG, 2007, p. 93). Também em defesa de argumentos em prol da expertise e eficiência do modelo, Ogus (OGUS, 2004, p. 108). Para Lodge e Wegrich, a ideia do uso de arranjos de autorregulação pressupõe uma escolha deliberada do Estado que aposta na

Nesse sentido, os defensores da autorregulação citam, entre suas vantagens mais claras, a rapidez, a flexibilidade, a sensibilidade às circunstâncias do mercado e o baixo custo envolvido. A autorregulação pode também permitir que os reguladores resolvam problemas regulatórios complexos em cenários onde faltam recursos ou informações necessárias⁹⁴ para o exercício de uma regulação de qualidade (BENNEAR, 2006). Seus críticos, por outro lado, a veem como um mecanismo de benefício das empresas em detrimento do interesse público⁹⁵, ao mesmo tempo em que faltariam os bons elementos presentes na regulação estatal, quais sejam, visibilidade, credibilidade, prestação de contas mais formal à sociedade, aplicação isonômica, standards mais rigorosos etc. (GUNNINGHAM & REES, 1997, p. 366).

Nesse contexto, a autorregulação regulada se apresenta como forma de se concatenar a autorregulação pura e a intervenção pública que só passa a ter eficácia por intermédio da autorregulação. O Estado, portanto, deixa de ser o ator principal e passa a ser mais um na cena regulatória, reconhecendo a importância das corporações e sua incapacidade de regulá-las e, ao mesmo tempo, assumindo a possibilidade de conseguir a melhor contenção de riscos dentro das empresas canalizando sinergias públicas e privadas em um processo de regulação (COCA VILA, 2013).

aproximação entre regulador e regulado para alcance de objetivos públicos – e isto significa que o Estado nega sua autoridade regulatória para atuar por si só e a divide com outros interessados. (LODGE & WEGRICH, 2012, p. 102)

⁹⁴ Ressalte-se que o fato de a autorregulação apresentar vantagens em casos de complexidade ou risco emergente quando se trata dos recursos e informações necessárias para o desempenho da própria regulação não significa que essa se mostra como solução perfeita em todos os casos. Ela pode ser a melhor opção disponível sob certas circunstâncias e ainda assim não ser a solução recomendada. Isso porque o problema primário da autorregulação é que, embora as empresas tenham melhores informações para encontrar soluções para problemas públicos, elas não necessariamente têm melhores incentivos para fazê-lo. Em suma, é preciso que o desenho regulatório garanta que os regulados tenham incentivos suficientes. Na prática, estudos indicam que a autorregulação regulada tende a funcionar melhor em contextos em que o número de regulados é pequena, o universo é relativamente homogêneo e interconectado, bem como a ameaça de sanção de fato funciona como instrumento de persuasão (COGLIANESE & LAZER, 2003).

⁹⁵ Com efeito, a adoção da modalidade de autorregulação regulada não é isenta de críticas, sendo que uma das fragilidades mais comumente apontadas é a de que a agenda que sustenta as ideias subjacentes a essa nova forma regulatória constituir-se-ia em mera adaptação da pauta de reformas regulatórias da década de 1980, destinada a reduzir a interferência da regulação estatal sobre os investimentos e o comércio internacional. Tal agenda orientada pela qualidade regulatória apenas refletiria uma releitura da agenda de “desregulação” resultante do processo de expansão do capitalismo global, que subordina o interesse nacional, o interesse público e o exercício do poder legítimo dos governantes aos interesses econômicos de investidores privados e países desenvolvidos.

Logo, a autorregulação não importa na retirada do Estado, mas na reconfiguração de sua estratégia regulatória, que passa a vale-se dos regulados, por meio da delegação de parte de suas funções reguladoras, para a consecução dos objetivos visados. Nesse formato, a autorregulação deixa de ser fenômeno eminentemente privado e alheio ao interesse público – como se revelava a autorregulação pura – e se converte em um campo com decisiva influência do Estado, que incentiva a adoção de padrões de comportamento e a implementação de deveres de organização e vigilância com vistas à obtenção da conformidade. Autorregulação privada e regulação pública tornam-se, assim, estratégias complementares e não mais realidades opostas ou excludentes, conjugando interesses privados e coletivos, por meio, inclusive, da participação dos agentes econômicos no processo de regulação (COCA VILA, 2013).

Note-se que, na autorregulação regulada, o Estado não se exime de sua tarefa normativa institucional, tampouco de sua função de supervisão, controle e sanção que precisam continuar a garantir que as empresas reguladas disponham de robusto sistema de autorregulação e compliance a fim de reduzir o risco sistêmico que elas mesmas geram com sua atividade. O novo modelo de regulação busca, portanto, aumentar a capacidade do mercado de adotar e fazer cumprir as regras que regem suas atividades e negócios e, ao mesmo tempo, atribuir mais fortemente às empresas a responsabilidade pelos efeitos econômicos e sociais de suas atividades de risco (FEIJOO SÁNCHEZ B. , 2015).

Por isso, se diz que a autorregulação regulada constitui espécie de intervencionismo público à distância, baseado na cooperação entre os poderes públicos, sujeitos regulados e outros agentes sociais, com o fim de não só gerar normas de comportamento, mas também de encarregar-se de seu *enforcement*. Não se trata de uma ausência estatal, mas sim de uma forma de garantir a sua presença eficaz mediante uma forma de controle mais sofisticada. Assim, essa nova visão de regulação estatal caracteriza-se pela incorporação do ente privado no processo de regulação, mas de forma subordinada aos concretos fins e interesse público predeterminados pelo Estado (NIETO MARTÍN A. , 2008a).

Ressalte-se, todavia, que, à luz da teoria da regulação responsiva, adotada como marco teórico desta tese, a autorregulação regulada, ou mesmo a autorregulação pura e

voluntária, são formas regulatórias próprias a setores de regulação complexa, multifacetada e sujeita a constantes transformações tecnológicas e mesmo nesses setores podem existir espaços de certezas tecnológicas perenes e princípios e direitos que são constantes axiológicas, permitindo a tranquila aplicação de estratégias regulatórias de comando e controle (BRAITHWAITE J. , 1985, p. 134). Daí a importância de que um desenho regulatório responsivo seja acompanhado de evidências e estudos tecnológicos sobre a perenidade ou efemeridade de padrões de conformação técnica (GIBSON, BRAITHWAITE, BRAITHWAITE, & MAKKAI, 1992). Ou seja, as formas regulatórias de autorregulação voluntária e regulada têm limites de uso e não servem como panaceia para todos os males, sob pena de se estar manietando um modelo responsivo dependente da sinergia entre espaços de liberdade, liberdade controlada e controle estatal (ARANHA M. I., 2021).

Além disso, uma das características marcantes da teoria da regulação responsiva, conforme se viu anteriormente, está em afirmar categoricamente que a autorregulação depende do reforço da regulação extrínseca – de comando e sanção – para funcionar de forma adequada, de modo que a diferença geral entre as estratégias regulatórias não pode ser equivocadamente utilizada para negar o fato de que a autorregulação regulada também requer a devida presença crível da ameaça de sanções como reforço à adoção de medidas de *compliance* pela empresa (BRAITHWAITE J. , 1985, p. 134)⁹⁶.

⁹⁶ Na lição precisa de Márcio Iório, “uma teoria responsiva da regulação acreditará na autorregulação, mas não em qualquer autorregulação: ela desconfia da autorregulação voluntária. Uma teoria de autorregulação regulada parte do pressuposto de que as empresas são, de fato, mais capazes de regular suas atividades empresariais do que o governo, mas terem maior capacidade de regular não significa que sejam mais propensas voluntariamente a regular com efetividade. Eis a grande diferença entre propostas de autorregulação voluntária e autorregulação regulada: somente a última delas impõe soluções antipáticas às empresas, fazendo uso de grupos de *compliance* empresarial, por exemplo, mediante regramento governamental de que o diretor de *compliance* deve reportar à agência reguladora, à diretoria da empresa ou a um corpo de auditores externos, quaisquer diretivas oriundas dos grupos de *compliance* que tenham sido ignoradas pela gerência empresarial. Trata-se de uma regulação de segundo nível, em que as ordens de conduta são oriundas do setor regulado, submetidas à aprovação do órgão regulador, cabendo ao regulador lidar com as deficiências de controles internos, agregando consequências impositivas a processos de auditoria e a recomendações de grupos de *compliance*, definindo parâmetros mínimos de melhoria dos serviços prestados, anunciando margens aceitáveis de impacto regulatório, entre outros. Se a autorregulação desejável será factível ou não, isso é objeto de outro nível de análise, que enfrentará não somente casos de incentivos institucionais à adoção de medidas autorregulatórias, mas também afirmará, por exemplo, que mesmo experiências fracassadas de autorregulação podem levar ao sucesso da coordenação empresarial em torno a regras mais efetivas. As propostas mais avançadas de novas teorias regulatórias não são, portanto, de mero relaxamento regulatório, mas de maior inteligência regulatória ponderada entre regulação e espaços de autonomia controlada do regulado (ARANHA M. I., 2021, pp. 65-67)

Posto isso, é de observar ademais que não há um único modelo de autorregulação regulada a ser adotado uniformemente. A literatura aponta inúmeros arranjos possíveis entre a regulação pública exclusiva de um lado e a autorregulação pura de outro, os quais podem variar em função do nível de envolvimento do Estado, do nível de formalidade com a qual o consenso é estabelecido e assegurado, da extensão do controle (exclusivo ou não) exercido pelo autorregulado, bem como da intensidade com que o comportamento é regulado. (MORGAN & YEUNG, 2007, p. 93);(OGUS, 2004, p. 108)⁹⁷.

São também apontados ao menos três modelos possíveis de *enforcement* em que a participação dos privados tem sido usada como alavanca para facilitar o alcance dos objetivos públicos de forma eficiente: no primeiro, o Estado concede a regulação ao ente privado, mas mantém consigo o poder de supervisionar e sancionar; no segundo, o Estado concede a regulação, a supervisão e a sanção ao ente privado, mas mantém consigo a possibilidade de revisão; e, por último, o Estado, juntamente com o ente privado, em uma corregulação, trabalharia para a elaboração de um sistema específico de regulação⁹⁸. É possível, por exemplo, que os regulados sejam incentivados a reportarem às autoridades ilícitos detectados por meio de seus controles internos ou que terceiros sejam estimulados ou obrigados a atuarem na

⁹⁷ É possível, por exemplo, que o Estado restrinja o processo de autorregulação impondo regras gerais, supervisionando o regulado, criando processos de aprovação ou correção das regras, bem como mecanismos para participação de interessados na elaboração das regras ou obrigações de prestação pública de contas. Quanto à extensão do papel desempenhado pela empresa regulada, ela pode ser responsável por todo o processo regulatório – quando estabelece as regras, monitora e assegura o seu cumprimento –, ou se limitar a apenas uma dessas funções, ficando a cargo do regulador público as outras. Também é possível que os arranjos de autorregulação regulada se constituam tão somente como um elemento isolado na operação de um regime regulatório específico (BALDWIN, CAVE, & LODGE, 2012, p. 138) Em relação à formalidade envolvida no estabelecimento e garantia do consenso, Baldwin, Cave e Lodge (2012, 139) afirmam que o arranjo de auto-regulação pode tanto operar de uma maneira informal, não vinculante, voluntária, como pode se valer de regras com força legal, a serem exigidas no judiciário. Explicam também que os arranjos podem se aplicar de forma compulsória a todos os envolvidos em determinada atividade ou sujeitar somente seus membros, aqueles que se associaram voluntariamente. (BALDWIN, CAVE, & LODGE, 2012, p. 139).

⁹⁸ Note-se que, no primeiro modelo, a autorregulação empresarial é um elemento-chave na determinação do risco permitido em relação a determinados interesses, como o meio ambiente ou a segurança dos trabalhadores, mas também em outros setores como a saúde alimentar e a chamada análise de pontos críticos. Nessa área, os gestores individuais do sistema de autorregulação geralmente também são responsáveis no caso de o risco causar danos a terceiros, uma vez que esse sistema é fundamental para determinar o risco admissível da atividade. O principal problema nesse tipo de incentivo direto à autorregulação é a utilização, de forma proporcional e coordenada, das diferentes possibilidades de sanção oferecidas pelo sistema jurídico e a identificação do comportamento intencional, que pode vir de membros da organização ou de terceiros e ser realizado em benefício da entidade ou em benefício exclusivo do autor individual ou de terceiros que não seja sua organização. (GÓMES-JARA DÍEZ, 2015)

supervisão e monitoramento do cumprimento das regras regulatórias, quando funcionam como auditores ou certificadores do compliance (MORGAN & YEUNG, 2007, pp. 209-215).

Tal estratégia de cooperação entre regulador e particulares – seja o próprio regulado ou terceiros – encerra vantagens, mas, também, contempla riscos: por um lado, positivamente, ela contribui com a redução dos custos envolvidos no processo tradicional de *enforcement* utilizado nas abordagens dissuasórias; com o desenvolvimento de uma relação de respeito e confiança entre regulados e fiscais, incentivando-os a comportarem-se de forma cooperativa; e com a facilitação da troca de informações, conhecimento e experiências entre regulador e regulado, o que repercute positivamente no alcance dos objetivos regulatórios; por outro lado, entretanto, modelos regulatórios baseados na cooperação podem assumir, erroneamente, que todos os regulados são motivados a cumprir com as regras, o que pode gerar falhas regulatórias graves em virtude da ausência de medidas coercitivas adequadas contra regulados oportunistas e viciar o comportamento de regulados bem-intencionados, que se veem em posição de desvantagem competitiva pelos custos envolvidos na conformidade; podem sucumbir à captura do regulador pelo regulado ou mesmo tender à acomodação de interesses resultante da constância de relações de proximidade entre eles, levando ao afrouxamento das medidas confrontativas e punitivas, e podem, por fim, desestimular o cumprimento imediato das regras instituídas, já que os regulados, cientes de que, em um regime de cooperação, o regulador costuma exaurir todas as etapas de conciliação antes de partir para medidas coercitivas, podem preferir esperar para negociar um acordo de compliance por entenderem que tal opção se mostra mais barata (LODGE & WEGRICH, 2012, p. 79); (ODED, 2013, pp. 66-68); (OGUS, 2004, p. 108).

Desse modo, o sucesso e a efetividade da autorregulação regulada dependem de fatores econômicos e sociais e, em grande medida, do desenho regulatório estabelecido, devendo ser observados pelo menos dois aspectos fundamentais: o Estado deve dispor de capacidade de supervisionar o processo de autorregulação, detectar desconformidades e impor ameaças críveis e sérias para forçar o compliance, e deve existir uma “forte coincidência

natural”⁹⁹ entre interesse público e interesse privado para que haja convergência na busca pela conformidade regulatória (GUNNINGHAM & REES, 1997, pp. 389-390).

Essa última questão se mostra especialmente importante, pois o grande objetivo que orienta a adoção de estratégias de metarregulação é que essa possa gerar não apenas a conformação de comportamentos, mas também valores públicos advindos de medidas que vão além do compliance. Tal situação é explicada pelo fato de que, na maioria dos casos, existe “uma disposição socialmente sub-ótima” dos regulados de superarem as metas e padrões regulatórios prescritos. Assim, ao incentivar ou mesmo forçar as empresas a se engajarem em certos tipos de esforços, o Estado pode conseguir que essas empresas invistam seus recursos na solução de problemas públicos não diretamente relacionados ao objeto regulado (BENNEAR, 2006), fazendo com que a regulação funcione também como instrumento de promoção de valores sociais (COGLIANESE & LAZER, 2003).

⁹⁹ Ressalte-se que os autores estabelecem, nesse sentido, uma importante diferenciação entre autorregulação e desregulação. Isso porque uma política de autorregulação incorpora o que chamam de “pluralismo legal”, segundo o qual a política regulatória deve levar a sério as diferenças entre instituições na sociedade e seu potencial para autorregulação. Essa perspectiva pluralista chama a atenção para o fato de que a condutas dos agentes econômicos é regulada, muitas vezes, por regras, valores e políticas que pouco têm a ver com o determinado pelas agências reguladoras, de forma que muito, ou mesmo a maior parte, da atividade reguladora da sociedade está nas mãos não dos governantes ou agentes públicos, mas sim dos agentes privados. Por isso, para os autores, o sistema regulatório pode ser concebido como um grande iceberg, no qual a ponta é a regulação governamental, ao passo que a massa ingente submersa representa aspectos institucionais privados da regulação (GUNNINGHAM & REES, 1997, p. 397). Nesse sentido, os autores reconhecem a forte ligação entre autorregulação e regulação estatal e afirmam que, de maneira geral, é crucial que a autorregulação tenha como pano de fundo regras e sanções previstas em lei, pois ela é um meio muito claro, visível, para que o regulado cumpra suas obrigações (GUNNINGHAM & REES, 1997, p. 400). A mesma visão é compartilhada por Balleisen e Eisner, para quem o problema não é a autorregulação em si mesma, mas sim a falha em integrá-la em um ambiente institucional maior, ou seja, inseri-las dentro de um quadro mais amplo de supervisão pública (BALLESEIN & EISNER, 2009, p. 131) Para esses autores, a eficácia da regulação privada em um contexto particular de autorregulação depende de cinco fatores: (1) a profundidade da preocupação dos regulados com a sua reputação; (2) a possibilidade de flexibilidade regulamentar; (3) a existência de força de trabalho suficiente no regulador e sua independência em relação ao governo; (4) o grau de transparência no processo de regulamentação; e (5) a seriedade da prestação de contas (BALLESEIN & EISNER, 2009, p. 134).

1.5 *Enforcement* e conformidade regulatória: fatores que explicam a obediência à lei e que impulsionam ou desencorajam o compliance corporativo¹⁰⁰

Quais as motivações extrínsecas e intrínsecas contribuem para o cumprimento de regras pelas empresas? Que fatores, legais e não legais, influenciam a conformidade e o excesso de conformidade? Como e por que as companhias respondem de forma diferente a diferentes modelos e estratégias regulatórias? Em que medida variações na estrutura e condições do mercado de atuação afetam a postura das empresas no que toca à conformidade? Quão importante se mostra a ameaça iminente de sanções legais para o cumprimento quando comparado com outros fatores como pressões sociais e compromissos publicamente assumidos? Como a fiscalização incentiva a conformidade e como o comportamento do regulador influencia a postura do regulado? Esses são apenas exemplos de perguntas que orientam o complexo debate acerca da natureza da conformidade corporativa, em especial, sobre como obtê-la e são objeto de literatura considerável sobre teoria e prática regulatórias, as quais demonstram que, além da dificuldade, em, si de se garantir essa conformidade e de se compreender os inúmeros fatores, inclusive as motivações intrínsecas e extrínsecas que a influenciam, ela não constitui necessariamente consequência lógica dos esforços regulatórios estatais (BRAITHWAITE & MAKKAI, 1991); (FELDMAN Y. , 2011); (FELDMAN, 2018) (FELDMAN & KAPLAN, 2021)¹⁰¹.

¹⁰⁰ O debate sobre responsabilidade e compliance corporativo que é feito no âmbito desta tese parte da premissa de que, “assim como a pessoa natural, as corporações também ostentam personalidade”, devendo ser consideradas pessoas que “nascem, são extintas, e, como no trocadilho de *Shichor et al*, mais se submetem a fusões e aquisições do que pessoas naturais a casamentos ou divórcios. Não pode ser aprisionada, mas pode se submeter à recuperação judicial ou até ser dissolvida. Não é difícil que seja fungível, que outra organização ocupe seu lugar em contexto negocial, contanto haja certa equivalência de finalidades, valores e capacidade organizacional. Do mesmo modo como podem pagar compensações e prêmios, podem submeter-se a sanções como multa e, ativamente, fomentar atividades comunitárias ou emendar suas práticas e estruturas internas. Podem, inclusive, securitizar suas práticas corporativas. Expressam a consciência da ilicitude da corporação (*corporate mens rea*) e a ‘mente criminosa’ (*guilty mind*) a partir de estados cognitivos até mais facilmente verificáveis do que na pessoa física, como em hipóteses de devido cuidado em relação a determinado objeto ou ação ou mesmo em relação a resultados e metas definidos pela corporação. Desde sua condição de pessoa, como resultado de uma confluência de fatores sistêmicos e processos decisórios da organização, causam danos da mesma forma que o podem sofrer, mais importando à vitimologia corporativa o domínio do conhecimento sobre as estratégias corporativas para responder aos problemas e oportunidades que decorrentes dos processos de vitimização.” (SAAD-DINIZ E. , 2019, p. 151).

¹⁰¹ Embora existam vários estudos, inclusive empíricos, sobre a natureza da conformidade e, em particular, sobre como uma melhor conformidade pode ser alcançada, o tema continua a demandar atenção, pois muitos reguladores

Não sem razão, diversos estudos mais recentes sobre conformidade corporativa têm buscado compreender a motivação do comportamento dos regulados, fornecendo insights importantes sobre porque certas abordagens funcionam de forma mais eficaz do que outras, a fim de dirigir esforços em identificar os elementos motores dessa conformidade para que o Estado possa formular modelos, estratégias e ferramentas mais consentâneas ao impulsionamento de uma cultura de conformidade (OECD , 2000).¹⁰²

Para se avançar na análise dos estudos que buscam explicar as motivações que determinam a obediência à lei, é preciso definir, preliminarmente, o conceito de conformidade aqui adotado. A literatura aponta a existência de uma gama variada de definições, mas predomina a noção ampla de que o significado da conformidade regulatória (*regulatory compliance*) ou conformidade à norma (*compliance*) está associado ao de constrangimento normativo (*enforcement*) que visa garantir a conformação de comportamentos com vistas à consecução dos objetivos regulatórios (ARANHA M. I., 2021, p. 49)¹⁰³.

Sob essa perspectiva, o que o conceito de *compliance* representa, embora o termo seja novo na literatura jurídica e tenha se tornado moda nos últimos tempos, “é mais velho que

ainda supõem que, uma vez editadas as regras, a conformidade ocorrerá automaticamente. Não obstante se reconheça que, se garantir uma maior e melhor conformidade já é em si tarefa difícil, fornecer explicações robustas e coerentes sobre os motivos que determinam a conformidade constitui missão ainda mais árdua, em especial no contexto corporativo, onde inúmeros fatores podem influenciar o comportamento da empresa regulada (AMODU, 2008).

¹⁰² Levantamento da OCDE, realizado ainda em 2000, por exemplo, identificou a existência de duas vertentes de estudos distintas na literatura: uma que se dedica a compreender até que ponto a comunidade regulada cumpre as normas e suas razões por fazê-lo, e outra voltada para a análise dos modelos e estratégias regulatórias utilizadas pelos reguladores e de seu sucesso ou fracasso na obtenção da conformidade (OECD, 2000).

¹⁰³ Com efeito, a regulação passa por cinco estágios para tornar-se efetiva: a promulgação do marco legal regulatório; a instauração das autoridades reguladoras; a edição de regras setoriais; o constrangimento das condutas dos regulados para que se adaptem à normatização setorial; e a conformidade dos regulados diante dos conteúdos das regras e das possibilidades de constrangimento, em que é possível a sua adesão autônoma aos comandos legais, como sujeitos racionais e potencialmente virtuosos. As duas últimas etapas são o fechamento das anteriores, sendo denominadas na doutrina anglo-saxã de *enforcement* e *compliance*, respectivamente, como um processo mais complexo e abrangente que a mera decorrência da subsunção dos fatos à norma, com aplicação de sanções. É um processo que revela diferentes desenhos de modelos regulatórios, em que “autoridades regulatórias hábeis podem usar a sua discricionariedade para aplicar regras seletivamente, assim como para resolver problemas ou para temperar normas excessivamente restritivas” (BALDWIN e CAVE, 1999, p. 97). Quanto à fonte normativa utilizada como referência para a definição dos padrões de comportamento prescritos, a abrangência do conceito de norma adotado e, por consequência, da acepção de *compliance* e *enforcement* utilizados, dependerá da teoria regulatória à qual se adere. Consoante abordado anteriormente, o modelo de regulação tradicional, ancorado em estratégias de comando-e-controle, por exemplo, pressupõe que a norma jurídica detém força própria de vedação de conduta ou exigência de comportamento e considera a ameaça de sanções aflictivas como suficiente para a conformação de condutas.

o tempo”, uma vez que há muito tem sido estudado por correntes do positivismo jurídico, as quais consideram o Direito como técnica social de regramento de condutas, que se manifesta por intermédio de atos coercitivos extrínsecos¹⁰⁴ e que se valida e se reafirma diante da ocorrência de atos ilícitos e da consequente aplicação das sanções devidas (ARANHA, 2019, pp. 441-442).¹⁰⁵

Nesse sentido, à luz do modelo regulatório de comando e controle, não há necessidade de se perquirir acerca das motivações que fundamentam a decisão dos regulados em cumprir a lei: as empresas são percebidas como calculadoras amorais, cujos valores não possuem nenhuma dimensão moral ou cívica para a conformidade: elas só cumpririam as regras que implicam ônus quando acreditam que a não conformidade legal será detectada e tratada

¹⁰⁴ Ao se falar em coerção extrínseca, revela-se adesão à teoria dos incentivos, a qual considera como incentivo toda medida extrínseca que induz determinados agentes a adotar um comportamento desejável. A teoria dos incentivos influencia teorias jurídicas que consideram o Direito como força motriz do comportamento individual em direção a resultados socialmente desejados.

¹⁰⁵ Segundo ensina Márcio Lório, “a regulação, como objeto metodologicamente endereçado, dirige os métodos possíveis de seu esclarecimento a partir de sua natureza; se é percebida como uma forma de afirmação da força por coerção extrínseca, ou como uma forma de diálogo e compromisso intrínseco. Por isso, é fundamental compreender-se a distinção entre as percepções do direito como coerção extrínseca ou intrínseca. Para teorias apoiadas na percepção do direito como coerção extrínseca, ele – o direito – somente se realiza quando descumprido. À primeira vista, pode parecer um contrassenso que, para uma vertente da teoria jurídica, o comportamento humano distoante da previsão normativa seja o principal pressuposto para a identidade do caráter normativo do texto positivado. Em outras palavras, a ausência de conformidade do comportamento individual às normas afirmaria a identidade própria ao direito, pois este somente seria visível e manifestado quando da coerção externa – leia-se, estatal – sobre o comportamento individual desviante. É como se o comportamento desviante da previsão normativa fosse desejado para reforço da existência da norma, pois ela e o direito, como ser institucional, somente se afirmariam pelas condutas contrárias à prescrição normativa justificadoras do uso da coerção extrínseca como privação daquilo que o ser humano mais valoriza. Atente-se para o fato de que para as teorias jurídicas que exaltam a sanção, a mesma crítica se aplica: quando a sanção é tida como essencial, significa dizer que o descumprimento da norma é desejado pelo Estado não no sentido de que o Estado incentivará ostensivamente a prática de atos ilícitos, mas no sentido de que a afirmação do direito somente será perceptível quando da existência do ato ilícito. O Estado, no paradigma da coerção extrínseca, estará diuturna e incessantemente à procura de mais ilícitos para afirmar a norma jurídica por intermédio de sua única manifestação perceptível: a sanção. O Estado estará à procura do ilícito, sabedor de que o ilícito justifica a própria existência estatal e dos servidores públicos que o movimentam. O Estado e seus arautos de coerção extrínseca são constantemente atraídos por essa força sombria que afirma seu poder. Uma visão predominantemente positivista – ou para alguns, normativista – de que o direito somente se afirmaria por sua negação e consequente manifestação como coerção extrínseca é responsável pela dificuldade dos juristas de hoje de verem para além da sanção, temendo pela extinção do direito caso ela deixe de ser a primeira linha de ação, ou mesmo única, ao descumprimento da norma. A diferenciação entre coerção externa e interna dá ensejo a dois modelos opostos de regulação: o de comando-e-controle, ancorado em normas advindas do Estado e na fiscalização e sanção como técnicas para o alcance da conformidade, e o modelo apoiado em normas sociais, que se vale de instrumentos de regulação em redes, regulação descentralizada ou de diversas manifestações da regulação apoiada na cultura de negócios do setor regulado (ARANHA M. I., 2021, p. 48)

com severidade, ou seja, as corporações seriam atores racionais que sempre ponderam custos e benefícios (KAGAN & SCHOLZ, 1984).¹⁰⁶

Assim, como visariam apenas a maximização do lucro, as empresas estariam dispostas, tendo em vista os custos implicados na conformidade, a implementar as ações necessárias – e somente elas – para atender às rígidas regulações estatais quando temem as sanções por descumprimento ou em situações em que estejam mais preocupadas em construir ou proteger sua reputação social e política. Desse modo, considerando que as corporações somente se sentiriam dissuadidas de cometer atos infracionais quando os custos eventualmente decorrentes da sanção estatal superarem os lucros percebidos como decorrentes da conduta desconforme, as estratégias regulatórias ancoradas nesse entendimento se baseiam em modelos prescritivos de comando e controle que privilegiam a conformidade formal, sem se preocupar em desenvolver ferramentas que incentivem o compliance – já que esse é alcançado via ameaça de sanção – tampouco que garantam a efetiva conformação da conduta dos regulados (GUNNINGHAM & KAGAN, 2005). (GUNNINGHAM, THORNTON, & KAGAN, 2005); (BORCK & COGLIANESE, 2011).

Ressalte-se que, no âmbito da criminologia – campo da ciência dedicado à verificação empírica das causas e consequências dos comportamentos delituosos, que busca explicar os fatores que levam à conduta desviante – os estudos voltados à criminalidade

¹⁰⁶ Ressalte-se que o custo percebido pelo regulado por não cumprir com uma regra depende, primeiramente, da variável sanção, a qual pode oscilar em função do tipo e da severidade. A lógica é que quanto mais grave e custosa for a sanção associada a determinado descumprimento, menor a chance de a regra ser desrespeitada (ODED, 2013, p. 23). A segunda variável gerenciada pelo regulador no modelo de comando e controle, que também determina a percepção de custo associado pelo regulado ao não cumprimento de uma regra, é a probabilidade de a infração ser detectada. Essa probabilidade é normalmente descrita como uma função do esforço de enforcement exercido pelos fiscais responsáveis: quanto maior esse esforço, maior a probabilidade de a infração ser detectada e, por conseguinte, menor a chance de a regra ser descumprida. Uma terceira variável diz respeito à probabilidade de a sanção ser de fato imposta e aplicada. O regulado precisa acreditar que o regulador vai impor-lhe uma sanção e que ela vai mesmo aumentar os custos do seu negócio. Quando ele não acredita nisso, caso, por exemplo, entenda que consegue revertê-la judicialmente, o regulador precisa convencer o regulado de que a sanção é crível. Quanto maior a percepção do regulado de que a sanção é crível, maior o custo associado ao não descumprimento e menor a probabilidade de o padrão regulatório ser desrespeitado. Na gestão da política de *enforcement* baseada na detenção e punição, o regulador balanceia essas variáveis de modo a tornar indesejável, do ponto de vista de custos e benefícios, a escolha do regulado pelo não cumprimento de uma regra, mas também cuidando para não pecar por falta ou por excesso de detenção e punição (ODED, 2013, pp. 21-22).

corporativa,¹⁰⁷ desempenham, também, um papel fundamental na investigação científica das causas, controles e instrumentos de regulação da conduta das empresas (SAAD-DINIZ, 2018, pp. 168-169).

Além disso, a criminologia fornece insumos sobre os padrões de conduta, motivações dos agentes, formas de vitimização corporativa e controle social, auxiliando na melhor compreensão acerca do papel dos programas de compliance na mitigação dos riscos a eles relacionados, conforme análise mais detida que será realizada adiante, em tópico específico deste trabalho (SHECAIRA S. S., 2018).

Referência fundamental na explicação dos crimes corporativos, especialmente dos crimes de colarinho branco,¹⁰⁸ Edwin Sutherland, com sua interpretação sociológica da delinquência corporativa, contribuiu decisivamente para a análise das causas relacionadas ao cometimento de ilícitos no contexto empresarial. Sutherland partiu da diferenciação entre o comportamento desviante convencional e o ocupacional, buscando explicar o fato de que esta última criminalidade vem, curiosamente, acompanhada de predominante respeito ao ordenamento jurídico e às regras sociais e apenas em função das estruturas de oportunidade e aprendizagem no âmbito das organizações que os indivíduos encontram as condições necessárias para se engajar na criminalidade econômica. Por isso, Sutherland afirmava que as

¹⁰⁷ Os crimes corporativos seriam atos ou omissões resultantes de uma tomada de decisão deliberada ou culposa dentro de uma organização formal legítima. Exemplos incluem crimes financeiros, crimes contra o consumidor, crimes associados às relações de trabalho, incluindo aqueles relacionados à segurança do trabalhador e crimes contra o meio ambiente. Os crimes corporativos, cometidos por coletividades ou agrupamentos de indivíduos em nome das corporações, diferenciam-se dos crimes ocupacionais, cometidos por indivíduos ou pequenos grupos em conexão com suas ocupações. A distinção entre crimes corporativos e ocupacionais nem sempre é clara, devido à dificuldade em determinar o intento individual dos agentes. É importante ressaltar, no entanto, que os conceitos de crimes organizacionais não se limitam à tipificação estritamente penal, abrangendo condutas ilícitas cometidas por corporações ou seus administradores, gerentes ou empregados, consistentes em violações do direito civil, criminal ou administrativo (SHECAIRA S. S., 2018). Especialmente a partir das décadas de 60 e 70, o estudo dos crimes de colarinho branco começa a centrar as análises nas ilegalidades pelas grandes corporações, emergindo uma categoria própria de investigação (BARAK, 2015).

¹⁰⁸ Os crimes de colarinho branco são cometidos por pessoas conhecidas por suas carreiras legítimas e respeitáveis, no exercício de suas atividades, e foram denominados dessa forma por Sutherland para chamar a atenção para delitos geralmente excluídos do escopo da criminologia tradicional. Esses crimes apresentam características como natureza deliberada e organizada, envolvimento de empresas como agentes infratores e apresentam uma unidade relativamente consistente, muitas vezes envolvendo reincidência. Para caracterizar um crime de colarinho branco, Sutherland estabeleceu como elementos chave: ser cometido por uma pessoa de status relativamente elevado ou por quem detém níveis relativamente elevados de confiança e ser a ofensa legitimada pelo cargo que o indivíduo ocupa (SHECAIRA S. S., 2018).

pessoas jurídicas são “construções racionalistas, amorais, e não-sentimentais”, que funcionam como estruturas de oportunidade para as infrações econômicas (SAAD-DINIZ E. , 2018).¹⁰⁹

Na esteira de suas reflexões, tornou-se claro que existiria um fator mobilizador aplicável a toda a delinquência econômica: a ultrapassagem da legalidade na busca do máximo lucro. Desse modo, os crimes praticados pelas empresas derivariam da própria liberdade de empresa no capitalismo. Lucros obtidos através da legalidade e da ilegalidade seriam de difícil diferenciação, pois a própria estrutura do capitalismo global e das grandes companhias, principalmente as multinacionais, dificultariam cada vez mais o controle das atividades por parte do Estado. (SAAD-DINIZ E. , 2019)

Posteriormente, Marshall Clinard e Peter Meager sistematizaram o estudo da criminalidade corporativa e empenharam análise detalhada do comportamento corporativo socialmente desviante.¹¹⁰ Para os autores, o crime corporativo é um crime organizacional porque ocorre no contexto de relacionamentos complexos e de diversas expectativas entre o

¹⁰⁹ Para caracterizar um crime de colarinho branco, Sutherland estabeleceu como elementos chave: ser cometido por uma pessoa de status relativamente elevado ou por quem detém níveis relativamente elevados de confiança e ser a ofensa legitimada pelo cargo que o indivíduo ocupa.

¹¹⁰ Para tal propósito, a obra “Corporate Crime” de Marshall Clinard e Peter Yeager, publicada pela primeira vez em 1980, é um importante marco teórico para desenvolvimento do conceito de crime organizacional. Ela compreende um estudo seminal sobre as mais diversas práticas desviantes praticadas pelas maiores companhias americanas listadas na Fortune 500. Desse modo, a partir do estudo empírico, os criminólogos conseguiram conceituar, contextualizar e fornecer uma delimitação mais clara das práticas criminosas emergidas no ambiente corporativo. Surge com eles a classificação clássica dos três tipos principais de crimes, construída com base na sua seriedade: crimes convencionais (crimes violentos cometidos por meio de atividades ilegais; crimes ocupacionais (comportamentos socialmente desviantes produzidos no âmbito de atividades legítimas e por indivíduos que, em regra, mantém respeito ao ordenamento jurídico, salvo em determinadas oportunidades que encontram para delinquir em suas ocupações. Pode chegar a ser cometido por executivos, sem corresponder, no entanto, a um montante significativo); e crimes organizacionais, que são cometidos por organizações empresariais (SAAD-DINIZ E. , 2018). Clinard e Yeager propuseram também uma primeira classificação para os crimes corporativos conforme a natureza da ofensa: 1) consumidor (segurança e qualidade do produto); 2) consumidor e práticas negociais desleais (poder econômico); 3) infrações ambientais; 4) violação contra o empregado; 5. infração contra a Administração pública e o Fisco, quando o próprio Governo é vitimizado. Segundo o Professor Eduardo Saad-Diniz, “esta classificação, no entanto, não abrange corrupção empresarial ou lavagem de dinheiro, nem mesmo dá conta dos avanços trazidos pelas ciências cognitivas em termos de criminalidade corporativa e capacidade de aprendizagem e estruturação das organizações empresariais. Tampouco alcançam uma compreensão vitimológica mais ampla e em interlocução com os avanços da ética negocial, demonstrando o que poderiam ser as estratégias de desvitimização, sua maior ou menor adequação à cultura organizacional, proteção dos *shareholders* e engajamento dos *stakeholders*. De qualquer modo, é bastante válida a forma como Clinard e Yeager já prenunciavam uma série de questões que seguem sendo atuais, tais como: i. violações gravosas, geralmente, recebem penas ínfimas; ii. corporações dispõem de sofisticadas técnicas defensivas para evitar a incidência de multas proporcionais à gravosidade; iii. nível de reincidência é comprometedor (aqui remontando ainda a Sutherland) (SAAD-DINIZ E. , 2019, p. 140)

conselho de administração, executivos, gerentes de classes intermediárias e supervisores, além de outras corporações e formas estruturais relacionadas. O esforço classificatório de Clinard e Yeager também foi importante para discriminar as estruturas internas e os fatores externos do comportamento corporativo socialmente danoso, bem como para possibilitar a compreensão dos fatores econômicos envolvidos na prática delitiva (superando o reducionismo da motivação da "pressão financeira"), o papel determinante da cultura corporativa e a personalidade, formação e a interação com a estrutura societária na qual se insere a figura dos gestores. A partir dessa noção básica, pode-se entender a diferenciação entre as ocupações no âmbito da estrutura empresarial e a organização empresarial em si como resultado desse contexto mais amplo e complexo de processos decisórios e interações sociais que integram a atividade empresarial. Este entendimento será decisivo para uma interpretação mais consistente dos programas de compliance e da sua importância nas organizações, conforme abordar-se-á adiante. (SAAD-DINIZ E. , 2018, p. 177).¹¹¹

Observa-se, portanto, que, também no âmbito da criminologia econômica, as teorias desenvolvidas apontam que modelo dissuasório racional não é suficiente para explicar a criminalidade corporativa, uma vez que outros fatores, além da equação de custo e benefício, influenciam os processos de motivação individual e coletiva no ambiente de negócios. Nesse sentido, a partir do estudo das escolas de pensamento criminológico obteve-se um referencial

¹¹¹ Segundo leciona o Professor Eduardo Saad-Diniz, “John Braithwaite vai mais fundo na compreensão das tensões, distribuição de meios legítimos e oportunidades ilegítimas e acrescenta outras perspectivas criminológicas para a compreensão dos crimes organizacionais. A oposição entre cultura de compliance e subcultura de resistência à regulação e ao controle seria mediada pela humilhação ou vergonha (*corporate shaming*). Assim, Braithwaite propõe uma perspectiva própria sobre o crime organizacional como uma grande síntese das correntes teóricas do pensamento criminológico: 1) há maior propensão ao crime corporativo em situações de bloqueio de oportunidades legítimas para acesso às metas; 2) há maior propensão nas hipóteses em que o acesso às oportunidades ilegítimas é franqueado aos indivíduos no âmbito corporativo; 3) bloqueio de oportunidades legítimas às corporações tende a levar à formação de subculturas em determinada indústria; 4) tanto maior a resistência à regulação e ao controle, tanto maior a criminalidade corporativa (a formação de subculturas neutraliza o vínculo moral, mostra os caminhos das oportunidades ilegítimas e acoberta as infrações); 5) estigmatização e falta de confiança estimulam a formação às subculturas, em oposição à regulação cooperativa; 6) *corporate shaming* não apenas não inibe a criminalidade como cria “novos padrões razoáveis” de comportamento corporativo e influencia os processos decisórios dos executivos; 7) a reprovação ética da comunidade (*general community shaming*) às infrações corporativas incrementa-se com uma democracia aberta e vigorosa; 8) e também o compromisso da indústria com a autorregulação; 9) controle social informal se revigora com a regulação cooperativa; 10) regulação cooperativa se consolida com a regulação da indústria e equilíbrio de poder; 11) incentivos adequados aos controles autorregulatórios precedem o *enforcement* público; 12) em organizações sob influência da subcultura, a responsabilidade moral e comunicação da organização se fragilizam; 13) influência especializada de compliance e gestores vinculados ao programa reduzem a propensão à criminalidade corporativa” (SAAD-DINIZ E. , 2019, p. 166).

teórico consistente sobre a causalidade vinculada à criminalidade corporativa e aos parâmetros para a expressão moral dos comportamentos (SHECAIRA S. S., 2018).

Assim, em contraposição ao referido paradigma da racionalidade, diversos estudos no campo da regulação¹¹² começam a apontar a insuficiência dessa abordagem para explicar o sucesso ou fracasso da regulação do comportamento corporativo (BARDACH & KAGAN, 1982). Com efeito, ao buscarem compreender em que medida a regulação estatal é determinante na conformação do comportamento de empresas, o quão importante se mostra essa regulação quando comparada a outros incentivos e pressões e por que algumas empresas trabalham arduamente para promover os valores regulatórios, inclusive para além do compliance, e outras não, diversos estudiosos sobre conformidade não conseguiram explicar, com base apenas em critérios baseados apenas na racionalidade econômica, a variação considerável identificada entre as respostas regulatórias de empresas que se encontram em situação semelhante, principalmente quando essa resposta envolve medidas de conformidade que vão bem além daquelas exigidas pelas regras legais (GUNNINGHAM, THORNTON, & KAGAN, 2005).¹¹³

Desse modo, a doutrina aponta exemplos de fatores não utilitaristas que também atuam de forma determinante na decisão da empresa em cumprir com padrões regulatórios, como o risco de perda de reputação – especialmente para empresas maiores¹¹⁴

¹¹² Uma ampla lista de estudos sobre conformidade regulatória pode ser encontrada em ODED, 2013, p. 49.

¹¹³ Em relatório em que analisa as estratégias de *enforcement* regulatório e as motivações para a conformidade, a OCDE (OECD, 2000) aponta que várias condições são necessárias para obter o compliance: a primeira é que o regulado esteja ciente da regra e a compreenda, pois, a falta de clareza em uma regra pode resultar em descumprimento não intencional. Em segundo lugar, o regulado deve estar disposto a cumprir. Incentivos econômicos podem motivar a conformidade nesse sentido. Um programa de fiscalização forte pode desencorajar o comportamento não conforme. A terceira condição é que o regulado seja capaz de cumprir. Para alguns regulamentos, a implementação da política deve incluir atividades como o fornecimento de informações necessárias e outro suporte técnico. Se qualquer uma dessas condições não for atendida, ocorre a não conformidade. Para garantir a conformidade regulatória, os formuladores de políticas devem direcionar suas atividades não apenas para a elaboração e publicação de uma regra, mas também para garantir que as três condições sejam atendidas.

¹¹⁴ Em um importante estudo sobre compliance empresarial no contexto da proteção ambiental, observou-se que as motivações legais e econômicas tendem a variar não apenas de acordo com o tamanho da empresa, mas de acordo com a natureza do setor. As grandes empresas tendem a ser muito mais preocupadas com a publicidade adversa, mas menos preocupadas com a atividade de inspeções, enquanto as pequenas e médias empresas estavam mais preocupadas com as pressões da cadeia de suprimentos (onde as atividades dos subcontratados são restringidas por grandes empresas ou a pressão do consumidor influencia o comportamento dos fornecedores). Por isso, as medidas de dissuasão gerais são diferenciadas das medidas de dissuasão específicas adotadas contra determinadas empresas e se constata que as sanções legais possuem um impacto significativo no comportamento de conformidade de uma minoria substancial (GUNNINGHAM, THORNTON, & KAGAN, 2005).

(GUNNINGHAM, THORNTON, & KAGAN, 2005), aquelas que já se encontram em conformidade (MAY, 2004, p. 48) e as que temem os efeitos negativos que podem advir da publicidade adversa¹¹⁵ (PARKER C. , 2002) – e a postura moral consubstanciada no desejo de se fazer a coisa certa (*do the right thing*). Nesse caso, as decisões dos agentes regulados relacionadas ao cumprimento ou não de uma regra não devem ser avaliadas somente a partir da perspectiva do medo da punição, mas também por suas atitudes e obrigações morais, sendo que há evidências de que em certos contextos os regulados tendem a obedecer a regra mesmo quando os custos pelo seu não cumprimento são significativamente baixos (KAGAN & SCHOLZ, 1984)¹¹⁶.

Além disso, também são apontados pela literatura, como fatores que influenciam a conformidade das empresas, as percepções que essas possuem sobre a adequação ou legitimidade dos próprios regulamentos, as dificuldades que enfrentam – especialmente as pequenas empresas – na implementação das regras, o contexto operacional da empresa e a natureza de suas atividades, assim como a pressão advinda da comunidade local e dos grupos de partes interessadas com os quais se relacionam (AMODU, 2008).

Há ainda estudos empíricos que analisam o *compliance* regulatório a partir do comportamento do regulador, principalmente no desempenho da fiscalização regulatória, os

¹¹⁵ Na mesma esteira, Fisse e Braithwaite apontam, em pesquisa empírica realizada, que as corporações temem os efeitos da publicidade adversa e seus efeitos reputacionais mais do que temem a lei. As empresas podem ou não ter fortes incentivos para cumprir e razões poderosas, como fatores de reputação (especialmente a ameaça de dano à sua imagem pública) podem influenciar a postura de conformidade adotada (FISSE & BRAITHWAITE, 1993, pp. 247-249). Também para Braithwaite (BRAITHWAITE J. , 2002), o sucesso regulatório depende em parte da eficácia da vergonha e de outras sanções informais (muitas vezes entre pares) para reduzir a não conformidade.

¹¹⁶ Nesse sentido, ao realizarem estudos empíricos que buscaram compreender as razões que sustentam a psicologia de uma empresa e suas motivações para o cumprimento, Kagan e Scholz demonstram que a ideia de que as corporações fazem cálculos para cumprir as regras apenas com base no interesse próprio, no custo econômico ou na maximização do lucro constitui lógica muito simplista. É verdade que os autores notaram em seus estudos uma predominância de racionalidades econômicas informando as atitudes das empresas em relação à conformidade, entre elas, principalmente, a capacidade de repassar custos: nos casos em que as empresas podiam transferir o custo da adesão a terceiros, por exemplo, consumidores, era mais provável que investissem em conformidade. Todavia, segundo os estudos realizados, o fator econômico nunca se apresenta de forma isolada como a única variável determinante: outros elementos, como a atitude moral da empresa e o risco reputacional advindo da publicidade adversa, por exemplo, podem também ter um impacto significativo em suas decisões pró-conformidade. Note-se que, quanto às empresas que adotavam uma postura 'moral', os autores identificaram em pesquisas empíricas uma propensão em encarar o cumprimento das regras legais e regulatórias em termos de dever cívico como a resposta moralmente correta. Por outro lado, a “ambivalência moral” de algumas empresas pode indicar uma maior probabilidade de não conformidade em determinadas situações (KAGAN & SCHOLZ, 1984).

quais apontam que tanto a forma da atividade de fiscalização quanto o desenho da regulação influenciarão fortemente o comportamento de conformidade. Os estilos de inspeção e fiscalização (sejam punitivos ou mais acomodatórios), além das penalidades impostas, moldarão o comportamento, sendo as atividades do inspetor de campo muitas vezes a chave para aumentar o compromisso de conformidade, não apenas na avaliação do cumprimento, mas como um meio através do qual o conhecimento é disseminado e o aconselhamento prestado. Assim, a interação face a face pode moldar o comportamento de conformidade, resolver problemas e, ao fazê-lo, construir confiança, uma característica importante no incentivo à conformidade. Ou seja, os níveis de conformidade regulatória e sua eficácia não dependem apenas das empresas envolvidas, mas também das atitudes do regulador, especialmente as de seus inspetores de campo, cujo *modus operandi* inevitavelmente moldará a conformidade (BRAITHWAITE J. , 1985); (AMODU, 2008); (OECD, 2000).

Também atores externos, como sociedade civil, consumidores, mídia, seguradoras, auditores, advogados, ONGs e associações comerciais, bem como forças econômicas, políticas e sociais podem moldar o compliance. Isso se estende à forma como a gestão e organização interna do negócio se relaciona com terceiros e a interação com e entre a administração e seus funcionários. Esses grupos podem desempenhar um forte papel de monitoramento que pode influenciar o comportamento de conformidade. Por isso, recrutar terceiros para atuar como “guardiões” é uma forma de aumentar a conformidade (GUNNINGHAM, THORNTON, & KAGAN, 2005).

Outro tipo de ferramenta de *enforcement* regulatório, alternativa à regulação clássica de comando e controle, é o que na literatura se convencionou chamar de instrumentos de incentivo econômico ou de mercado, os quais se apoiam nas forças competitivas do mercado para regular o comportamento social (MORGAN & YEUNG, 2007, p. 85). Tais mecanismos exploram o comportamento auto-interessado de indivíduos e empresas para atingir objetivos regulatórios, por meio da concessão de incentivos ou desincentivos econômicos que direcionam o comportamento do regulado para o objetivo público, não havendo necessidade de se criar um

regime formal que obrigue determinados padrões de comportamento (LODGE & WEGRICH, 2012, p. 106)¹¹⁷.

Nos últimos anos, vem crescendo o interesse acadêmico e dos reguladores também pela implementação de instrumentos regulatórios, denominados de *nudges*, que exploram os vieses de tomada de decisões dos indivíduos para compreender a ética comportamental, ou seja, como indivíduos decidem e por que decidem ou deixam de decidir em tais ou quais situações, a fim de direcionar as suas escolhas a um objetivo público.

Os estudos sobre ética emergiram fortemente nos últimos anos em razão de grandes escândalos corporativos que envolveram empresas como Worldcom e Enron; AIG, CitiBank, Lehman Brothers, Goldman Sachs, Volkswagen e Wells Fargo, os quais provocaram intensa corrida acadêmica em torno da identificação dos fatores que ensejam o desvio de conduta e o comportamento não ético de indivíduos e organizações que, até então, gozavam da confiança, respeito e credibilidade da sociedade e dos órgãos reguladores (TREVIÑO, WEAVER, & REYNOLDS, 2006).

As pesquisas evidenciam que pessoas normalmente pensam em si mesmas como “boas pessoas” e declaram valorizar uma conduta moral mesmo quando se comportam mal. Essa aparente inconsistência é explicada por diferentes vieses cognitivos que levariam indivíduos a ignorar ou justificar sua própria falta de ética a partir de uma concepção limitada do conceito, exigindo, pois, do Direito o desenvolvimento de estratégias regulatórias capazes de lidar com a suscetibilidade desses sujeitos que podem se tornar “infratores situacionais”¹¹⁸,

¹¹⁷ Os incentivos podem ser negativos (quando a conduta é legalmente possível, mas por ser indesejável do ponto de vista social a empresa precisa pagar uma taxa para agir daquela maneira), ou positivos (quando existe uma recompensa para a empresa agir de uma maneira alinhada ao interesse social). Os regulados agem, portanto, em função do sinal dado pelo regulador: os desincentivos representam um sinal negativo em sua decisão sobre praticar determinada conduta, enquanto os incentivos, por sua vez, um sinal positivo (OGUS, 2004, p. 245)

¹¹⁸ As pesquisas sobre ética comportamental indicam que o delito semi-deliberativo e não-deliberativo é orientado pela situação. Ou seja, em algumas situações e cenários (armadilhas éticas ou “pontos cegos morais”), a grande maioria das pessoas não cumpre as normas legais. As pesquisas destacam vários antecedentes situacionais de não conformidade. Por exemplo, a má conduta prolifera quando as normas legais são vagas, quando as pessoas pensam que seus delitos podem beneficiar outras pessoas (e não apenas elas mesmas), quando as vítimas não são identificadas ou quando as decisões podem ser facilmente atribuídas a motivações legítimas e ilegítimas. As pesquisas sobre de ética comportamental também sugerem que, em tais situações, transgressões “menores” se tornariam endêmicas, generalizadas e difíceis de regular e prevenir. Onde tais pontos cegos morais estão presentes,

os quais se diferenciam dos “infratores intencionais” por estarem dispostos a cometer desvios éticos apenas se a situação lhes permitir manter a autoimagem positiva de si próprios e sentir-se bem com suas ações. Ou seja, as pessoas normalmente não tomam uma decisão racional, calculada e deliberada sobre agir “imoralmente”. Em vez disso, os processos cognitivos são muitas vezes tendenciosos e impedem as pessoas de verem completamente os dilemas éticos, fazendo com que interpretem a realidade da maneira que lhes é mais confortável e se convençam de que suas ações são de fato justificáveis (JENNINGS, MITCHELL, & HANNAH, 2015); (FELDMAN, 2018); (FELDMAN & KAPLAN, 2021).

Os resultados das pesquisas empíricas que vem sendo conduzidas na seara da ética comportamental trazem implicações importantes para o debate acerca da conformidade legal: se os transgressores se convencem de que de fato não estão cometendo nada errado, ou estão cegos para sua própria má conduta, como a lei e suas abordagens tradicionais de comando e controle, que se baseiam na ameaça de sanção como instrumento dissuasório, podem atuar para inibir a prática de ilícitos?

Essas evidências provocam a necessidade de que as teorias regulatórias incorporem a ética comportamental como elemento central das estruturas de conformidade e adotem estratégias baseadas em *nudges*¹¹⁹ ou “empurrões” éticos para induzir determinados comportamentos e deliberações desejados, as quais podem assumir a forma de alertas éticos¹²⁰

a transgressão pode se tornar a norma e não a exceção, tornando mais fácil para as pessoas comuns ignorá-los, justificá-los e desculpá-los para si mesmas (FELDMAN, 2018).

¹¹⁹ Nas palavras de seus idealizadores, Richard Thaler e Cass Sustein (Em LODGE e WEGRICH, 2012, p. 113) *nudge is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives*. Como a ideia é que o indivíduo continue tendo liberdade para escolher uma posição diferente da que o Estado entende como mais adequada, Thaler e Sustein argumentam que as ferramentas de *nudge* seguem uma filosofia a qual chamam de paternalismo libertário. O uso de ferramentas dessa espécie tem sido frequente em políticas públicas das áreas de saúde, segurança, energia e previdência social, no âmbito das quais o Estado desenha incentivos para induzir – como espécie de empurrão – os indivíduos a tomarem decisões que seriam mais adequadas (LODGE & WEGRICH, 2012, p. 112). Como vantagens associadas ao uso de ferramentas de *nudge*, tem sido apontado o fato desse tipo de ferramenta mostrar-se uma alternativa de baixo custo, ou mesmo sem custos diretos para governos, consumidores ou indústria (LODGE & WEGRICH, 2012, p. 113).

¹²⁰ Em algumas circunstâncias, uma medida tão simples quanto fazer as pessoas assinarem um código de conduta ética antes de tomar uma decisão importante reduz significativamente as irregularidades. Da mesma forma, lembretes éticos podem trazer fatos específicos à atenção dos infratores em momentos cruciais da tomada de decisões, para garantir que sejam mais difíceis de ignorar. Para ser eficaz, tal lembrete devem se destacar, por isso não são fáceis de remover. Os lembretes podem, portanto, incluir também referências a sanções legais ou sociais, quando apropriado (FELDMAN & KAPLAN, 2021).

e outros mecanismos que desconstruam os vieses cognitivos tendenciosos. Os resultados experimentais sugerem que, implantados adequadamente, os empurrões éticos podem ser altamente eficazes não apenas para estimular a tomada de decisões deliberativas, mas também para melhorar os resultados éticos de escolhas não deliberativas (FELDMAN & KAPLAN, 2021)¹²¹.

Ocorre que além dos fatores relacionados aos próprios indivíduos e seus vieses cognitivos, os debates que envolvem a ética comportamental apontam que também as corporações atuam como instrumentos importantes de indução ou de inibição de comportamentos, possuindo papel determinante no condicionamento de condutas, o que requer das empresas que desenvolvam mecanismos de *compliance* capazes de estimular a conformidade ética e dissuadir a prática de atos desviantes. (SAAD-DINIZ E. , 2019).

Diante de todo o exposto, observa-se que incentivos econômicos e ameaças de punição não determinam de forma isolada os comportamentos empresariais (BRAITHWAITE & MAKKAI, 1994) consoante fizeram acreditar por anos os teóricos dos modelos regulatórios ancorados na sanção como instrumento de *enforcement*, restando patente que compreender as motivações que explicam a conformidade regulatória se mostra muito mais complexo do que se pensava, porquanto uma ampla variedade de fatores influencia o comportamento corporativo e sua disposição em cumprir as regras (KAGAN, GUNNINGHAM, & THORNTON, 2003, p. 52).

¹²¹ Ressalte-se, no entanto, que o uso regulatório de *nudges* éticos deve ser baseado em resultados de pesquisas comportamentais e em uma sólida compreensão das fontes cognitivas da conduta antiética em instâncias específicas. A identificação precisa das fontes cognitivas do comportamento ilegal em diferentes contextos é necessária para permitir que os reguladores implementem o empurrão ético apropriado (como um alerta ético ou um requisito para uma declaração de compromisso com um código de conduta ética) que melhor eliminar o ponto cego cognitivo específico que gera má conduta em um contexto específico. A abordagem de estímulo ético deve, portanto, ser inserida em uma estrutura regulatória adaptada e responsiva às particularidades das situações reguladas, a fim de identificar os pontos cegos éticos específicos que causam má conduta em cenários específicos. Essa abordagem também exigirá que os reguladores alterem antecipadamente os fatores situacionais que demonstraram ser os antecedentes da falta de ética (por exemplo, quando as normas são ambíguas ou quando o delito prejudica vítimas não identificadas). Isso sugere, por exemplo, que a regulação deve identificar situações em que será fácil para as pessoas que gostam de se ver como “boas pessoas” se envolverem em delitos, explícita ou implicitamente, em vez de se concentrar em uma abordagem *ex-post* (FELDMAN, 2018); (FELDMAN & KAPLAN, 2021).

Mas ao mesmo tempo que se revela complexa, a tarefa de compreender as motivações do *compliance* também se mostra indispensável ao processo de ressignificação do Direito e de seus mecanismos tradicionais de coerção extrínseca como instrumento de conformação de condutas. Se as empresas respondem de variadas formas à regulação e têm seu comportamento moldado por diferentes fatores e motivações, a evidente insuficiência das estratégias de *enforcement* utilizadas pelos modelos de comando-e-controle para garantir o *compliance* regulatório requer a formulação de novos caminhos.

Assim, as teorias regulatórias baseadas nas ideias de Regulação Descentralizada e Regulação em Rede, as quais, conforme se viu, não se limitam às prescrições normativas advindas do Estado e não consideram o Direito como fonte normativa única de conformação de comportamentos, tentarão dar conta desse paradoxo ao resgatar a compreensão do Direito como técnica social de conformação de condutas, apoiada em normas legais, mas também em normas e pressões sociais intrínsecas ao ambiente regulado, que se vale, além dos tradicionais instrumentos de persecução e sancionamento para constranger os particulares, também de mecanismos mais flexíveis e cooperativos de *enforcement*, como educação, aconselhamento, persuasão, negociação e arquitetura de mercado (ARANHA M. I., 2021, pp. 63-64).

Desse modo, o *enforcement* via cooperação representa abordagem alternativa ao modelo dissuasório clássico, pois acredita na força da persuasão do regulador e de terceiros para induzir o regulado a cumprir com os padrões regulatórios. A abordagem de cooperação prefere, portanto, prevenir a ocorrência de uma infração do que punir um agente por uma infração (LODGE e WEGRICH, 2012, p. 77); cooperar e conciliar ao invés de confrontar e usar a coerção (ODED, 2013, p. 52).

Depreende-se, portanto, que a eficácia da estratégia de *enforcement* em obter a conformação de comportamentos está intrinsecamente condicionada à capacidade do regulador de compreender as motivações de conformidade das corporações e, então, levando em consideração o ambiente regulado, aplicar as ferramentas regulatórias adequadas para manejar condutas e promover o *compliance*. As arenas regulatórias são complexas e multifacetadas. Os níveis de conformidade são variáveis e são influenciados por vários fatores, dos quais apenas

alguns podem ser controlados pelo regulador. Ao escolher uma mistura de estilos regulatórios adequados ao contexto e ser inteligente no uso das ferramentas de fiscalização à sua disposição, os reguladores podem ser mais eficazes, eficientes e efetivos em seus objetivos (AMODU, 2008).

Ou seja, se a ameaça de sanção e os incentivos econômicos, que em geral encerram, não explicam sozinhos, como mecanismos de coerção extrínseca que são, a variedade de comportamentos empresariais face às regras, outros incentivos extrínsecos e intrínsecos às empresas, como normas e pressões sociais, crenças e valores morais dos próprios dirigentes e funcionários das empresas; fatores internos à cultura e à dinâmica empresarial, como processos internos de poder e de liderança (PRAKASH, 2001) e compromissos corporativos verdadeiramente sinceros em torno dos valores públicos protegidos pela regulação (GUNNINGHAM, THORNTON et al., 2005) também devem ser considerados como elementos que determinam a conduta corporativa e podem até mesmo encorajar a adoção de medidas para além da conformidade.

Em outras palavras, o problema da conformidade regulatória se mostra não apenas complexo, como requer a superação da tradicional visão maniqueísta que contrapõe técnicas regulatórias apoiadas em incentivos extrínsecos dissuasórios de técnicas de *enforcement* que se valem de mecanismos outros que não a coerção, como se essas não pudessem ser utilizadas de forma combinada e complementar. É essa uma das principais vantagens comparativas da teoria da regulação responsiva: ela não se ancora em tal dicotomia, pois não concebe qualquer instrumento regulatório como essencialmente melhor do que outro. Ela propõe, ao contrário, um desenho regulatório inteligente capaz de valer-se das diversas técnicas, formas e estratégias regulatórias existentes e colocadas à disposição do regulador, beneficiando-se do que cada uma delas tem de específico e oferece para cada tipo de regulado e de ambiente, cultura e setor. Isso porque “a teoria da regulação responsiva parte do pressuposto de que regulados e reguladores são combos de compromissos contraditórios ora sensíveis a pressões externas, ora obedientes a pressões internas, ora erráticos e desregrados” (ARANHA M. I., 2021, p. 65).

2. A REGULAÇÃO DO COMPORTAMENTO CORPORATIVO

Uma vez fixados os conceitos e premissas adotados nesta tese que orientam o papel da regulação como instrumento de conformação de condutas com vistas à obtenção de comportamentos socialmente desejáveis, exercida não apenas pelo Estado – que deve desempenhá-la de modo responsivo – mas também descentralizadamente por terceiros, passa-se à análise de como o mercado, a sociedade e o Direito atuam, cada qual a seu modo, na regulação do comportamento corporativo.

2.1 A regulação do comportamento da empresa pelo mercado e pela sociedade: governança corporativa e agenda ESG

O debate sobre governança corporativa, que inspirou a forma como as empresas se organizam e se relacionam com seus proprietários (*shareholders*) e demais atores interessados (*stakeholders*)¹²², remonta à década de 30, nos Estados Unidos, quando Adolf Berle e Gardner Means delinearam aquele que foi um dos mais importantes fenômenos do sistema corporativo moderno: o divórcio entre a propriedade e a gestão, que resultou na grande dispersão da propriedade acionária e na concentração do poder nas mãos dos gestores (BERLE & MEANS, 1932, pp. 9-10).¹²³

¹²² Para Clarkson, *stakeholders* são todas as “pessoas ou grupos que têm ou reivindicam propriedade, direito ou interesse em uma corporação e em suas atividades passadas, presentes e futuras”. Incluem-se, portanto, acionistas, empregados, fornecedores, clientes, governos e elementos da comunidade, com representação nos conselhos e órgãos deliberativos mais importantes da organização. O autor distingue, contudo, dois grandes grupos de *stakeholders*: os primários e os secundários. No primeiro, incluem-se os públicos essenciais para a sobrevivência da organização; no segundo, aqueles que influenciam ou são influenciados pela organização, mas não são essenciais para a sobrevivência. (CLARKSON, 1995, p. 5)

¹²³ As corporações modernas surgiram a partir um longo desenvolvimento institucional que permitiu a criação de organizações na forma de sociedades empresárias que estabeleceram, concomitantemente, a separação entre: o patrimônio do gestor e da sociedade (criação da personalidade jurídica); e a propriedade da sociedade e a gestão da sociedade (separação entre propriedade e gestão). A primeira visa incentivar o investimento ao preservar os proprietários e gestores da organização da responsabilidade legal e financeira pelos eventuais prejuízos corporativos inerentes às atividades do empreendimento societário (excetuando os casos em que existe deliberada má fé dos gestores). A segunda iniciativa visa profissionalizar a gestão corporativa ao especializar a função gerencial em face do direito de propriedade. Por isso, há um alargamento dos deveres fiduciários estabelecidos em face dos administradores de companhias (BERLE & MEANS, 1932).

Observa-se, pois, que, no cerne do debate sobre governança corporativa reside o problema do conflito de agência: uma vez que a separação entre propriedade e gestão cria uma situação de potencial conflito de interesse entre os proprietários e demais atores interessados (principais) e os gestores (agentes) – já que há delegação de poder, ausência de supervisão integral cotidiana e contexto de assimetria de informação que, naturalmente, criam oportunidades para que o agente possa atuar de forma oportunista e em interesse próprio – a questão que exsurge é como desenhar regras que incentivem adequadamente o agente a cumprir os objetivos acordados e a agir com responsabilidade no interesse do principal (JENSEN & MECKLING, 1976)¹²⁴; (WILLIAMSON, 1985); (JENSEN, 2002).

Por essa razão, as estruturas de governança foram pensadas e desenvolvidas, desde então, como forma de controlar a atuação dos gestores e de mitigar conflitos, abusos, desvios e fraudes, para que aquela se dê nos estritos limites do interesse dos proprietários e demais atores interessados. Sob essa perspectiva tradicional, governança corporativa emerge como “sistema econômico bastante responsivo à geração de riquezas dos acionistas, ignorando-se o interesse público relacionado às corporações e impacto delas na sociedade” (LACERDA, 2020, p. 95).

Embora atualmente essa ideia de um capitalismo de *stakeholders* – termo cunhado há décadas pelo alemão Klaus Schwab, fundador do Fórum Econômico Mundial – seja mais facilmente aceita e disseminada, durante anos ela foi rechaçada pelos teóricos adeptos aos conceitos da clássica governança corporativa. Essa literatura tradicional transmitiu a ideia de que a mera implantação de estruturas de governança e controle seria suficiente para que as empresas se tornassem bem governadas e, por consequência, gerassem bons, sustentáveis e longevos resultados financeiros (BARRILARI, 2021).¹²⁵

¹²⁴ Os problemas que emergem dessa relação ligam-se à preconcebida divergência de interesses entre gestores e acionistas. Isso porque o relacionamento de agência é definido como um contrato no qual uma ou mais pessoas (principal) engaja-se com outra (agente) para performar alguma atividade em sua substituição, envolvendo a delegação de decisões que elevam a autoridade do agente. Se ambas as partes são maximizadoras de utilidade, isso significa que nem sempre os agentes irão agir no melhor interesse do principal. Desse modo, os custos de agência surgem em qualquer relação que envolva esforços de cooperação, sendo relacionamento entre acionistas e gerentes uma relação de agência por excelência (JENSEN & MECKLING, 2004, p. 54).

¹²⁵ Segundo destaca a Professora Ana Frazão, com base nos estudos de Joseph Stiglitz (*In Rewriting the rules of the American Economy: an agenda for growth and shared prosperity*. Nova Iorque: W. W. Norton, 2015 “existe uma relação quase umbilical entre as teorias do *shareholder value* e do *short-termism*, assim como os efeitos de

Apenas posteriormente, nos anos 1970, os debates sobre responsabilidade social corporativa¹²⁶ ganham força e a noção de governança corporativa começa a ser ampliada com

ambas apenas podem ser suficientemente compreendidos no contexto atual da financeirização da economia, diante da qual as companhias são vistas essencialmente como conjuntos de ativos financeiros. Na verdade, a própria financeirização da economia pode ser vista como consequência da emergência de novas formas de controle gerencial com base no *shareholder value*, o que implica uma ‘reconceitualização’ da natureza da própria empresa, vista crescentemente como um pacote de ativos (*bundle of assets*), sujeito ao aumento ou desmantelamento por parte dos executivos de acordo com o mercado. [...] *shareholder revolution* faz com que os CEOs busquem retornos a curto prazo de qualquer jeito, mesmo às custas de várias consequências nefastas tais como (i) redução de investimentos em inovações saudáveis e a prosperidade a longo prazo; (ii) tratamento de empregados como responsabilidades de curto prazo e não como ativos de longo prazo; (iii) crescente desproporção entre a remuneração dos executivos, que chegou a patamares que não podem ser justificados por sua produtividade; (iv) crescente adoção do que se chama de *creative accounting*, para aumentar valor das ações e consequentemente inflar a remuneração dos CEOs v) grande aumento dos percentuais do faturamento das companhias destinados à recompra de ações e distribuição de dividendos, já que o fato de parte da remuneração dos CEOs ser em *stocks options* cria um grande incentivo para usar o dinheiro da companhia para comprar de volta suas ações, fazendo o preço subir. Não por outra razão, a forma do pagamento dos administradores é apontada como um dos principais problemas atuais da gestão empresarial, uma vez que as metas de curto prazo acabam ditando o tom da administração em detrimento do planejamento voltado aos ganhos de longo prazo.” FRAZÃO, Ana. Relações entre corrupção e teorias que orientam gestão das companhias. Consultor Jurídico. 13 jul. 2017. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-13/ana-frazae-relacoes-entre-corrupcao-gestao-companhias>.

¹²⁶ A responsabilidade social corporativa, também conhecida como responsabilidade social empresarial ou cidadania corporativa, pressupõe a conjugação dos interesses econômicos e de lucro das empresas com a preocupação com as demandas sociais, a qualidade de vida da sociedade em geral e o desenvolvimento sustentável e geralmente se refere a uma forma de autorregulação pura na qual companhias assumem voluntariamente compromissos públicos relacionados à filantropia, a causas sociais ou ambientais ou a padrões superiores de conduta, como metas de integridade, transparência ou de gerenciamento dos riscos empresariais. O desenvolvimento do conceito e das práticas de responsabilidade social corporativa recebeu grande impulso a partir da publicação, em 2001, de um Livro Verde sobre o tema pela Comissão Europeia, o qual fixou objetivos para uma melhor organização do trabalho, igualdade de oportunidades, inclusão social e desenvolvimento sustentável. Apesar de ter se disseminado em anos mais recentes, o debate sobre o tema se instalou ainda na década de 1970, quando Milton Friedman publicou o clássico artigo no jornal The New York Times, denominado “*The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*”, no qual critica duramente os executivos que apoiam tal visão, gerando uma enorme controvérsia que perdura até hoje. Segundo Friedman, a única responsabilidade social das companhias seria a geração de lucros em favor de seus acionistas. (BARRILARI, 2021). Segundo o Professor Eduardo Saad-Diniz, “quando Milton Friedman, quase como um apologeta, publicou no New York Times [“The social responsibility of business is to increase its profits”. New York Times, 13.09.1970] que a responsabilidade social da empresa é incrementar seu lucro, suas teses sobre o capitalismo liberal e a maximização do interesse dos *shareholders* repercutiram como verdadeira justificação formal da agressividade corporativa (*corporate greed*) e egoísmo racional no ambiente empresarial.” [...] Assim, “a teoria dos *stakeholders*, formulada sob a liderança de Edward Freeman [FREEMAN, Edward; REED, D. “*Stockholders and stakeholders: a new perspective on corporate governance*”. *California Management Review*, 15/1983, p. 88-106. / FREEMAN, Edward; GILBERT, D. R. *Corporate strategy and the search for ethics*. Nova Jersey: Prentice-Hall, 1988], vem como crítica aos cânones do pensamento econômico clássico, tais como Milton Friedman, Michael Porter, Michael Jensen, e Oliver Williamson – *markets, business strategy or industry structure; agency relationships; transaction costs* (“confiança no mercado”; “estrutura de negócio ou indústria”; “relações de agência”; “custos de transação”) –, marcando posição no debate científico a partir da oposição entre *shareholders* e os *stakeholders*. A gênese da teoria dos *stakeholders* remonta a uma nova compreensão do negócio na sociedade moderna, trazida pelo aumento crescente da consciência social sobre o impacto das organizações empresariais nas comunidades e mesmo nações inteiras. Este protagonismo das corporações operou uma verdadeira “revolução normativa” (*Normative Revolution*) da sociedade moderna [...]” (SAAD-DINIZ E. , 2019, p. 154).

o desenvolvimento da teoria dos *stakeholders*¹²⁷ para se referir a um sistema pelo qual as empresas são organizadas, dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo as regras, processos, estruturas de poder, responsabilidades e relações internas e externas de seus órgãos, com a finalidade de alinhar interesses, garantir direitos e promover valor aos proprietários (*shareholder*), que legitimamente visam maximizar seus lucros e dividendos e, geralmente, os querem em curto prazo – mas, também, às preocupações e aos interesses de outros atores (*stakeholders*), que desejam o engajamento da organização em atividades socialmente responsáveis – bem como de preservar e otimizar o valor econômico e sustentabilidade de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para o aprimoramento

¹²⁷ Segundo leciona o Professor Eduardo Saad-Diniz, “a teoria evoluiu significativamente, dominando três âmbitos especiais da gestão negocial, denominados ‘mecanismos básicos da teoria dos *stakeholders*’: (1) os processos de criação de valor (*value creation*) e negócio (*trade*); (2) o problema da ética do capitalismo (Freeman, fortemente influenciado pelas ideias sociológicas de William Evan e da confluência de ideias na Wharton School); (3) o problema da mentalidade gerencialista (*managerial mindset*). A criação de valor é tensionada pelas contradições de um mundo social no qual os efeitos nefastos e a permanente instabilidade – “turbulência” – do capitalismo convivem com o desprezo das questões éticas, frequentemente isoladas em um plano “extra-teórico, senão completamente irrelevante”. Esta tensão é frequentemente marcada pela polaridade entre, de um lado, turbulência, e de outro, movimentos de “rerregulação do negócio” (*reregulation of business*), cujo impacto afeta sensivelmente a “mentalidade gerencial” (*managerial mindset*) e no plano mais prático de formação profissional e tomada de decisões éticas. Daí porque Freeman se refere à “ética negocial como oxímoro”, ao sustentar que a maior parte das abordagens da ética expressam orientações normativas que não se concretizam nas práticas corporativas. É em torno deste princípio que se organizam os quatro pilares da revisão da ética negocial a partir da teoria dos *stakeholders*: (1) a falácia da separação (não há como haver decisão negocial sem conteúdo ético); (2) o argumento da questão em aberto (determinar valores criados/destruídos; quem é ou não lesionado; direitos realizados/suprimidos depende de verificação em função de contextos concretos de tomada de decisão); (3) a tese da integração (não há sentido em se falar em negócio sem ética; não há sentido em se falar em ética sem negócio; não há sentido em se falar em negócio e ética sem falar em pessoas); (4) princípio da responsabilidade (aceitar a responsabilidade pelos atos com base no impacto nos atos de outros). Com base nestes pressupostos, Freeman introduz uma estratégia bastante promissora na condução do comportamento corporativo. Não se trata de postura meramente gerencialista ou da orientação mais ou menos ortodoxa de modelações para a criação de vantagem competitiva. É muito mais do que isso. Freeman cria a plataforma a partir da qual se torna possível mensurar a efetividade das práticas empresariais na realização do conteúdo ético: ‘a teoria dos *stakeholders* consiste na criação de valor e negócio e como gerenciar o negócio de forma efetiva. ‘Efetivo’ pode ser visto como ‘criar o máximo de valor possível’. A criação de valor retoma a ideia de que o negócio é um conjunto de relações entre grupos que tem um *stake* nas atividades negociais. É partir destas interações que se pode observar as estratégias de criação de valor, demonstrando o emprego responsável dos recursos da empresa e as formas de alocação com base no comportamento, potencial cooperativo e ameaça de competição entre cada um dos grupos de *stakeholders*. A questão, portanto, não é impor uma modelação abstrata sobre a forma de gestão, ou mesmo da imposição abstrata de uma ontologia da integridade empresarial, mas, sim, examinar, em função de cada contexto empresarial, como cada um dos *stakes* em questão opera no processo de criação de valor.” E isso é importante porque “o problema da ética negocial expressa o problema da ética do capitalismo, demandando maior esforço para uma oposição científica mais vigorosa frente à agressividade empresarial e a indiferença das corporações às pessoas e à dinâmica da vida em sociedade. É preciso atrelar a esta orientação normativa voltada aos *stakeholders* uma inteligente rearticulação da condução da atividade empresarial” (SAAD-DINIZ E. , 2019, pp. 154-156).

do seu processo decisório, a qualidade da gestão, sua longevidade e o bem comum (OECD , 2004); (G20/OECD, 2015); (IBGC, 2015); (ROSSETTI & ANDRADE, 2016, p. 138).¹²⁸

Desse modo, o elemento central de tal conceito abrangente de governança corporativa é o reconhecimento da necessidade de inclusão da perspectiva de outros públicos, que não apenas os acionistas, como atores relevantes para a sobrevivência da organização em longo prazo. Nesse sentido, a abertura para o recebimento e atendimento de reivindicações oriundas de outras parte e formuladas sob outras lógicas, que não apenas a econômica, passaram a impactar profundamente a pauta das empresas e a constituir tema dos mais relevantes na agenda da sociedade pós-moderna.

Esse movimento foi aprofundado nos anos 2000 a partir de uma série de escândalos de fraude, má gestão e corrupção que envolveram empresas, executivos, auditores e bancos de investimentos, principalmente nos Estados Unidos, Europa e Ásia, com destaque para os fatos que resultaram na crise financeira global de 2008, os quais abalaram o mundo corporativo e

¹²⁸ José Pacholal ROSSETTI e Adriana ANDRADE acentuam que o conceito de governança corporativa ainda não é pacificado, pois sua existência não só é ainda recente, mas também está inserida num contexto de diversidades bastante grande no que se refere à sua aplicação prática no âmbito das empresas, que fica a submetida a diversas variáveis e critérios, tais como: a dimensão da empresa; sua estruturação societária; a composição e a estruturação de seu financiamento; o nível de regulação estatal a que está submetida; a tipologia legal em que está enquadrada; a origem do capital de seu grupo controlador; a sua abrangência geográfica e características culturais do países em que opera; os marcos legais e regulatórios desses países. (ROSSETTI & ANDRADE, 2016, pp. 137-138) Ainda de acordo com os autores, a conceituação de governança corporativa pode ser dividida em quatro grupos principais. O primeiro vê a governança corporativa como “guardiã de direitos das partes com interesses em jogo nas empresas”; o segundo observa a governança corporativa como “sistema de relações pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas”; o terceiro enxerga a governança corporativa como “estrutura de poder que se observa no interior das corporações”; e o quarto vislumbra a governança corporativa como “sistema normativo que rege as relações internas e externas das companhias” (ROSSETTI & ANDRADE, 2016, pp. 138-140). Sob qualquer um dos prismas que pode ser estudada e conceituada a governança corporativa, é certo que têm eles pontos em comum, que são o respeito e a obediência ao sistema legal em que a companhia opera e está inserida, bem como o aprimoramento das relações interpessoais e de poder na corporação. Assim sendo, é possível afirmar que a governança corporativa opera sobre quatro grandes pilares: *fairness*, que é a necessidade de justiça e equidade no tratamento dos acionistas minoritários, garantindo-lhes participação equânime nos resultados da empresa e participação efetiva nas assembleias; *disclosure*, que trata da necessidade de transparência nas informações corporativas, mormente aquelas de grande relevância, assim consideradas as que impactam os resultados da empresa ou as que envolvem riscos ou oportunidades negociais; *accountability*, ou seja, a necessidade de prestação de contas de forma responsável, com base nas melhores técnicas contábeis e de auditoria; e, por último, o *compliance*, ligado à conformidade e ao cumprimento das normas regulatórias, legais e administrativas aplicáveis à empresa (ROSSETTI & ANDRADE, 2016, pp. 140-143).

colocaram em xeque a confiança no modelo de governança focado exageradamente na geração de retorno de curto prazo para os acionistas (SILVEIRA A. D., 2010).¹²⁹

Nesse sentido, o debate que já vinha sendo travado no âmbito da academia ao redor de conceitos como compliance, gestão de riscos, integridade, transparência, equidade, *accountability*, ética, responsabilidade social corporativa e sustentabilidade empresarial¹³⁰ ganha as salas de reuniões de grandes companhias em busca de melhores práticas de gestão. Assim, nos últimos anos, uma série de leis, regulamentos, cartilhas, recomendações e códigos de conduta foram publicados no mundo todo com o objetivo de aprimorar as regras de governança corporativa e resgatar a reputação das empresas e a confiança dos investidores e da sociedade na sua condução ética e responsável, em um grande movimento de reforço da atividade regulatória do Estado, por meio da “re-regulação” de temas cuja disciplina, supervisão e controle haviam sido afrouxados ou delegados ao setor privado, mas, também, de fortalecimento da atuação reguladora do próprio mercado, que passou a estabelecer sistemas robustos de autorregulação pura, assim como de organismos internacionais, que redobram atenção para o problema e também intensificaram sua ação regulatória.¹³¹

¹²⁹ A crise da Ásia, que revelou uma falha sistêmica, levou a OCDE a publicar, em 1999, os Princípios de Governança Corporativa, que foram endossados pelo Banco Mundial e pelo FMI. Os princípios focalizam os problemas de governança que resultam da separação entre propriedade e controle. É a partir dos esforços para resolver esses problemas de agência que os princípios e mecanismos de governança corporativa têm evoluído. Nos Estados Unidos, os desastres corporativos ocorridos em 2001 deram lugar a uma intervenção drástica por parte do Congresso, que aprovou, em 2002, o Sarbanes-Oxley Act, a qual impõe severas novas regras sobre gestão de riscos e controles, transparência e práticas de contabilidade, estrutura e participação dos conselhos com o propósito de aumentar a independência dos diretores e auditores, com o objetivo de alinhar o comportamento dos executivos com os interesses dos acionistas. A Lei Sarbanes-Oxley se estende além dos limites territoriais norte-americanos e se aplica a toda e qualquer empresa que negocie no mercado de valores mobiliários dos Estados Unidos. Em paralelo, NYSE e Nasdaq estabeleceram novos critérios de listagem (CLARKE, 2004).

¹³⁰ Conceito ancorado no Tripé da Sustentabilidade (*triple bottom line*), que propõe uma nova economia, na qual as organizações, para serem sustentáveis, devem equilibrar seus objetivos para serem “financeiramente viáveis, ambientalmente responsáveis e socialmente justas (ELKINGTON, 1994)

¹³¹ A OCDE, por exemplo, revisou em 2004, o seu guia sobre Princípios de Governança Corporativa e, em 2015, se juntou ao G20 para novamente atualizar e ampliar o conteúdo das boas práticas oferecido como benchmarking para apoiar governos, mas, principalmente, empresas a construírem estruturas que garantam um ambiente de confiança, transparência e responsabilidade corporativa, necessário para fomentar o investimento a longo prazo, a estabilidade financeira e a integridade empresarial e, por consequência, economias mais desenvolvidas e sociedades mais inclusivas. (OECD, 2004) (G20/OECD, 2015). Já a ONU lançou, em 2000, o Pacto Global: iniciativa que conclama e estimula empresas a alinharem suas estratégias e operações aos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS (inicialmente eram Dez os Princípios), ligados às áreas de Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção, entre outras, e desenvolverem ações que contribuam para o enfrentamento dos desafios da sociedade. Trata-se, hoje, da maior iniciativa de sustentabilidade corporativa do

Do ponto de vista do Direito Societário, o debate ocorre sob a perspectiva do conceito de função social da empresa e há um reforço na preocupação de que os administradores exerçam com zelo o seus deveres de diligência para garantir um equilíbrio entre os interesses particulares da empresa e a sua inerente responsabilidade social (FRAZÃO A. , 2017). Nesse contexto, passa-se a reconhecer a necessidade de as empresas incorporarem práticas de governança corporativa que orientem sua atuação de maneira transparente e ética, incluindo a implementação de programas de *compliance* (FRAZÃO & CARVALHO, 2017). Isso porque a responsabilidade social das empresas requer a criação de sistemas internos que evitem práticas ilícitas e promovam a conformidade, sendo necessário tratar o poder de controle na transformação ética das empresas, enfatizando a importância de sistemas internos de freios e contrapesos (SALOMÃO FILHO, 2019).¹³²

Mais recentemente, os valores e ideias que sustentam esses debates foram estruturados e sistematizados na Agenda ESG¹³³ (“*Environmental, Social and Governance*”), que defende a integração de regras e princípios de proteção do meio ambiente, promoção da governança, respeito aos direitos humanos e combate à desigualdade social nas metas e objetivos das corporações. O ápice desse movimento foi a “Declaração sobre o Propósito de uma Corporação” – manifesto público de responsabilidade corporativa, lançado, em agosto de 2019, pela *Business Roundtable* e assinado por líderes de mais de 180 empresas americanas,

mundo, com mais de 16 mil participantes, entre empresas e organizações, distribuídos em 70 redes locais, que abrangem 160 países (<https://www.pactoglobal.org.br/a-iniciativa>)

¹³² Segundo o autor, “[n]ão é possível transformar a empresa ou melhorar suas práticas éticas sem o tratamento do poder de controle. Muitas vezes, em casos de graves ilicitudes praticadas, é preciso garantir o afastamento total do controlador por meio da alienação de controle. Outras vezes, em que não há práticas ilícitas (da pessoa jurídica) graves a modificar, mas é necessário transformar a cultura empresarial, é suficiente criar sistemas internos de freios e contrapesos e incluir o controlador nas regras de compliance, garantido o seu cumprimento por meio de sanções a ele impostas. Infelizmente, no afã de agradar aos ‘donos do poder’, o mundo jurídico tem ajudado a elaborar e se contentado com compliances de fachada que não atingem a esfera de controle e, portanto, são de utilidade quase nula para mudar efetivamente e em longo prazo comportamentos e práticas empresariais. É preciso mudar essas práticas” (SALOMÃO FILHO, 2019).

¹³³ A sigla ESG foi utilizada pela primeira vez, em 2004, em publicação do Pacto Global da ONU, em parceria com o Banco Mundial, intitulada *Who Cares Wins*, que desafiou as 50 (cinquenta) maiores organizações financeiras do mundo a integrarem princípios de proteção do meio ambiente, promoção da governança e combate à desigualdade social nos critérios de avaliação e precificação das empresas que atuam no mercado de capitais. Na mesma época, UNEP-FI (*United Nations Environment Programme Finance Initiative*) publicou o relatório *Freshfield*, ressaltando a importância de ações de ESG como métrica de avaliação econômico-financeira de uma empresa. A partir de então, não obstante as preocupações socioambientais já fizessem parte da agenda corporativa, o termo ESG e a amplitude dos conceitos que encerra, foi incorporado definitivamente nas cartilhas do mercado e atualmente é um dos tópicos mais relevantes na avaliação de riscos para obtenção ou restrição de acesso a capital e recomendação de investimentos.

que se comprometeram publicamente a estabelecer um novo paradigma: criar valor para todos os stakeholders e não apenas para seus acionistas, tratar com atenção e respeito os efeitos que provocam sobre o ambiente e a sociedade e contribuir para a redução das desigualdades de toda ordem.

O fato é que esse capitalismo de *stakeholders* propõe um novo olhar sobre o papel e função das empresas no contexto contemporâneo, pois entende que o avanço das mudanças climáticas, o aumento da desigualdade social e a escassez de recursos naturais, reforçaram a urgência de que as grandes empresas contribuam no enfrentamento dos desafios globais de forma compartilhada com o Estado e a sociedade. Certamente, no entanto, a iniciativa não pode ser atribuída somente à aparente conscientização do setor privado de que se encontram no mesmo barco de seus *stakeholders*. As ações das companhias são, também ou principalmente, fruto da forte influência e pressão que sofrem dos consumidores, dos clientes, dos fornecedores, dos investidores, dos funcionários, dos ativistas, da mídia, das entidades de mercado, dos controladores, da academia e de diversos outros atores que cobram posição, engajamento e atuação e cada vez mais utilizam o comportamento das empresas como fator de avaliação e tomada de decisão.

E os argumentos em favor do valor criado pela boa governança não se limitam aos aspectos relacionados à reputação e ao atendimento de regras e padrões estabelecidos pelo próprio mercado: centenas de estudos realizados nas últimas duas décadas também indicam haver forte relação positiva entre a adoção de boas práticas de governança e o preço de negociação das ações, numa ordem de grandeza de 15 a 20% de valorização das empresas que investem nessas medidas (SILVEIRA A. D., 2014, pp. 14-16).

Vale registrar, ademais, que o conceito do dever de devida diligência imposto às corporações vem sendo revisitado no âmbito internacional para que seja concebido como dever de adotar conduta empresarial responsável (*Responsible Business Conduct*),¹³⁴ a qual deve estar

¹³⁴ O conceito e os objetivos gerais da conduta empresarial responsável pode ser compreendida, nos termos do Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável, como “recomendações não vinculantes dirigidas às empresas multinacionais pelos governos sobre conduta empresarial responsável (CER). Elas reconhecem e incentivam as contribuições positivas que as empresas podem dar para o progresso econômico, ambiental e social, e também reconhecem que as atividades empresariais podem resultar em impactos adversos

em conformidade com princípios e normas que guiam a conduta empresarial nos diversos temas como relações trabalhistas e de emprego, anticorrupção, meio ambiente, direitos humanos entre outras, pautadas pelo pressuposto de uma conformidade abrangente, de modo de que as corporações busquem primar pela contribuição positiva para o avanço econômico, ambiental e social dos países em que atuam.

Com efeito, a necessidade de se conferir uma abordagem sistêmica e dinâmica à noção da devida diligência é imprescindível no contexto contemporâneo para posicionar as organizações como agentes ativos na construção de um ambiente de negócios sustentável, transparente e íntegro e como impulsionadores de medidas que evitem um comportamento corporativo socialmente danoso e promovam uma conduta empresarial responsável, redimensionando os propósitos da empresa sob a ótica do interesse social e da função social da empresa.

Cabe mencionar, nesse sentido, o que dispõe a Diretiva 2013/34/EU, da União Europeia, a qual disciplina a divulgação de informações não financeiras por parte das grandes empresas e grupos, trazendo as principais regras que disciplinam o comportamento das empresas a partir do conceito de conduta empresarial responsável. Assim, no intuito de evitar um comportamento social potencialmente danoso decorrente da atividade empresarial, a referida Diretiva estabelece expressamente quais medidas devem ser adotadas pelas empresas para fins de prevenção ou mitigação dos riscos e submetidas ao escrutínio público para fins de controle e supervisão:

relacionados a direitos trabalhistas, direitos humanos, meio ambiente, corrupção, consumidores e governança corporativa. As Diretrizes da OCDE para EMNs recomendam, portanto, que as empresas realizem uma devida diligência baseada em riscos para evitar e lidar com os impactos adversos associados às suas operações, cadeias de fornecimento e outras relações comerciais. Em síntese, o processo de devida diligência envolve seis eixos centrais, sendo eles: 1. Incorporar a conduta empresarial responsável nas políticas e sistemas de gestão; 2. Identificar e analisar impactos adversos reais e potenciais associados com as operações, produtos e/ou serviços da empresa; 3. Cessar, prevenir e mitigar impactos adversos; 4. Monitorar a implementação e os resultados; 5. Comunicar como os impactos estão sendo enfrentados; e 6. Prover ou cooperar para remediar os impactos quando necessário. (OCDE, 2018) A íntegra das Diretrizes da OCDE encontra-se disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-sobre-conduta-empresarial-responsavel_663b7592-pt#page12 e <https://mneguidelines.oecd.org/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm> A íntegra da Diretiva da União Europeia encontra-se disponível em : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0095>

As grandes empresas que sejam entidades de interesse público e que, à data de encerramento do respetivo balanço, excedam o critério do número médio de 500 empregados durante o exercício financeiro, devem incluir no seu relatório de gestão uma demonstração não financeira que contenha informações bastantes para uma compreensão da evolução, do desempenho, da posição e do impacto das suas atividades, referentes, no mínimo, às questões ambientais, sociais e relativas aos trabalhadores, ao respeito dos direitos humanos, ao combate à corrupção e às tentativas de suborno, incluindo: a) Uma breve descrição do modelo empresarial da empresa; b) Uma descrição das políticas seguidas pela empresa em relação a essas questões, incluindo os processos de diligência devida aplicados; c) Os resultados dessas políticas; d) Os principais riscos associados a essas questões, ligados às atividades da empresa, incluindo, se relevante e proporcionado, as suas relações empresariais, os seus produtos ou serviços suscetíveis de ter impactos negativos nesses domínios, e a forma como esses riscos são geridos pela empresa; e) Indicadores-chave de desempenho relevantes para a sua atividade específica.”. (UE, 2014). grifou-se

Observa-se, portanto, que a conceito de devida diligência está cada vez mais associado à noção de conduta empresarial responsável que, no seu sentido lato e bastante abrangente, já é aplicado em diversos países e propugnado por organismos internacionais. Assim, cada vez mais, a ideia de conformidade do comportamento corporativo vai sendo ampliada para abranger não apenas a tradicional conformidade legal, mas também elementos de prevenção e mitigação de riscos específicos de cada setor econômico e de cada empresa, nos termos do ambiente e das circunstâncias em que estão inserida.

No Brasil, as influências desse movimento também foram sentidas e geraram repercussões: em 1999, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa foi criado, que publicou então a primeira versão do Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, uma das principais referências no plano interno sobre o tema (IBGC, 2015). Em 2000, a Bolsa de Valores de São Paulo instituiu o Novo Mercado¹³⁵ e, em 2002, a CVM publicou a Cartilha de Recomendações sobre Governança Corporativa¹³⁶. Também organizações representativas de

¹³⁵ Trata-se de mecanismo, inspirado em experiências internacionais, de adesão voluntária das empresas às melhores práticas de governança corporativa, adicionais às que são exigidas pela legislação brasileira. Há dois níveis mais baixos, introdutórios de governança: o Nível 1 e Nível 2, com regras mais brandas. Assim, a B3 passou a operar com quatro segmentos: Mercado tradicional, em que são listadas as empresas existentes registradas para lançar títulos para negociação no mercado. Nível 1, para empresas que se iniciam em boas práticas de governança. Nível 2, intermediário para práticas mais evoluídas. Novo mercado, empresas que aderem totalmente às melhores práticas e aos mais altos padrões prescritos pelas regras de governança do segmento (https://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/solucoes-para-emissores/segmentos-de-listagem/novo-mercado/)

¹³⁶ Embora a CVM ressalte que o documento contempla práticas e padrões de conduta superiores aos exigidos pela lei ou pela regulamentação da própria CVM e que cartilha não constitui uma norma cujo descumprimento seja passível de punição pela autarquia, a indicação do nível de adesão às práticas recomendadas passou a ser exigido

empresas, como o Instituto Ethos, por exemplo, vem, desde sua criação, em 1998, publicando uma série de guias e orientações de apoio às empresas à implementação de boas práticas de responsabilidade social empresarial,¹³⁷ disponibilizando ferramentas, como os Indicadores Ethos de Responsabilidade Social Empresarial, lançado ainda em 2000,¹³⁸ e incentivando as empresas pela via reputacional por meio da assinatura de pactos empresariais em prol de determinadas agendas, concessão de prêmios e selos e divulgação de *ratings*.

O movimento em torno da agenda ESG também vem, nos anos mais recentes, sob forte influência dos mercados e investidores estrangeiros¹³⁹, pressionando as empresas e os reguladores brasileiros para atender aos princípios socioambientais e de governança propugnados. Tanto o Conselho Monetário Nacional¹⁴⁰, quanto o Banco Central¹⁴¹ e a CVM¹⁴² já editaram regras ou estabelecendo a obrigatoriedade das empresas, sujeitas à sua regulação, adotarem políticas de governança, responsabilidade social, ambiental e climática, como foi o caso da norma do Conselho Monetário Nacional, ou produzirem e publicarem informações, no modelo “pratique ou explique”, sobre o atendimento de padrões referentes a aspectos ambientais, sociais e de governança dos negócios.

no relatório, de publicação obrigatória, que traz as informações anuais das companhias abertas, na forma “pratique ou explique”, isto é, ao não adotar uma recomendação, a companhia pode expor ao público suas razões (<https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0001/3935.pdf>).

¹³⁷ <https://www.ethos.org.br/conteudo/indicadores/guias-tematicos/>

¹³⁸ <https://www.ethos.org.br/conteudo/indicadores/>

¹³⁹ Segundo o estudo produzido pela CVM, intitulado “A agenda ESG e o mercado de capitais: uma análise das iniciativas em andamento, desafios e oportunidades para futuras reflexões da CVM”, entre 2016 e 2020, houve um crescimento de 50% dos ativos sob gestão em países como EUA, Canadá, Austrália e Japão ligados à agenda ESG e a previsão é que, em 2025, mais da metade dos ativos no mundo estejam relacionados à pauta. Assim, países como Austrália, Canadá, Estados Unidos, União Europeia e Reino Unido caminham rumo a regulações mais abrangentes sobre reportes, obrigatórios ou não, dos aspectos ESG, principalmente em relação às mudanças climáticas. O Relatório ressalta ainda a liderança internacional da União Europeia na condução dos debates: em junho de 2020, ¾ de todos os fundos sustentáveis de investimentos passivos estavam na Europa.

¹⁴⁰ A Resolução CMN nº 4.945/2021 estabeleceu que, a partir de 1º de julho de 2022, as instituições financeiras e demais organizações autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil deveriam estabelecer uma Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática (PRSAC).

¹⁴¹ A Resolução BCB nº 139 de 15 de setembro de 2021 dispõe sobre a divulgação do Relatório de Riscos e Oportunidades Sociais e Climáticas (Relatório GRSAC). De acordo com a norma, as instituições enquadradas deverão produzir um relatório, que deverá conter os tópicos associados ao risco social, ambiental e climático, que trata a Resolução nº 4.557/2017, que contemplam: a governança do gerenciamento dos riscos; os relevantes impactos reais e potenciais; e os processos de gerenciamento dos riscos. A divulgação do relatório GRSAC deverá ser feita no formato de dados abertos e será requerida a partir da data-base de dezembro de 2023

¹⁴²

Também o próprio mercado vem se organizando não só para exigir que as empresas se comprometam formal e publicamente a implementar políticas e ações voltadas à Agenda ESG, mas também, para estabelecer critérios, parâmetros e métricas de avaliação da implementação dessas medidas, uma vez que já há preocupações em torno do que vem sendo chamado de *greenwashing* e *socialwashing*, quando empresas maquiam seus dados, por meio de uso de técnicas de marketing e relações públicas, para refletir a falsa aparência de que promovem investimentos e ações na pauta ambiental, social e de governança.

Nesse sentido, a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais – ANBIMA, responsável por definir os critérios necessários para fundos de investimentos serem classificados como ESG ou como investimentos sustentáveis (IS), em um claro de exercício de autorregulação, editou, em dezembro de 2021, o Código de Administração de Recursos de Terceiros, o qual estabelece os critérios, requisitos e procedimentos a serem observados tanto pelo gestor de recursos quanto pelo fundo para que esse possa receber a identificação IS, categoria que passou a ser única para classificação de fundos de investimentos que levam em consideração fatores ambientais, sociais e/ou de governança em suas operações.¹⁴³ A utilização dessa identificação exigirá o atendimento a critérios que atestem compromisso, ações de diligência e transparência dos fundos e respectivos gestores, que será verificada e monitorada pela supervisão da ANBIMA.¹⁴⁴

Evidencia-se, portanto, diante de todo o exposto, que não somente o Estado, por meio de suas estratégias e técnicas regulatórias tradicionais – ou mesmo via instrumentos alternativos e inovadores, como os métodos de autorregulação regulada e regulação em rede dos modelos de “pratique ou explique” – exerce a regulação do comportamento das empresas, como também o mercado e a sociedade modulam - com frequência e muitas vezes de modo mais eficiente - a conduta das companhias que, em alguns casos, se mostram até mais suscetíveis às pressões e influências de seus *stakeholders* do que à ameaça de sanções estatais.

¹⁴³ https://www.anbima.com.br/pt_br/especial/fundos-esg.htm

¹⁴⁴ Anteriormente, a ANBIMA já havia publicado o Guia ASG com informações e orientações gerais sobre o tema para apoiar gestores e fundos de investimentos na compreensão do assunto e implementação de medidas: https://www.anbima.com.br/data/files/93/F5/05/BE/FEFDE71056DEBDE76B2BA2A8/Guia_ASG_II.pdf

O exemplo de como, na temática da governança corporativa e, mais recentemente, da Agenda *ESG*, o Estado veio a reboque do mercado, da sociedade e da comunidade internacional em alguns momentos e, em outros, acertadamente abriu mão de seu papel de protagonista na definição de padrões de conduta e de parâmetros de avaliação e na supervisão e controle da conformidade, valendo-se da persuasão e da cooperação como ferramentas de *enforcement*, demonstram que, no contexto contemporâneo, a regulação do comportamento corporativo revela-se mais do que complexa e multifacetada, necessariamente objeto de atuação concertada para que os objetivos regulatórios socialmente desejáveis sejam alcançados.

2.2 A regulação do comportamento da empresa pelo Direito

Uma vez analisado como o comportamento da empresa é influenciado e conformado por regras não apenas impostas pelo Direito, mas também decorrentes do mercado e da sociedade, passa-se neste tópico ao exame de como o sistema jurídico se dedicou ao longo de séculos a estruturar o arcabouço normativo que, ao possibilitar desde a criação da figura da pessoa jurídica e sua responsabilização – em todas as esferas, por ato próprio e de terceiros, até, atualmente, pelo perigo abstrato que sua ação ou omissão pode oferecer à sociedade – exerce a regulação jurídica, direta ou indireta, de forma deliberada e planejada ou involuntária e acidental, por meios coercitivos extrínsecos ou intrínsecos, do comportamento corporativo.

Com efeito, se a ideia de que a empresa possui personalidade jurídica própria e distinta da de seus sócios hoje soa natural e não suscita quaisquer questionamentos, isso resulta de anos de evolução da teoria e prática do Direito que construíram o entendimento que fundamenta a existência jurídica autônoma da pessoa jurídica como sujeito de direitos e obrigações que não se comunicam imediata ou necessariamente com os direitos e obrigações pessoais de seus sócios, administradores e representantes.

É certo que desde os tempos mais remotos, sendo o homem um animal essencialmente gregário, o fenômeno da formação de agrupamentos sociais destinados a

determinadas finalidades é longamente detectado no transcurso da história humana.¹⁴⁵ Os romanos conheceram situações coletivas, no âmbito das quais a vida dos indivíduos se desenrolava por meio de diversos agrupamentos, tais como gentes, *familiae*, no âmbito ‘privado’; *tribus*, *curiae*, *exercitus*, no âmbito ‘público’, mas as organizações que se assemelham às pessoas jurídicas no sentido atribuído hodiernamente é uma criação moderna (BENARRÓS & ROMANO, 2020),¹⁴⁶ na forma e no conteúdo, fruto do desenvolvimento de diversas teorias que foram sendo desenvolvidas ao longo dos séculos – desde a teoria da ficção, formulada a partir do pensamento de F. K. von SAVIGNY e da Escola Histórica; da teoria da realidade de O. F. von GIERKE; das teorias normativistas e das teorias ontológico-institucionalistas (LEONARDO, 2007), as quais contribuíram, cada uma a seu modo e a partir

¹⁴⁵ “Desde cedo [o homem] percebeu a necessidade de conjugar esforços, de unir-se a outros homens, para realizar determinados empreendimentos, conseguindo, por meio dessa união, uma polarização de atividades em torno do grupo reunido. (...) A necessidade ou premência de conjugar esforços é tão inerente ao homem como a própria necessidade de viver em sociedade.” (VENOSA, 2010, p. 221)

¹⁴⁶ “Foram os canonistas os primeiros a elaborar a noção de *persona*. Coube a eles a criação da teoria das *personae fictae*. O instrumento da ‘pessoa jurídica’ é a solução dada ao problema jurídico das situações coletivas pela Escola Histórica e pela Pandectística, pois uma pluralidade de homens age unitariamente na medida em que o Estado (pessoa jurídica por excelência) concede ‘personalidade’ a uma pluralidade de homens, e o *modus operandi* prático é o mecanismo da representação da *persona ficta*. Elabora-se a teoria da ficção segundo a qual além da pessoa física, entidade natural, existem outras entidades capazes de direito e de obrigações por exclusiva vontade do legislador, que ‘finge’ ser uma associação de homens ou um conjunto de bens uma unidade considerada ‘pessoa’ e como tal ‘sujeito de direito’. Contra a teoria da ficção surge a teoria da realidade, defendida principalmente por O. F. von GIERKE. Tal teoria considera as pessoas jurídicas como ‘organismos naturais’ com sua intrínseca natureza jurídica, não sendo, portanto, necessário recorrer a analogias ou ficções para determinar a sua subjetividade jurídica. Ambas as teorias mantêm firme a necessidade da intervenção do Estado para que as situações coletivas possam atuar no mundo jurídico; a diferença consiste no valor dado à vontade do Estado: constitutiva para a teoria da ficção; declarativa para a teoria da realidade. Tanto *Gierke* quanto *Savigny*, precursores das teorias mais tradicionais sobre a pessoa jurídica, compartilhavam conceito aproximado de direito subjetivo. A distinção estabelecida residia em que o último reputava que a única vontade real era a humana, enquanto o primeiro defendia a realidade da vontade de pessoa jurídica, realidade tão efetiva quanto a vontade humana (BENARRÓS & ROMANO, 2020).

de visões distintas e complementares¹⁴⁷, para a compreensão do fenômeno e para a afirmação da pessoa jurídica como sujeito de direito (MARINHO DA COSTA, 2019)¹⁴⁸.

Assim, é só no decorrer do século XIX, que a figura chamada de pessoa jurídica adquire um novo substrato conceitual que pouco se identificará com as pessoas jurídicas da Idade Média e da Idade Moderna, mas servirá de base para a generalização do conceito. Essa mudança é o que Justen Filho denomina ruptura no pensamento jurídico acerca da teoria da pessoas jurídica: com o novo substrato conceitual, amplia-se a aplicação do conceito para agrupamentos contingentes e a transcendência deixa de ser pré-requisito para a personalização, produzindo como resultado a generalização do fenômeno da personalização como consequência de novos paradigmas estabelecidos (JUSTEN, 1987, p. 18).

2.2.1 A responsabilização da pessoa jurídica como resposta à insuficiência da responsabilidade individual como instrumento de prevenção geral positiva: giro histórico e conceitual

Considerando que a interpretação de qualquer fenômeno jurídico pressupõe a compreensão do contexto histórico e social em que esse está inserido e da dimensão temporal

¹⁴⁷ Em apertada síntese, é possível classificar as teorias em 4 (quatro) grandes grupos: as teorias individualistas - cujo maior destaque é a teoria da ficção legal, cunhada por Savigny, a qual reserva exclusivamente ao ser humano a personalidade e capacidade jurídicas, sendo as pessoas jurídicas meras extensões ficcionais das pessoas físicas que a compõem. Sob essa concepção não haveria de se falar em responsabilização da pessoa jurídica pela prática de condutas contrárias ao ordenamento jurídico; as teorias da existência das realidades coletivas, cujo maior expoente é Otto Von Gierke, que reconhece a existência real, paralelamente às pessoas físicas, de corpos ou organismos sociais com existência e vontade própria, distinta da de seus membros, a qual se manifesta através dos órgãos (“presentantes”) da pessoa jurídica; as teorias normativistas, que, ao reconhecer que as pessoas jurídicas têm suporte na realidade fática, consideram que sua personalidade e as situações dela decorrentes derivam do direito, ou seja, é uma criação técnico-jurídica; e as teorias ontológico-institucionalistas, as quais, inspiradas no intuitivismo francês de Maurice Hauriou, tem em Lamartine Corrêa seu principal representante na doutrina brasileira e defendem que a pessoa jurídica constitui instituição cuja existência real antecede ao Direito, devendo, portanto, ser consideradas, no plano ontológico, verdadeiras pessoas e sujeitos de direitos e obrigações, com personalidade analógica à do ser humano. (LEONARDO, 2007)

¹⁴⁸ Não obstante o tema da responsabilidade das pessoas jurídicas tenha adquirido grande relevância nos planos nacional e internacional nas últimas décadas, a própria conceituação da pessoa jurídica ainda é objeto de debate e de divergências. Para Sílvio Venosa, “é por demais polêmica a conceituação da natureza da pessoa jurídica, dela tendo-se ocupado juristas de todas as épocas e de todos os campos do Direito. Com frequência o problema dessa conceituação vê-se banhado por posições e paixões políticas e religiosas e, de qualquer modo, sobre a matéria formou-se uma literatura vastíssima e complexa, cujas teorias se interpenetram e se mesclam, num emaranhado de posições sociológicas e filosóficas. Na verdade, o conceito de pessoa jurídica é um dos assuntos mais tormentosos em Direito.” (VENOSA, 2010, p. 228)

de seu processo evolutivo, faz-se mister examinar, ainda que de forma breve, como se desenvolveu o instituto da responsabilidade da pessoa jurídica, suas etapas essenciais e as mudanças axiológicas ocorridas em seu núcleo, a fim de se perceber de que forma o instituto foi se amoldando às necessidades de cada época (PIMENTEL, 2017).

A responsabilidade pode ser definida, de modo geral, como a assunção (física ou moral) das consequências (fáticas ou jurídicas) resultantes da prática de atos (próprios ou de terceiros), ou da ocorrência de fatos jurídicos. Por isso, as noções que dimanam de tal conceito, como o ato de responder, imputar responsabilidade, ser responsável, possui relação direta com a existência de obrigações, encargos, deveres ou compromissos assumidos ou atribuídos a um sujeito, de forma prévia à prática de determinado ato.¹⁴⁹

Disso decorre que a responsabilidade surge em face da ocorrência de um fato que causa desordem jurídica ou social e que, portanto, demanda reação e resposta do Direito. Trata-se, pois, de conceito que, não obstante tenha sido originalmente formulado nas searas do Direito Civil e do Direito Penal, mostra-se ínsito a todos os ramos do Direito, constituindo-se em típico “sobredireito” (PONTES DE MIRANDA, 1996).

Em seus primórdios, o conceito de responsabilidade, bem como seus efeitos jurídicos, se encontrava intimamente relacionado à ideia de ordem (*kosmos*) preconizada pela filosofia grega: o juízo acerca da conduta do indivíduo ou das agremiações sociais pouco influenciava a imputação de responsabilidade no Direito Romano, porquanto essa decorria da perturbação do equilíbrio causada pelo ato a exigir a aplicação da justiça corretiva. Dentro dessa perspectiva histórica, não se perquiria sobre culpa para se punir o autor do dano, uma vez que a preocupação central era substituir as penas corpóreas, até então praticadas, pela obrigação de reparação do dano causado (PIMENTEL, 2017).

¹⁴⁹ A esse respeito, veja-se o conceito entabulado por De Plácido e Silva, *in verbis*: “Responsabilidade. (...) exprime a obrigação de responder por alguma coisa. Quer significar, assim, a obrigação de satisfazer ou executar o ato jurídico, que se tenha convencionado, ou a obrigação de satisfazer a prestação ou de cumprir o fato atribuído ou imputado à pessoa por determinação legal.” (SILVA D. P., 2010, p. 662).

Posteriormente, com o fortalecimento do Direito Canônico, a responsabilidade passa a fundamentar-se na vontade livre do homem que, embora criado à imagem de Deus, opta por praticar o ato faltoso, devendo, portanto, por ele responder¹⁵⁰. Na configuração jurídica do pecado praticado, a culpa é delineada a partir da negligência, da imperícia e da imprudência, por estarem, de certa forma, vinculadas a características comportamentais de uma conduta que não atendeu, previamente, aos deveres morais. Note-se que à concepção de responsabilidade são incorporadas as noções de liberdade da vontade do indivíduo, da noção de erro e da obrigação de reparar os atos intencionalmente praticados pelo agente. Assim, a noção de culpa (na máxima canônica do *mea culpa, mea maxima culpa*), passa a incorporar o juízo de aferição da responsabilidade, como indicador da adequação social da conduta do agente ao conjunto de normas éticas, morais e jurídicas vigentes (OLIVEIRA A. B., 2011).

Essa responsabilidade lastreada na aferição da culpa subjetiva do autor do dano foi então consolidada pelo Código Civil Napoleônico de 1804 e estendida a diversos outros ordenamentos durante o movimento codificador dos séculos XIX e XX¹⁵¹, inclusive as codificações brasileiras: para que alguém fosse privado de seus bens, não bastava a comprovação da conduta danosa, fazendo-se indispensável a demonstração da culpa do agente, a qual abrangia tanto a imperícia, a imprudência e a negligência, quanto o dolo. Caso a culpa do agente não fosse demonstrada, não havia que se falar em dever de reparação¹⁵².

Todavia, com a Revolução Industrial e a posterior revolução tecnológica e científica que resultaram na instalação da sociedade pós-moderna de riscos, nos termos abordados

¹⁵⁰ A racionalidade da culpabilidade provém do Direito canônico, da ideia de culpa que cada um tem pelo pecado que comete derivado de seu próprio livre arbítrio. (BRANDÃO, 2004, pp. 171-184)

¹⁵¹ Vale ressaltar que a responsabilidade de pessoas jurídicas não é novidade, sendo uma figura jurídica conhecida não apenas no Direito Anglo-Saxão, mas no próprio Direito Continental. Conquanto tenha permanecido sempre presente no *common law*, pode-se dizer que no ambiente do *civil law* caiu no esquecimento, retornando à baila no plano teórico na segunda metade do século XIX, por força do advento da teoria da realidade, de Otto von Gierke em contraposição a teoria da ficção, de Savigny. Ainda assim, permaneceu ausente do plano legislativo até o último quarto do Século XX, quando retornou e espalhou-se pela Europa continental do Século XXI (SHECAIRA, 2003).

¹⁵² A responsabilidade civil subjetiva (também denominada culposa, aquiliana, ou por atos ilícitos) é a obrigação de reparar danos patrimoniais ou extrapatrimoniais causados por ação ou omissão, dolosos (intencionais) ou culposos (negligência, imprudência, imperícia), que violem direitos alheios, consoante redação consolidada no art. 186 do Código Civil. Exige, portanto, como requisitos: a) conduta (ação ou omissão) violadora de direito; b) dano; c) nexo de causalidade entre a conduta e o dano; d) culpa. É a culpa elemento indispensável, na responsabilidade subjetiva, para que se estabeleça o nexo de imputação entre o dano ocasionado e o responsável. Para tanto, exprime um juízo de reprovabilidade da conduta, pressupondo que em face das circunstâncias específicas do caso, o autor do dano devia e podia ter agido de modo diverso.?

adiante, a responsabilidade subjetiva passa a encontrar empecilhos nas necessidades econômicas e sociais da realidade. Com efeito, como os processos produtivos passaram a ser cada vez mais automatizados, não se mostrava possível imputar culpa às máquinas, assim como se tornou cada vez mais difícil a identificação do responsável pela ação que gerou o dano.

Assim, dificuldades em comprovar a culpa pelo dano e o seu próprio causador permitiram o desenvolvimento de mecanismos alternativos, como a inversão do ônus da prova e a exacerbação do dever de vigilância e cuidado. Ademais, uma vez que, como resultado do rápido progresso industrial vivenciado no período, houve um aumento exponencial do número de acidentes de trabalho e de eventos lesivos ao meio ambiente e ao mercado consumidor que nascia, a teoria do risco-proveito, a qual tem como principal fundamento a máxima de que aquele que tira proveito ou vantagem do fato gerador do dano, ainda que indiretamente, tem a obrigação de repará-lo, passou a orientar a imputação de responsabilidade à pessoa jurídica.¹⁵³

Com efeito, se risco é perigo e probabilidade de dano, isso significa que todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano. (CAVALIERI FILHO, 2010).¹⁵⁴ Ou seja, é a partir da teoria do risco proveito que a noção

¹⁵³ A teoria do risco proveito estabelece que o responsável pelo dano tem o dever de repará-lo e/ou cessar e impedir que fatores/causas/circunstâncias gerem danos futuros e/ou coloquem em risco à coletividade, pois é responsabilizado por todo e qualquer ato – independentemente da ocorrência de danos efetivos; basta a possibilidade de ocorrência de riscos à coletividade. (...) Ela tem como embasamento o fato de que aquele auferir proveitos/lucros com a atividade deve arcar com os prejuízos dela decorrentes, não diferenciando causas principais das secundárias, intrínsecas ou não à atividade, todas são consideradas condições do evento lesivo. É essa teoria que fundamenta o princípio do poluidor- pagador, o qual visa internalizar as externalidades ambientais negativas no processo produtivo pelo responsável deste, evitando-se a socialização dos custos e dos riscos (HENKES, 2007).

¹⁵⁴ Em uma das primeiras obras a tratar da responsabilidade civil com fundamento no risco no Brasil, Alvino Lima, em 1937, já propugnava que a teoria do risco surgiu como uma forma de garantir à vítima a efetividade na indenização: “A teoria objetiva, que funda a responsabilidade extracontratual no risco pelas múltiplas atividades humanas, foi, sem dúvidas, a que fixou as bases da nova concepção da responsabilidade sem culpa, passando do campo doutrinário para o direito positivo” (LIMA, 1937, p. 93). O autor ainda fundamenta que a responsabilidade fundada no risco fornece segurança à vítima que sofreu o dano: “Se destas atividades colhem os autores todos os proveitos ou pelos agem para consegui-los, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados” (LIMA, 1937, p. 93), porquanto não seria justo, nem mesmo racional, que a vítima, que não colhe nenhum tipo de proveito da atividade de risco, suporte os prejuízos da atividade de risco (LIMA, 1937, p. 93).

de risco começa a aflorar, sendo responsáveis independentemente de culpa apenas aqueles que obtivessem proveito de uma atividade, considerando que aquele era limitado ao benefício advindo do ato lesivo (FERREIRA K. P., 2014).

Posteriormente, no entanto, a concepção que embasou a construção da teoria do risco-proveito foi ampliada com a formulação da teoria do risco criado, a qual desvinculou a responsabilidade do elemento benefício econômico obtido pelo agente causador do dano no desenvolvimento de sua atividade. A teoria do risco criado, mais ampla e mais benéfica para a vítima, considera que toda atividade que exponha outrem a risco torna aquele que a realiza responsável, mesmo nos casos em que não haja atividade empresarial ou atividade lucrativa propriamente dita. Assim, são abrangidas situações em que a culpa passou a ser presumida, dando origem à noção de *culpa in vigilando* e culpa *in elegendo* e as obrigações assumidas por terceiros, abandonando-se em definitivo, em alguns casos, a noção de culpa e, com isso, rompendo-se com a lógica que, até então prevalecia, de que o ilícito configura ato antijurídico, lesivo e culpável praticado por um indivíduo (SHECAIRA, 2003)

As teorias do risco foram ainda depois revisadas com a criação da teoria do risco integral – segundo a qual, para a configuração da responsabilidade civil, basta a existência de um dano e do nexo de causalidade entre esse e o autor do ato, não admitidas excludentes de responsabilidade, como caso fortuito, força maior, fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima – e a teoria do risco excepcional – que trata do risco de atividades que apresentem risco exacerbado, como ocorre com a exploração de energia nuclear, mas admite excludentes específicas e excepcionais, como situações de conflito armado, guerra civil, hostilidades, insurreição ou fato excepcional da natureza (CAVALIERI FILHO, 2010).

Diante desse cenário, nota-se que as teorias de responsabilização passaram a se distanciar, ao longo do século XX, da ideia de culpa. Ou seja, a responsabilidade desvincula-se da ilicitude, na medida em que qualquer atividade criadora de risco para outrem passa a sujeitar o responsável à punição pelo prejuízo causado, sem a necessidade de se apurar se esse atuou ou não com culpa.

Assim, o fator risco substitui a noção de culpa, acarretando a criação de modalidade objetiva de responsabilização da pessoa jurídica¹⁵⁵ e de reparação de danos, fundada na premissa de que a responsabilização deve ter como fundamento o risco inerente à atividade desempenhada pelo causador do dano e não a sua culpa. Agora sim, começa-se a falar em uma responsabilidade independente de culpa: em razão do risco inerente à atividade que exercem, os sujeitos devem por ela se responsabilizar, independentemente de culpa, assegurando que vítimas de danos dela decorrentes sejam reparadas. O intuito é assegurar a devida reparação das vítimas em uma sociedade na qual o risco está cada vez mais presente.

É nesse cenário que se desenvolve a discussão acerca da responsabilidade, inclusive penal, da pessoa jurídica: diante do protagonismo econômico e social das empresas e as estruturas, cada vez mais agigantadas e complexas¹⁵⁶ sob as quais essas se constituíram na sociedade pós-moderna, bem como dos avanços tecnológicos que aumentaram os riscos e favoreceram a ocorrência de ilícitos empresariais, nada mais natural que o Direito se voltasse para a conformação da conduta corporativa a fim de lidar com o problema dos ilícitos praticados no âmbito das coletividades e de se enfrentar o que a literatura passou a denominar de irresponsabilidade organizada das corporações (BARBOSA, 2014)¹⁵⁷.

¹⁵⁵ A responsabilidade civil objetiva é definida como aquela que independe da ocorrência de dolo ou culpa, ou seja, do ato volitivo da pessoa. Ela distancia-se da responsabilidade subjetiva exatamente por conta da ausência deste elemento subjetivo capaz de gerar responsabilidade a uma pessoa, seja física ou jurídica. Conforme destaca Sérgio Cavalieri Filho, “os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a essa transformação social” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 151). O autor complementa que caso a vítima tivesse que comprovar todas as vezes a culpa do causador do dano, em inúmeros casos, ficaria sem qualquer tipo de indenização. Igualmente, a responsabilidade objetiva pressupõe uma maior facilidade na prova da culpa daquele que cause o dano. Ou melhor, a responsabilidade civil objetiva pressupõe a incidência de um dano, um ato juridicamente ilícito e o nexo de causalidade.

¹⁵⁶ Em um exemplo bastante gráfico sobre o assunto, Adán Nieto (NIETO MARTÍN A. , 2008c, p. 126) ilustra o tamanho da ameaça exercida, em tempos atuais, pelo poder corporativo: “*De las cien economías más potentes del mundo, 51 son corporaciones, y existen empresas casi tan potentes como Australia, y con presupuestos que superan a países como Noruega, Finlandia o Portugal. En el año 2000 el New York Times señalaba que el valor de mercado de Microsoft era similar al producto interior bruto de España*” (NIETO MARTÍN A. , 2008c, p. 126)

¹⁵⁷ Na verdade, a simples instituição da possibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica, por si só, não acaba com o problema da irresponsabilidade organizada: a solução da questão depende, conforme abordar-se-á adiante, do modelo de responsabilização adotado. Caso seja escolhido um modelo de heteroresponsabilidade, não é possível garantir que não haja a irresponsabilidade organizada. Sob outro ângulo, no caso de escolha de um modelo de responsabilização direta da pessoa jurídica (autorresponsabilidade), o combate a irresponsabilidade organizada poderá ser mais efetivo (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012, p. 118).

De fato, as ações tomadas no âmbito de uma pessoa jurídica são, muitas vezes, de difícil individualização, uma vez que essa se organiza com base em uma divisão complexa do trabalho, que nem sempre está refletida na distribuição hierárquica de seus órgãos, o que, consequentemente, leva a uma indefinição quanto a responsabilidade individual pela prática do ilícito (SILVA-SÁNCHEZ, 1997)¹⁵⁸. Em tal estrutura organizacional, um resultado lesivo a um bem jurídico tutelado geralmente é provocado pela ação conjunta de muitos sujeitos, de diversas posições hierárquicas e com um grau diferenciado e pulverizado de conhecimento e informação sobre os atos alheios¹⁵⁹, sendo muito difícil identificar, à luz da estrutura tradicional de imputação historicamente consolidada no direito sancionatório¹⁶⁰, todos os participantes da ação e delimitar a contribuição de cada um para o evento. Nesse cenário, uma estrutura individual de imputação tem dificuldade de operar de modo eficaz, na medida em que não é capaz de encontrar os três componentes fundamentais da responsabilização – ação, decisão e conhecimento – em um único indivíduo, na medida em que o ato punível aparece frequentemente como resultado de uma soma de atos parciais e fragmentários (MACHADO M. R., 2009).

Além dessa natural dificuldade de se individualizar condutas quando os atos são praticados no âmbito de organizações ou por meio delas a fundamentar a responsabilização da

¹⁵⁸ Ao analisar o tema, Jesús Maria Silva Sánchez leciona que, com efeito, dado que a responsabilidade penal individual parte da concorrência dos elementos de informação, poder de decisão e atuação executiva sobre uma mesma pessoa, tão logo estes fatores se dissociem surgem, também, barreiras muitas vezes insuperáveis para a atribuição de responsabilidade individual (SILVA-SÁNCHEZ, 1997).

¹⁵⁹ Assim, em uma empresa, é frequente que a ação seja executada por setores inferiores da estrutura empresarial, que, normalmente, não dispõem nem de uma alta compreensão da eventual ilicitude de seus atos, nem da capacidade de decidir se eles serão ou não levados a cabo e que, muitas vezes, nem sequer se dão conta das consequências de sua atuação. Os chamados setores intermediários da organização, por sua vez, costumam dispor de uma capacidade relativa de compreensão da eventual ilicitude dos atos realizados nas baixas instâncias, mas não detêm nem o poder de decidir se o ato deve ou não ser realizado, nem a competência para sua execução. Finalmente, os setores superiores da empresa (diretoria ou management), apesar de disporem da capacidade de decidir ou não pela execução do ato, não participam diretamente deste e, em alguns casos, nem sequer conseguem reconhecer a eventual ilicitude de todos os atos praticados no âmbito da complexa rede de relações por eles liderada (SCHÜNEMANN, 1988)

¹⁶⁰ Vale lembrar que essa estrutura, que tem como paradigma o caso clássico do homicídio doloso individual, pressupõe que um único ator disponha fundamentalmente de três capacidades: capacidade de realização de uma ação, capacidade de compreensão da ilicitude do ato e capacidade de decisão. De fato, muitas das infrações pertencentes à criminalidade quotidiana podem ser facilmente processadas nesses termos. O problema surge, no entanto, quando este modelo tradicional e individual de imputação (em que estas três capacidades estão concentradas em uma única pessoa) precisa dar conta de fenômenos complexos, ocorridos no âmbito de organizações hierárquica e funcionalmente estruturadas, ou seja, em que decisão, ação e conhecimento se pulverizam (MACHADO M. R., 2009).

pessoa jurídica, há também o fato de que a responsabilidade individual em muitos casos é inefetiva, dado que as pessoas físicas, que suportam a função punitiva, geralmente não dispõem de capacidade financeira para responder pelo dano causado por suas condutas e podem negociar junto à empresa mecanismos que a compensem por sua exposição ao risco por prática de ilícitos. Assim, a responsabilização da pessoa jurídica aumenta o *enforcement* e a eficácia do direito sancionatório (MACHADO M. R., 2009).

Ademais, não basta responsabilizar a pessoa jurídica apenas de forma subsidiária: ela deve ser responsabilizado de forma direta e cumulativa em relação a pessoa ou pessoas naturais, pois um modelo de prevenção de delitos corporativos baseado exclusivamente na sanção de pessoas físicas deixa intacta a estrutura que promove a sua realização, assim como o patrimônio resultante do ilícito, uma vez que a imposição de penas privativas de liberdade a pessoas físicas da estrutura organizativa da pessoa jurídica em nada afeta essa última, de modo que o quadro organizativo que possibilitou o delito seguiria incólume após a atribuição da responsabilidade individual (SILVA-SÁNCHEZ, 1995). Ou seja, é preciso que o ente coletivo seja compelido a internalizar os custos do ilícito.

Outrossim, além do aspecto financeiro, milita também a favor do fortalecimento da responsabilidade da pessoa jurídica em detrimento da persecução dos indivíduos, o argumento defendido por muitos autores no sentido de que a pessoa jurídica se encontra mais bem posicionada do que o Estado para adotar medidas que evitem o cometimento do ilícito ou que o investigue caso seja praticado, inclusive identificando os indivíduos responsáveis (MACHADO M. R., 2009).

Nessa esteira, em face do entendimento de que os mecanismos de imputação individual apresentam um déficit significativo de prevenção dos delitos praticados no âmbito das organizações quando comparados com o modelo de responsabilização da pessoa jurídica, a responsabilidade individual foi dando cada vez mais lugar à responsabilidade dos entes coletivos, a qual passou a ser encarada, inclusive, como política pública de controle e repressão

de condutas ilícitas com impacto na ordem econômica e social e nos chamados bens coletivos ou difusos¹⁶¹.

Constata-se, pois, que, não obstante a responsabilidade da pessoa jurídica seja admitida e aplicada há séculos pelo Direito em seus diferentes ramos, essa ainda ocorre de forma utilitária como estratégia conveniente de simplificação do processo de recomposição do dano e ressarcimento das vítimas e como mera punição pela incidência do risco envolvido na atividade econômica desenvolvida. Isso porque a questão que continua em aberto é se pode a empresa cometer ilícitos, já que esses se configuram como a prática de uma conduta, ou seja, de ação ou omissão contrária ao Direito. É dizer, é possível admitir-se que um ser etéreo, fruto da abstração jurídica, seja autor de um ato ilícito, o qual pressupõe consciência e vontade? Ou seja, como entender determinado acontecimento como ação da pessoa jurídica, capaz de determinar a imputação de sua responsabilidade mesmo quando o fato não pode ser atribuído a nenhum indivíduo que a compõe ou representa?

No campo do direito penal, por exemplo, esse debate ainda hoje é imerso em profundas controvérsias, prevalecendo-se a tese de que, se a responsabilidade criminal requer necessariamente a demonstração do elemento culpabilidade, a responsabilização penal da pessoa jurídica exigiria sempre a responsabilidade individual dos sujeitos envolvidos na prática do crime. Apenas mais recentemente, conforme analisar-se-á adiante, parte da doutrina começa a considerar a possibilidade de se reconhecer uma culpa autônoma da empresa que “atua por si mesma a partir do momento em que desenvolve uma complexidade e uma capacidade de auto-organização”, que a qualifica como uma agente de delitos, capaz de praticar crimes econômicos e se beneficiar das vantagens financeiras que essa criminalidade oferece, quase que recebendo

¹⁶¹ Vale ressaltar, todavia, que, embora seja útil e necessário sancionar as pessoas jurídicas, a sua responsabilização não vem para substituir a responsabilidade individual: é preciso encarar a responsabilidade da pessoa jurídica como instrumento de reforço da responsabilidade individual, na medida em que pressiona as empresas a adotarem programas de compliance, já que ela se encontra em melhores condições do que o Estado para controlar o comportamento de seus agentes. É importante ressaltar que essa substituição não deve acontecer, pois o que se tem visto, principalmente nos países anglo-saxões, é que a responsabilidade corporativa geralmente implica uma deterioração do direito sancionatório individual: os processos que envolvem a prática de ilícitos praticados por empresas ou no seu âmbito passam a ter como único processado a pessoa jurídica (NIETO MARTÍN A. , 2008c).

vida própria em relação ao ser humano, ante sua estrutura, complexidade, poderio e referência social, revelando ser uma nova figura de sujeito de delitos (ALBUQUERQUE, 2017).

Ocorre que há questões singulares a serem consideradas na regulação da pessoa jurídica, sem o qual há forte risco de se criar uma disciplina jurídica inadequada ou incapaz de produzir os efeitos dela esperados. Com efeito, há fatores como eventuais efeitos sociais negativos no que se refere à dinâmica e desenvolvimento da atividade econômica e empresarial, os impactos em casos de transformações das pessoas jurídicas – fusões, cisões e incorporações – bem como de atuação conjunta de pessoas jurídicas que formam coletividades mais complexas, mas não personalizadas, como os grupos societários, assim como adequação dos tipos e medidas de sanções e de dosimetria ao fim social e regulatório que se pretende atingir. Se, de um lado, por exemplo, pretende-se que o agente repare o dano, cesse a prática e que, de alguma forma, sejam obtidos efeitos de prevenção especial e geral, de outro, a sanção deve ser pensada de modo que o impacto desejado seja obtido sem prejuízo aos demais interesses juridicamente relevantes, como a manutenção da capacidade produtiva da empresa, sua saúde financeira e seus reflexos positivos para a sociedade. Um sistema regulatório e punitivo cego a essas preocupações, que se coloque simplesmente a serviço de fins retributivos, poderá inviabilizar ou mesmo afastar um ente produtivo da economia do país, com prejuízo para a comunidade de trabalhadores, consumidores e credores e consequentes perdas de bem-estar social (ALBUQUERQUE, 2017).

Assim, a responsabilização como instrumento de conformação de condutas somente se mostrará eficaz se o Direito e seus operadores forem capazes de superar a tradicional compartimentalização do debate nos ramos do direito penal, civil e administrativo para considerarem a regulação do comportamento corporativo a partir da complexidade e especificidade que lhe caracterizam, livre das amarras que condicionam instrumentos e soluções jurídicas a construções dogmáticas próprias e pré-concebidas acerca de institutos jurídicos.

2.2.2 Sociedade de risco e a expansão do Direito como instrumento privilegiado de conformação de condutas: a empresa como fonte de riscos a

bens jurídicos supraindividuais e sua responsabilização não mais pelo dano, mas pelo perigo que sua ação ou omissão pode oferecer

Uma questão de importância transcendente para a compreensão e a sustentação das análises realizadas neste trabalho é a que revela a sociedade contemporânea como global, tecnológica e de riscos, marcada por avanços tecnológicos que permitem o deslocamento de pessoas e de bens entre os continentes com velocidade extraordinária, bem como a troca quase que instantânea de informações, alterando as noções de tempo e de espaço, o que traz como consequência situações de perigo até então impensadas, tanto pela impossibilidade intelectual ou técnica de antevê-las, como pelo fato de os riscos de outrora não serem os mesmos de agora¹⁶².

Segundo o sociólogo alemão Ulrich BECK (BECK, 2011, p. 23) a sociedade deve ser analisada enquanto produtora social de riscos. Até o fim do século XIX, período que o autor denomina de Primeira Modernidade, a sociedade se viu encantada com o progresso e as inovações tecnológicas, não vislumbrando riscos nesse processo. A partir do século XX, período que enquadra como Segunda Modernidade, a sociedade se depara com um cenário em que a tecnologia “tira a máscara” e revela o lado das catástrofes e tragédias, sobretudo ambientais e econômicas. Para o autor, a modernidade inaugura uma nova concepção e percepção de risco, quando se admite a incerteza acerca dos riscos resultantes da ação do próprio homem, os quais podem provocar consequências não previstas e incontroláveis para a humanidade (BECK, 2011).

Nesse contexto, o problema que se coloca é como os riscos produzidos no processo de modernização podem ser evitados, minimizados, canalizados e, quando concretizados, isolados e redistribuídos dentro da sociedade de uma forma que não comprometam o próprio

¹⁶² Embora LUHMANN (1992) aponte que a palavra “risco” já fosse registrada em referências alemãs no século XVI e inglês durante o século XVII, relacionada aos contratos de seguro marítimo, que a utilizavam para descrever os perigos e as probabilidades de perdas e ganhos que poderiam ocorrer durante uma viagem, é a modernidade que inaugura uma nova concepção e percepção de risco, quando se admite a incerteza e a existência de riscos resultantes da ação humana, os quais podem provocar consequências não previstas e incontroláveis. Por isso, os principais autores da teoria social que debatem os riscos, os associam às instituições, eventos e dinâmicas da modernidade.

“progresso”. Por isso, BECK define que viver na “sociedade de risco”, nos termos da expressão e tese que formulou, significa viver em circunstâncias incertas criadas por nós mesmos (BECK U. C., 2010) (BECK, GIDDENS, & LASH, 1997)¹⁶³.

Nesse sentido, a sociedade contemporânea – que atende pelos distintos nomes de sociedade pós-moderna, sociedade de modernidade tardia, sociedade de modernidade reflexiva¹⁶⁴, sociedade pós-industrial ou sociedade do risco – é não apenas multinominada, mas multifacetada, porquanto marcada por um salto de racionalidade e de valorização das capacidades humanas, por um achatamento do mundo que permitiu o encurtamento de distâncias físicas e culturais, pela globalização, pela integração supranacional, pelo predomínio econômico sobre o político, pela valorização e monetização de dados e informações e pelo exagerado desenvolvimento tecnológico e científico, mas, principalmente, pela imprevisibilidade, pelo surgimento e incremento dos riscos e pelo sentimento generalizado de insegurança (BECK, GIDDENS, & LASH, 1997, p. 14)¹⁶⁵.

¹⁶³ A obra “Sociedade de Risco” é considerada um dos mais influentes trabalhos de ciência social do final século XX. Foi lançada em 1986 na Alemanha, e em cinco anos já tinha alcançado um total de sessenta mil cópias. Além de Beck, o inglês Anthony GIDDENS, em 1988, escreveu “As consequências da modernidade” obra igualmente relevante sobre o risco na sociedade moderna. Em sua clássica obra, balizada pelas profundas transformações sociais vividas nos anos 80, como a queda do muro de Berlin, a derrocada do socialismo soviético e o final da Guerra Fria, e de igual modo, pela crise ambiental gerada pelo acidente nuclear de Chernobyl, o autor inicia seu discurso sobre a magnitude do risco demonstrando que ao mesmo tempo em que as novas tecnologias são motivo de orgulho para a humanidade, a dimensão imprevisível de suas consequências gera temor (CARDOSO, 2013, p. 155).

¹⁶⁴ A expressão modernidade reflexiva abrange as transformações contemporâneas, os processos de crise e suas consequências, em um mundo reflexivo, que estimula a crítica ativa e a autoconfrontação. A modernidade reflexiva envolveria um processo de individualização e de “destraditionalização” em que a tradição é constantemente contestada e o mundo social e natural é plenamente influenciado pelo conhecimento humano reflexivo, dando origem a uma ideia de crise, no sentido de imprevisibilidade e incerteza. Ou seja, a modernidade avançada produz, de maneira técnico-científica, riscos que atingem a todos indistintamente. Assim, o próprio processo científico-tecnológico, de modernização, torna-se reflexivo sobre si mesmo, correspondendo plenamente à definição de modernidade reflexiva. A reflexividade se verifica em uma sociedade caracterizada pelo gerenciamento do risco. A modernidade gera perigos que não consegue controlar. Assim, a globalização dos riscos revela a dificuldade que também o Estado-nação tem de prever, organizar e controlar o risco num mundo de redes globais interativas e de fenômenos híbridos, sobretudo quando ninguém se responsabiliza pelos resultados.

¹⁶⁵ Conforme Beck, na modernidade tardia, “a produção social da riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científicos tecnologicamente produzidos. Enquanto na sociedade industrial, a lógica da produção de riquezas domina a lógica da produção de riscos, na sociedade de risco, essa relação se inverte. Na “segunda” modernidade, ou “modernidade tardia”, em que o fator constituinte é a incerteza, a responsabilidade da decisão sobre os riscos entre todos os homens faz com que no mundo em que vivem o futuro determina o presente, em que uma desgraça que possa vir a ocorrer é antecipada e retroalimentada, obrigando os homens a constantemente agir em relação a ela. Essa

Essa situação de incerteza e alarme permanente é agravada pelo fato de o risco ser potencializado, na sociedade contemporânea, pelo quadro de hipercomplexificação social e econômica decorrentes da globalização e de seu caráter policêntrico que, cada vez mais, fragiliza a soberania dos Estados (TEUBNER, 2005).

Tal sentimento de estar em permanente ameaça faz com que a sociedade de risco demande um ‘Estado vigilante’ ou ‘Estado prevenção’ (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 127), capaz de fazer frente às novas formas de criminalidade, principalmente a criminalidade econômica perpetrada por corporações, e de proteger os novos bens e interesses coletivos e difusos da sociedade, chamados de supraindividuais pelo fato de não poderem ser concretizados na figura de um titular ou grupo de titulares, fazendo surgir novas dimensões jurídicas de previsibilidade, controle e atribuição de responsabilidades (SILVEIRA R. M.-3., 2006)¹⁶⁶.

A sociedade de risco exige, então, uma dinâmica jurídica diferenciada e impõe mudanças principalmente ao Direito Penal, cujas funções se expandem para se antecipar aos danos, fazendo surgir o chamado “direito penal de riscos”, orientado à prevenção e à inibição de atividades e comportamentos potencialmente danosos antes que esses possam causar efetivo mal ao bem jurídico tutelado, conforme abordar-se-á no tópico seguinte.¹⁶⁷

reflexividade tornou-se componente estrutural da sociedade e não apenas elemento cognitivo dos indivíduos (BECK U., 2011, p. 23).

¹⁶⁶ Se é certo que em uma Constituição extensa e minudente como a brasileira muitos são os interesses supraindividuais que devem ser tutelados pelo Estado, por outro lado, a simples previsão constitucional de um direito a reclamar proteção não se mostra fator determinante para a tipificação de determinada conduta. Assim, a aferição da necessidade e pertinência da adoção da responsabilidade da pessoa jurídica como meio de exercer o controle de determinadas condutas ofensivas a bens jurídicos supraindividuais incumbe ao legislador. Não há dúvida de que, no âmbito da sociedade contemporânea, na qual a atividade empresarial assumiu abrangência transnacional e atua globalmente interligada, as condutas corporativas podem ofender interesses supraindividuais constitucionalmente previstos, com consequências evidentes para a esfera de interesses individual de cada um dos membros da sociedade. (SILVEIRA R. d., 2003)

¹⁶⁷ “A sociedade de risco, que clama pela promessa de segurança e estabilidade que o direito penal simbolicamente oferece, leva ao surgimento do ‘direito penal de riscos’, orientado à prevenção e à inibição de atividades e comportamentos potencialmente danosos antes de causarem efetivo mal ao bem jurídico tutelado. Nesse contexto, há o fortalecimento das teorias de imputação objetiva e o aumento da edição de leis que criam tipos penais, em especial tipos penais de perigo abstrato, que visam à “antecipação da incidência da norma para afetar condutas antes da verificação de qualquer resultado lesivo”, além do endurecimento das penas para crimes já previstos (BOTTINI P. C., 2013, p. 68). Outro fenômeno do direito penal do risco que contribuiu para a aparição significativa dos delitos de perigo abstrato é a proteção, cada vez mais acentuada, de bens jurídicos coletivos. “A concessão de status penal aos interesses difusos torna cada vez mais inadequada a compreensão do delito pela ótica do autor-vítima, dada a dificuldade de limitar e caracterizar os sujeitos passivos da ação criminosa. A

A prevenção se converte, nesse contexto, no paradigma dominante no direito sancionatório e se torna evidente a necessidade de atribuir às sociedades empresariais o dever de efetuar os controles decorrentes desse novo cenário e de traçar estratégias que colaborem com o Estado na prevenção e repressão de delitos, devido ao risco de criminalidade que, em si mesmo, é criado pela corporação (BOTTINI, 2013).

Ou seja, partindo-se da premissa que encara a pessoa jurídica como fonte ou polo de incremento de risco, na medida em que essa incentiva sempre a obtenção de melhores resultados econômicos, oferece condições e, muitas vezes, encoberta e protege a ação de indivíduos, o Direito passa a impor às empresas como contraponto “um dever de cuidado organizacional destinado a neutralizar os riscos”, já que quem é responsável por gerar riscos, também deve sê-lo em neutralizá-los (SALVADOR NETTO, 2020).

Assim, há um alargamento do direito sancionatório voltado às empresas e as teorias de imputação objetiva de responsabilidade da pessoa jurídica ganham destaque, já que se considera que não há como pensar o desenvolvimento da atividade empresarial desacompanhado da gestão e contenção dos riscos que lhe são inerentes. Observa-se, também, o aumento da edição de leis que criam novos tipos penais, em especial tipos penais de perigo abstrato, além do endurecimento das penas para crimes já previstos (BADARÓ & BOTTINI, 2013).

2.2.2.1 A transformação do modelo tradicional de responsabilidade civil da pessoa jurídica: da função reparatória de danos para uma função preventiva dos direitos

A mais tradicional forma de se responsabilizar as pessoas jurídicas pelos ilícitos cometidos em seu âmbito ou por meio delas ou, ainda, pelos danos por elas provocados¹⁶⁸,

abstração dos últimos reduz o espaço dos delitos de resultado que exigem, em geral, um titular do bem ou do objeto atacado pelo comportamento ilícito, e dá lugar ao injusto de perigo abstrato”. (BOTTINI P. C., 2007, p. 123)

¹⁶⁸ Vale rememorar que ato ilícito é simplesmente o ato contrário ao direito que e dano (ou fato danoso) é o prejuízo juridicamente relevante, que pode resultar, ou não, de um ato ilícito (FERREIRA K. P., 2014).

sempre foi, nos sistemas jurídicos integrantes da família romano-germânica (*civil law*), a responsabilidade civil mediante aplicação de multas e obrigação de reparação dos prejuízos causados.

Todavia, diante da multiplicidade de riscos inerentes à sociedade pós-moderna e das profundas transformações pelas quais passaram a sociedade e o Direito ao longo do século XX, também o modelo de responsabilidade civil da pessoa jurídica sofreu grandes mutações, evoluindo-se de um sistema de responsabilidade subjetiva baseado na culpa, adotado nos códigos de modelo liberal, para – a partir do processo de revolução industrial e o consequente agravamento dos riscos e a multiplicação dos acidentes dele advindos, juntamente aos fenômenos da urbanização e da massificação da sociedade, conforme se viu – um sistema objetivo, baseado no risco econômico, na socialização do prejuízo, próprio dos códigos de modelo social (FERREIRA K. P., 2014).

Com efeito, o critério da responsabilidade fundada na culpa não se mostrava mais suficiente para assegurar a reparação do dano e solucionar, consoante demonstrado anteriormente, inúmeras situações lesivas causadas por atividades típicas do capitalismo industrial, geradoras de um notável descompasso entre criadores de risco e aqueles que suportavam os danos originários das atividades de produção.

Nesse contexto, a responsabilidade civil altera o foco para a perspectiva da reparação supraindividual do dano e o elemento culpa é relativizado ao se adotar o risco como critério de imputação. Fundado na solidariedade, o novo modelo de responsabilização objetiva é marcado pela necessidade de garantir a reparação dos danos que não devem ser exclusivamente suportados pela vítima que sofreu diretamente o prejuízo, mas socialmente solidarizados, uma vez que os custos do ressarcimento, que tradicionalmente recaíam sobre o causador do dano, são transferidos à coletividade (SCHREIBER, 2013)¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Vale ressaltar que, embora o modelo de socialização dos riscos, no qual se ancora a responsabilidade objetiva, seja fundamental para garantir o pagamento de indenizações e proteger direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos, inúmeras críticas, entretanto, são dirigidas à ele exatamente por ensejar a chamada “internalização de externalidades” pelas empresas, que passam a transferir aos consumidores a onerosidade dos

Veja que esse movimento pendular de transformação do modelo tradicional de responsabilidade civil da pessoa jurídica para uma função de socialização preventiva de riscos ocorreu também no Direito brasileiro: se o Código Civil de 1916, elaborado em um contexto histórico e social marcado por uma sociedade ainda majoritariamente rural, privilegiou a proteção do direito de propriedade e, com isso, adotou um modelo de responsabilidade civil baseado na culpa¹⁷⁰, por volta dos anos 30, a doutrina e jurisprudência brasileiras começaram a interpretar a necessidade de prova da culpa, prevista no art. 15 do referido texto normativo, em presunção *juris tantum* e, posteriormente, *juris et de jure*, abrindo-se a possibilidade de se imputar responsabilidade objetiva ao causador do dano (PINHO C. A., 2018).

A partir daí, a edição da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na década de 40 e do Código Tributário Nacional (CTN), na década de 70, consolidaram o modelo de responsabilização objetiva de pessoas jurídicas como regime ordinário de imputação de responsabilidade a entes coletivos.¹⁷¹

potenciais custos de ressarcimento envolvidos em eventual responsabilização. Além disso, o modelo de socialização dos riscos embute também um efeito ainda mais perverso, qual seja, a diluição da mais importante função da responsabilidade civil, que é a prevenção de danos. Isto porque, “uma natural diligência da pessoa ciente que arcará com a indenização dos prejuízos decorrentes de danos por ela ocasionados são consideravelmente restringidas pela ausência de consequências patrimoniais relevantes em seu patrimônio, decorrente do pagamento dos prejuízos por uma companhia seguradora, fundos públicos ou privados ou seguridade social” (FERREIRA K. P., 2014).

¹⁷⁰ O Código Civil de 1916, inspirado no Código Civil francês de 1804, adotava como regra cláusula geral da responsabilidade subjetiva, dispondo, em seu art. 159, que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violasse direito, ou causasse prejuízo a outrem, ficava obrigado a reparar o dano, embora houvesse previsões específicas e excepcionais que admitissem a responsabilidade objetiva, como no art. 1.529, na hipótese de queda ou lançamento de objetos de edifícios (PINHO C. A., 2018).

¹⁷¹ Segundo Bruno Meyrhof Salama, embora o movimento de ampliação das hipóteses legais de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica tenha se pautado em argumentos que apontam os riscos que as atividades empresariais oferecem para a sociedade, “o resultado prático foi a relativização da forma jurídica chamada de sociedade limitada. Nas sociedades por quotas e também (embora em menor grau) nas sociedades por ações, sócios, administradores e contratantes passaram a se ver cada vez mais na condição de corresponsáveis, ou de responsáveis subsidiários, das dívidas da empresa” (SALAMA, 2014, p. 356). Com isso, a ampliação das circunstâncias que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada objetivamente estaria levando ao “fim da responsabilidade limitada” (SALAMA, 2014, p. 357). Para o autor, desde a edição do Código Civil de 1916 e do Decreto-Lei nº 3.708/1919, que criou a figura das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, a sociedade empresarial não se confundia com a pessoa de seus sócios, havendo uma estrita e rígida diferenciação entre os sócios e a sociedade empresarial. Para solucionar o problema da limitação da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, o autor sugere a utilização dos *gatekeepers* como guardiões de empresas, os quais teriam a atuação guiada por três elementos: capacidade de evitar a ocorrência de práticas indesejáveis na pessoa jurídica; *ii*) a prática a ser evitada pelos *gatekeepers* deve estar efetivamente ao seu alcance; *iii*) a regra jurídica que permite a sua atuação não deve deixar margem à dúvida a respeito da sua negativa de cooperação. Além disso, o critério essencial dos *gatekeepers* está no fato desse não-integrar os quadros da pessoa jurídica, sendo considerado como um terceiro estranho,

Com a Constituição Federal de 1988, o Brasil incorporou de forma definitiva o modelo solidarista de responsabilidade ao prever hipóteses específicas de responsabilidade objetiva, quando se refere ao seguro em acidentes de trabalho (art. 7º, inc. XXVIII), aos danos nucleares (art. 21, inc. XXIII, alínea c), às pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviço público (art. 37, § 6º) e aos danos ambientais (art. 225, § 3º), indicando um forte movimento em direção à solidariedade social como fundamento da responsabilização objetiva. Logo em seguida à promulgação da Constituição, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) também previu, como regra, a responsabilidade objetiva do fabricante, do produtor, do construtor, nacional ou estrangeiro, e do importador pela reparação dos danos causados aos consumidores (art.12) (FERREIRA K. P., 2014).

Posteriormente, o Código Civil de 2002, embora tenha previsto uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva, em seu art. 186¹⁷², ao estabelecer a culpa como requisito para a responsabilização civil, também incorporou cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco no art. 927, parágrafo único, ao estabelecer a obrigação de indenizar, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar riscos para outrem. Além disso, o Código Civil traz, em seu art. 187¹⁷³, cláusula geral de responsabilidade objetiva nos casos de abuso do direito, bem como cláusula geral, em seu art. 931, que trata, de forma mais ampla do que no Código de Defesa do Consumidor, da responsabilidade civil objetiva do empresário pelo fato do produto¹⁷⁴.

diferenciando-se das técnicas de *compliance*, que estão localizadas no âmbito interno da pessoa jurídica, na exata medida que a responsabilização destes *gatekeepers* pela ocorrência de ilícitos é “espécie de responsabilidade de terceiros empregada com o propósito eminentemente regulatório de ajustar condutas politicamente indesejáveis” (SALAMA, 2014, p. 362).

¹⁷² Art. 186: “Aquele que, por ação ou por omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

¹⁷³ Art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

¹⁷⁴ Note-se que, além das cláusulas gerais de responsabilidade objetiva, o Código Civil prevê também hipóteses específicas em que esse modelo de responsabilização independente de culpa se aplica: art. 928 (responsabilidade equitativa e subsidiária dos incapazes); artigos 932 e 933: (responsabilidade dos pais em relação aos filhos; do tutor e do curador em relação aos pupilos e aos curatelados; do empregador ou comitente quanto aos empregados e aos prepostos(24); dos donos de hotéis pelos hóspedes; e dos que gratuitamente houverem participado nos produtos de crime), art. 936 (pelo fato dos animais dono ou detentor do animal ressarcirá o dano por ele causado, se não provar culpa da vítima ou força maior), artigos 937 e 938 (responsabilidade civil pelo fato das coisas), artigos 441 a 446 (responsabilidade por vício redibitório), artigos 447 a 457 (responsabilidade objetiva por evicção), artigos 734 e 735 (responsabilidade do transportador de pessoas é objetiva), artigos 884 a 886 (hipóteses

Denota-se, portanto, que ao longo de seu percurso histórico, o regime de responsabilização das pessoas jurídicas no direito brasileiro sofreu considerável alteração ao despir-se de uma lógica essencialmente baseada no elemento subjetivo da culpa para privilegiar o critério objetivo de imputação.

Nesse processo de objetivação da responsabilidade, com o abandono estratégico da análise da culpa e da desvinculação da reparação como ideia de castigo a quem causou injustamente o dano, as hipóteses legais de responsabilização objetiva foram sobremaneira ampliadas e o núcleo do sistema reparatório passa a se voltar não mais para quem cometeu o dano, mas para quem o sofreu.

Assim, se o paradigma que dominou a dogmática da responsabilidade civil no século XX foi aquele que se opôs ao mau uso da liberdade pelo agente (culpa) frente à atividade lucrativa geradora de dano (risco), na sociedade pós-moderna e de riscos, o próprio instituto da responsabilidade civil é colocado em xeque, pois se espera que esse atue como instrumento polivalente, capaz de responder a múltiplas finalidades, adicionando-se à função tradicional, antes exclusivamente reparatória de danos, também uma função preventiva, prospectiva e de gerenciamento de riscos¹⁷⁵ dos novos danos¹⁷⁶ da sociedade contemporânea (FERREIRA K. P., 2014).

de enriquecimento sem causa) e artigos 939 e 940 (concernentes ao credor que demanda o devedor antes de vencida a dívida, bem como ao que o faz por dívida já paga) (PINHO C. A., 2018).

¹⁷⁵ O tratamento jurídico conferido ao risco enfrenta duas alternativas: uma diz respeito à possibilidade de se aplicar tutelas inibitórias ou de remoção no intuito de mitigar a própria concretização do evento ou os danos por ele provocados e outra que estabelece um alargamento no conceito de dano para considerar que o mero risco, em si mesmo, pode ser objeto de indenização. Assim, diante da probabilidade ou plausibilidade de se configurarem danos graves e irreversíveis, a função preventiva prospectiva da responsabilidade civil exige que sejam tomadas medidas prévias, proporcionais e aptas a evitar os riscos de dano (FERREIRA K. P., 2014, p. 168).

¹⁷⁶ Os danos identificados na pós-modernidade apresentam traços peculiares que os distinguem dos danos convencionais tratados pela responsabilidade civil reparatória, moldada como exigência de reação a um prejuízo que atingisse a esfera individual e patrimonial do indivíduo, o que impõe uma remodelação para lidar com as suas especificidades e conferir maior efetividade à responsabilidade civil. Diversamente dos danos convencionais, que se verificam no plano intersubjetivo, os “novos danos” (especialmente com relação aos interesses da coletividade) se caracterizam de forma supraindividual, podendo, de forma reflexiva, atingir direitos e bens individuais. A incerteza e irreversibilidade são elementos inerentes do dano na sociedade de risco (FERREIRA K. P., 2014).

Com efeito, não seria lógico, tampouco razoável relegar exclusivamente ao Direito Público o papel dissuasório da ilicitude e da lesividade individual e social: o Direito Privado e, mais especificamente, o Direito Civil, também deve possuir tal encargo com a assunção de uma função preventiva e de concretização dos direitos fundamentais individuais e transindividuais pelo regime de responsabilidade civil. Isso porque a própria premissa em que se funda a responsabilidade civil repressiva (dever de indenizar os danos “causados pelo infrator” ou, mais modernamente, os danos “sofridos pela vítima”), parece insuficiente e por vezes até mesmo inadequada para fundamentar a função reparatória do instituto em um contexto em que grande parte dos direitos mais caros à sociedade (dentre os quais, os próprios direitos fundamentais, derivados ou não dos atributos da personalidade, e os direitos difusos e coletivos), caracteriza-se pela extrapatrimonialidade, irreversibilidade ou pela irreparabilidade, não comportando soluções indenizatória e repressiva satisfatórias (VENTURI T. G., 2012).¹⁷⁷ Ou seja, se o dano é irreversível, como se poderá fazer justiça pela via da responsabilidade civil meramente compensatória? (LOPEZ, 2010, p. 24)

Nessa esteira, evidencia-se um “panorama de crise” do instituto da responsabilidade civil a exigir novos contornos que se prestem a fundamentar sua aplicação sob perspectivas sensivelmente distintas daquelas até então adotadas, sobretudo no que diz respeito ao seu aspecto preventivo e inibitório, fazendo com que exerça também um caráter punitivo-pedagógico de punir o agente causador do dano, mas, também, de servir consequentemente como mecanismo de dissuasão a comportamentos ilícitos e antissociais por meio de sua

¹⁷⁷ Segundo registra Thaís Venturi, em tese de doutorado em que analisa exatamente a construção da responsabilidade civil no Direito Contemporâneo, “a prevenção como fundamento da responsabilidade civil já vem sendo debatida na doutrina de diversos países (França, Itália, Áustria, Alemanha, Estados Unidos, dentre outros). Nesse sentido consultem-se: THIBIERGE, Catherine. *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)*. Revue Trimestrelle de droit Civile, n.º 3, 1999, p. 561; KOURILSKY, Philippe e VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Paris Editions Odile Jacobs, 2000; PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 766 e seguintes; European Group on Tort Law. *Principles of European Tort Law*. Áustria: Springer Wien New York, 2005; SCHÄFER, Hans-Bernd and OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Northampton, MA: Edward Elgar, 2004, p. 113 e segs. Na doutrina brasileira: LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010 e; COUTO E SILVA, Clóvis V. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et compare*. 1998, p. 56”. Da mesma forma, ressalta a autora que “a função de prevenção vem sendo aplicada por via do possível agravamento da indenização/compensação, nos moldes já consagrados pelo sistema norte-americano (teoria dos *punitive ou exemplary damages*), e a cada dia mais recorrente na jurisprudência brasileira, nos casos de responsabilidade civil decorrente de danos morais” (VENTURI T. G., 2012, p. 4).

exemplaridade, propiciando de forma reflexa um efeito de prevenção geral e especial (VENTURI T. G., 2012).

Logo, torna-se necessário promover o redimensionamento do instituto da responsabilidade civil para permitir a coexistência e a articulação interna de regras destinadas à reparação (Responsabilidade Civil Reparatória), outras dirigidas à prevenção (Responsabilidade Civil Preventiva), além daquelas dedicadas à garantia da indenização (Socialização de Danos), todas informadas pelos princípios da prevenção (proteção contra riscos já conhecidos) e da precaução (proteção contra riscos potenciais) (FERREIRA K. P., 2014)¹⁷⁸.

2.2.2.2 A administrativização do Direito Penal e a criminalização do perigo abstrato

Se é verdade que Direito Penal e Direito Administrativo nunca estiveram completamente apartados – com efeito há mais de um século a doutrina se debruça sobre a tentativa de diferenciar o ilícito penal do ilícito administrativo, conforme abordar-se-á em tópico adiante – é inegável que nas últimas décadas houve tamanha aproximação entre ambos, em especial no campo do denominado direito penal econômico, que se passou a verificar “de um lado, uma administrativização do direito penal e, de outro, um recrudescimento punitivo do direito administrativo sancionador (LOBO DA COSTA, 2013, p. 113)

De fato, o fenômeno da administrativização do direito penal, compreendido como a ampliação do papel do Estado na regulação da vida social por meio de normas penais com o objetivo principal de prevenir a prática de delitos por meio do controle prévio de atividades que podem resultar em danos, é bem diagnosticado pela doutrina. Embora a expressão

¹⁷⁸ Note-se que, com relação à prevenção, se o risco era certo e conhecido, e ainda assim não foram tomadas as medidas necessárias para o seu gerenciamento e controle, e em decorrência disso, o dano se verificou, não há dúvidas quanto à presença de culpa e a consequente responsabilização. Já no caso dos riscos incertos e desconhecidos, protegidos pelo princípio da precaução, a configuração da culpa dependerá da análise do caso concreto, na qual se avaliará se a pessoa jurídica implementou todas as medidas de precaução possíveis e exigíveis na hipótese (FERREIRA K. P., 2014).

“administrativização do direito penal” não possua significado e sentido único,¹⁷⁹ sua principal característica consiste no excesso de complementações a que fica sujeito o ilícito penal, cuja tipificação, por ser elaborada de forma aberta, sem que contenha os elementos necessários para a descrição do modelo de conduta proibida, os chamados tipos penais em branco, passa a depender de regulamentos, portarias, resoluções e até mesmo atos administrativos¹⁸⁰. Não raro a ilicitude penal resume-se à desobediência a Administração (LOBO DA COSTA H. R., 2008)¹⁸¹.

Isso passou a ocorrer em grande medida porque as estruturas tradicionais do direito penal clássico, orientadas a repelir a lesão concreta ao bens jurídicos individualmente protegidos, se mostraram limitadas, consoante demonstrado anteriormente, para conferir proteção aos novos bens jurídicos emergidos da sociedade contemporânea de riscos, principalmente aqueles ameaçados pelas atividades desempenhadas pelas empresas¹⁸². Assim, novos mecanismos de tutela penal, capazes de proteger os bens jurídicos contra não mais apenas danos concretos em si, mas, também, contra o mero perigo abstrato oferecido por essas atividades, passam a ser necessários como solução para o problema da criminalidade

¹⁷⁹ Há quem compreenda o fenômeno, por exemplo, como “a utilização do direito penal, pelo Estado, para garantir o bom andamento de suas próprias atividades enquanto instância executiva, provedora de administração pública e gerenciadora de inúmeros âmbitos sociais”, há quem compreenda como o apoio do direito penal no direito administrativo, situação em que a configuração da tipicidade – ou mesmo da ilicitude – depende de regulamentos, portarias, resoluções e até atos administrativos concretos como autorizações, permissões e licenças e há, ainda, quem compreenda o fenômeno como uma expansão do direito penal ao âmbito historicamente destinado ao e regulado pelo direito administrativo (GRECO L., 2010).

¹⁸⁰ Tal fenômeno de dependência conceitual do direito penal em face do direito administrativo é denominado, nas palavras de Luís Greco, de “acessoriedade conceitual, uma vez que a lei penal toma emprestado conceitos do direito administrativo, empregando-os no sentido que lhes atribui este. (GRECO L., 2010)

¹⁸¹ Um dos grandes problemas apontados pela doutrina da administrativização do Direito Penal é risco de se desconsiderar nesse processo os limites da utilização do direito penal como política de regulação de comportamentos, criminalizando-se matérias meramente organizacionais, condutas ainda não axiologicamente consolidadas como negativas ou dignas de punição pelo direito penal ou comportamentos que correspondem somente a uma desobediência administrativa, sem consequências mais graves (LOBO DA COSTA, 2013, p. 113). Nesse ponto, a administrativização do direito penal comporta o perigo de transformar o direito penal em mero guardião do direito administrativo, abrindo espaço para autoritarismo de um Estado que lança mão do direito penal para tutelar a si próprio. (CARVALHO, 2011)

¹⁸² O direito penal denominado “clássico”, como sabido, preocupava-se essencialmente com a proteção de bens jurídicos individuais, fundamentais ao desenvolvimento do sujeito, promovendo sua intervenção quando verificada a lesão a tais direitos, sob o amparo de princípios vetores, como a proporcionalidade, ofensividade e intervenção mínima. Esse modelo tradicional, no entanto, não se mostra suficiente no contexto moderno. O progresso tecnológico aplicado à nova criminalidade gera novas demandas e produz resultados capazes de ultrapassar fronteiras, atingir número indeterminado de vítimas e perpetuar os riscos, em face da alta complexidade que envolve as novas formas delitivas (SILVEIRA R. d., 2003).

econômica e levam o legislador a criar uma série de tipos penais omissivos e de perigo¹⁸³, bem como a atribuir a determinados garantes o dever de prevenir e impedir a lesão aos bens jurídicos tutelados (BOTTINI P. C., 2013).

Nesse sentido, em um contexto em que a sociedade se sente amedrontada por riscos desconhecidos ou não dimensionáveis, ela pugna por mais e mais direito penal, fazendo com esse se expanda para abarcar novos bens jurídicos e novas condutas que até então estavam sob tutela do direito administrativo. Entra em cena um direito penal reformulado, que abandona sua tradicional posição de *ultima ratio* para assumir um caráter preventivo, de gestão de riscos, expansivo e tridimensional de *prima* ou *sola ratio*, que sanciona condutas que poderiam ser facilmente repreendidas por outros campos do Direito (SILVA SÁNCHEZ J.-M. , 2002); (KNOPFHOLZ, 2011).¹⁸⁴

Assim, para responder ao movimento de expansão do Direito Penal, a teoria do delito desenvolve novas fórmulas e estratégias de imputação, que passam a priorizar o conhecimento (elemento cognitivo) em detrimento da vontade (elemento volitivo) como conteúdo do dolo a fim de possibilitar a implementação do caráter preventivo assumido pela legislação penal (SALVADOR NETTO, 2020).¹⁸⁵ Da mesma forma, torna-se evidente a

¹⁸³ Nos crimes de perigo abstrato, certos comportamentos são tipificados em razão da periculosidade que oferecem a um bem jurídico, ainda que essa não necessite ser comprovada no caso concreto. O aumento do uso de tipos penais dessa natureza pode ser entendido em razão da difundida ideia de que tal estrutura proporcionaria uma proteção mais adequada ao bem jurídico, na medida em que não requer um resultado de dano ou de perigo, essa modalidade afastaria dificuldades tanto na esfera dos requisitos do tipo penal quanto no campo probatório, permitindo uma tutela supostamente mais eficaz.

¹⁸⁴ Jesús-María SILVA SÁNCHEZ também se preocupa com a ideia de que a crítica à expansão do direito penal – principalmente, na forma como ela passou a existir nos dias atuais – seja interpretada como equivalente a defender um “direito penal de classes”, no qual os indivíduos que infringem as normas próprias do chamado espectro nuclear do direito penal acabam sendo levados ao cárcere (os mais pobres), enquanto aqueles que violam as normas desse novo espectro do direito penal, proibidor de condutas lesivas a bens supraindividuais, teriam sobre si a espada menos temerosa de penas que se aproximam de sanções administrativas (os mais ricos). (SILVA SÁNCHEZ J.-M. , 2002)

¹⁸⁵ A complexidade que envolve o fenômeno da criminalidade moderna põe em xeque o próprio paradigma clássico da Teoria do Delito. Com efeito, esta Teoria foi construída a partir de uma perspectiva individualista, na qual o crime é decorrência da conduta de uma pessoa física ofendendo ou expondo a perigo um bem jurídico individual. Nessa ordem de ideias, os fundamentos tradicionais dos conceitos de conduta, de autoria e de responsabilidade não conseguem fornecer respostas satisfatórias para a definição da responsabilidade penal derivada de uma realidade em que a lesão cada vez mais vem sendo substituída pelo risco, e que a atividade considerada delitiva assume novas características. A criminalidade econômica, por sua vez, passa a abordar diversos aspectos da vida empresarial, em que há conformação cada vez maior a tipos penais abertos, leis penais em branco, elementos normativos do tipo que, amiúde, se referem a um tipo de linguagem própria de setores específicos do meio empresarial.

necessidade de atribuir às sociedades empresariais o dever de efetuar os controles decorrentes dos riscos de suas atividades e o Direito se apresenta cada vez como um poderoso instrumento para se impor esse controle. (SILVEIRA R. d., 2016)

2.2.2.3 O alargamento do Direito Administrativo Sancionador como um direito de gestão de riscos

Se, por um lado, conforme demonstrado, o direito penal se expandiu nas últimas décadas em direção ao direito administrativo, também é verdade que o direito administrativo passou a caminhar, em tempos mais recentes, a passos largos em direção ao direito penal ao fortalecer o seu aspecto sancionador e, principalmente, ao tornar mais rigorosas as sanções aplicadas, em um movimento que vem sendo denominado por parte da doutrina de penalização do Direito Administrativo, que também o transforma em um direito de gestão de riscos (NIETO MARTÍN A. , 2001).

Para compreender esse processo de alargamento do Direito Administrativo como um direito de gestão de riscos, convém abordar, em breves linhas, a origem e evolução do Direito Administrativo Sancionador, que surge no contexto histórico do período pós-industrial, o qual, como se viu, gestou a sociedade de riscos.

Primeiramente, é importante ter em mente que os valores políticos e ideológicos de determinado período histórico, econômico e social são fatores relevantes que influenciam a opção do legislador em recorrer em distintos momentos ao Direito Penal ou ao Direito Administrativo sancionador para disciplinar comportamentos e inibir e punir condutas ilícitas.

Historicamente, havia identificação entre ilícito administrativo e ilícito penal. A separação entre ambos adveio, especialmente, das reformas francesas da segunda metade do século XIX e objetivou a limitação do poder sancionador estatal: sanções mais brandas seriam aplicadas pelo direito administrativo (poder de polícia) e sanções mais graves seriam aplicadas pelo direito penal, permitindo um controle judicial quando o tema tocasse na liberdade do cidadão. Ou seja, inspiradas no pensamento liberal, a clara separação entre Direito

Administrativo e Direito Penal visava restringir o poder punitivo do Estado e dos detentores de poder, situação que fomentou a penalização dos ilícitos administrativos justamente para reduzir o campo de regulação do Direito Administrativo, âmbito normativo sempre muito mais sujeito ao arbítrio dos governantes (VERZOLA, 2011, p. 7).¹⁸⁶

Outro evento que sinalizou um ciclo de mudanças representativas no modelo jurídico de regulação de condutas foi o término da Segunda Guerra Mundial, quando a transição dos Estados europeus para um sistema político direcionado ao bem-estar social fez com que o Direito Administrativo sancionador fosse utilizado como reação à hipertrofia do Direito Penal, ocasião em que uma significativa parcela dos crimes de menor potencial ofensivo é levada ao âmbito do recém-inaugurado Direito de ordenação social, por meio da criação de regras de direito administrativo sancionador, regimes de faltas ou contravenções, e normas de ‘contraordenação’. Essa situação pôde ser observada com mais vigor na Alemanha do pós-guerra, onde não só o Direito Administrativo passou a ser adotado de forma privilegiada, mas, também, ocorreu uma espécie de judicialização desse Direito de ordenação social, já que era

¹⁸⁶ Em que pese durante muito tempo ter sido defendida a existência de uma diferença de caráter ontológico, ou material, entre os dois tipos de injusto – o injusto penal representaria uma lesão efetiva a direitos subjetivos ou bens jurídicos, enquanto o injusto administrativo se ocuparia da desobediência aos mandatos emitidos pela Administração, a verdade é que a diferenciação realizada nestes moldes não encontra respaldo jurídico adequado (FERNÁNDEZ & SAGGESE, 2010). Na verdade, conforme leciona Alejandro Nieto García (NIETO, 2012, p. 46), “a potestade administrativa sancionadora, da mesma forma que a potestade penal dos Juízes e dos Tribunais, forma parte de um genérico *jus puniendi* do Estado, que é único, ainda que logo se subdivida nestas duas manifestações.” Assim, se o *jus puniendi* é uno e dele derivam tanto o direito penal quanto o direito administrativo sancionador, é impossível sustentar uma distinção de natureza ontológica entre os injustos de cada um destes ramos do direito. Desta feita, as distinções entre ambos os ramos só podem ser de caráter meramente formal, como a autoridade que aplica a sanção, o procedimento utilizado e a sanção estabelecida. Sobre a questão, são definitivas as lições de Alejandro Nieto García (NIETO, 2012, p. 126), quando afirma que: “*Durante mais de cem anos os juristas espanhóis viveram obcecados pela inexata questão de se mediava, ou não mediava, uma ‘identidade ontológica’ entre os delitos e as infrações administrativas. (...) A tese do supraconceito de ilícito – ou se se quer, da ‘identidade substancial de ambos os ilícitos, penal e administrativo’ (...) – é hoje, em definitiva, absolutamente dominante, ainda que não faltem testemunhos da postura contrária. Esta questão – que flutua entre o jurídico e o metafísico – perdeu a atualidade e hoje parece mais própria de doutorandos eruditos e professores rançosos que de investigadores imaginativos e de advogados e juizes que tem que lidar com a realidade casuística. (...) Independente da identidade, proximidade ou separação dos conceitos de delito e infração administrativa há um extremo que deve ficar muito claro: na medida em que se trata de duas figuras normativas (e não metafísicas, nem reais, exteriores ou anteriores ao Direito) estão à livre disposição do legislador, que pode qualificar a seu arbítrio uma ação como delito ou como infração, de tal maneira que pode fazer que o que ontem eram infrações administrativas, se convertam amanhã em delitos (...), e o que eram ilícitos penais se convertam de pronto em infrações administrativas.*” (tradução livre). Para uma análise mais aprofundada sobre as discussões doutrinárias acerca da diferenciação entre injusto penal e injusto administrativo, com análise tanto das teorias diferenciadoras quanto das teorias unitárias e dos argumentos para a adoção destes posicionamentos, vide Ana Carolina Carlos de Oliveira (OLIVEIRA A. C., 2013).

necessário subtrair das mãos da administração pública a faculdade de criar ilícitos e puni-los, notadamente, por tal prática configurar perigoso artifício em favor de programas governamentais autoritários (OLIVEIRA A. C., 2013, pp. 101-102).

Com o fortalecimento do Estado de bem-estar social ao longo da segunda metade do século XX, houve a ampliação desse sistema com a consolidação do inchaço do direito administrativo sancionador: o Estado forte e interventor regulamentava, fiscalizava, provia e também punia cada vez mais. Ou seja, do período iluminista ao início do século XX o que se nota é um movimento pendular relacionado à opção ideológica estatal: ora o Estado fortalece seus sancionamentos advindos do direito penal – permitindo maior controle judicial às liberdades humanas – e esvazia seus sancionamentos administrativos; ora, o oposto: fortalece seus sancionamentos advindos do direito administrativo e desincha o direito penal (OLIVEIRA A. C., 2013).

Ocorre que já no final do século XX, o cenário se altera: ao invés de um movimento pendular em que a ascendência e predominância de um implica o refluxo do outro, passa-se a ter uma hipertrofia do direito penal, mas também uma hipertrofia do direito administrativo: ambos se expandem, gerando uma forte aproximação entre direito penal e direito administrativo. Com fronteiras cada vez mais porosas e menos demarcadas entre os dois âmbitos, ocorrem situações em que sanções estatais se confundem, se sobrepõem ou até se cumulam (VERZOLA, 2011). Ou seja, o contexto da sociedade de risco e seu consectário de expansão do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador produziu a multiplicidade de instâncias.

Esse alargamento do Direito Administrativo sancionador acarretou também um acréscimo de funções conferidas à Administração Pública, com o decorrente aumento na produção normativa que institui cada vez mais deveres para os administrados e, conseqüentemente, sanções pelo seu não cumprimento, num crescente movimento de administrativização da vida social (OLIVEIRA & GROTTI, 2020), o qual não ficou imune a críticas.

Com efeito, assim como a expansão do direito penal gera críticas no âmbito principiológico, dogmático e de política criminal, também isso acontece na esfera do Direito Administrativo sancionador. O Professor Alejandro Nieto bem sintetiza tais críticas: primeiro, o fato de a Administração Pública escolher circunstancialmente os fatos que lhe interessa sancionar, deixando que o destino de cada administrado esteja incerto, dependendo apenas de seu capricho em castigá-lo (ou não); em segundo, a proliferação significativa de normas sancionadoras dificulta o prévio conhecimento por parte dos administrados: se desconhecidas, as normas tendem a ser ignoradas; por fim, a banalização do uso de sanções administrativas contribui para a legitimação do arbítrio e da violência estatal (NIETO, 2012, p. 25). Além disso, é apontado também pela doutrina o endurecimento do direito administrativo sancionador, no sentido de que as sanções impostas estão cada vez mais ampla e rigorosas, o que evidencia o movimento de penalização das sanções administrativas (NONINO & FERREIRA, 2017).

Tal situação gera outro tipo de preocupação e faz acender o alerta contra o uso indiscriminado de sanções administrativas com efeitos penais quase penais encobertos.¹⁸⁷ É que as garantias nesses dois ramos do direito não possuem a função específica de permitir ou legitimar o exercício do *jus puniendi* pelo Estado, mas, sim, de estabelecer regras e proibições que evitem o arbítrio estatal (FERRAJOLI, 2002). Ou seja, se em ambos os casos o que se busca é a aplicação do *jus puniendi* estatal, direito penal e direito administrativo sancionador deveriam fornecer garantias, senão idênticas, pelo menos de nível semelhante¹⁸⁸, tanto sob a perspectiva material, quanto sob a ótica do procedimento, o que não ocorre ainda de forma ordinária no direito pátrio (ALBUQUERQUE, 2017),¹⁸⁹ embora a Constituição Federal expressamente

¹⁸⁷ No que toca à Lei Anticorrupção, por exemplo, há quem defenda que, embora a lei se apresente como norma de natureza administrativa, uma análise mais apurada de seu texto revela que os comportamentos descritos e as consequências a eles atreladas têm, na verdade, substância penal ou quase penal, uma vez que quase todos os atos ilícitos previstos na norma têm seu correspondente na seara criminal e que as sanções, pela sua extensão e gravidade, são também equiparadas às penais. (BOTTINI & TAMASAUSKAS, 2014)

¹⁸⁸ Entre as garantias constitucionais fornecidas pela tutela penal estão a inexistência de crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (princípio da legalidade – art. 5º, XXXIX); a previsão de que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (princípio da irretroatividade – art. 5º, XL); a vedação de que a pena não passará da pessoa do condenado (princípio da intranscendência da pena – art. 5º, XLV) e de que qualquer indivíduo seja privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo (princípio do devido processo legal – art. 5º, LIV); e a garantia a todo e qualquer litigante, em processo judicial ou administrativo, da ampla defesa (princípio da ampla defesa e do contraditório – art. 5º, LV).

¹⁸⁹ O Supremo Tribunal Federal consagrou a tese abrangente do devido processo legal punitivo para estabelecer regime jurídico sólido e garantista para os acusados em processo administrativo e cível, de improbidade administrativa, com a incidência dos princípios da legalidade, da tipicidade, da culpabilidade e da presunção de inocência.

preveja a extensão da ampla defesa e do contraditório ao processo administrativo com a aplicação também de seus corolários (MEDAUAR, 2007, pp. 166-167)¹⁹⁰, e a jurisprudência, principalmente dos tribunais superiores, venha defendendo a aplicação ao processo administrativo sancionador também de alguns princípios do processo penal e processo civil¹⁹¹.

No entanto, conforme abordar-se-á adiante em tópico que discute a aplicação do princípio da culpabilidade no Direito Administrativo, é na doutrina que esse debate ainda é fortemente travado e se revela longe de ser apaziguado, porquanto o reconhecimento da culpabilidade como elemento do ilícito levaria à inadmissão do modelo de responsabilização objetiva fartamente utilizado na aplicação de sanções administrativas.

¹⁹⁰ Segundo o ensinamento de Odete Medauar, os desdobramentos mais diretamente vinculados à ampla defesa são cinco: caráter prévio da defesa; direito de interpor recurso administrativo; defesa técnica; direito de ser notificado do início do processo e direito de ser cientificado, com antecedência, das medidas ou atos referentes à produção das provas; direito de solicitar a produção de provas, de vê-las realizadas e consideradas (MEDAUAR, 2007, pp. 168-169)

¹⁹¹ Para Lúcia Valle Figueiredo, os princípios específicos do processo penal e processo civil aplicáveis são os seguintes: “(...) presunção de inocência, verdade real (que também se aplica aos processos administrativos em que haja litígio), oficialidade, in dubio pro reo, inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito (aplicável aos dois tipos), retroatividade da lei mais benigna e necessidade de defesa técnica. No tocante aos princípios do processo civil, podemos arrolar: isonomia (igualdade de oportunidade de produzir provas), celeridade processual, princípio do juiz natural (no caso, administrador competente), lealdade processual” ((FIGUEIREDO, 2003, pp. 422-423).

3. A CULPABILIDADE COMO PROBLEMA CENTRAL NA RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Analizada a forma como a regulação do comportamento ocorreu ao longo do tempo, bem como a forma pela qual o Direito respondeu às necessidades econômicas e sociais de cada época e desenvolveu em cada um dos seus ramos instrumentos dirigidos à modulação da conduta da pessoa jurídica, faz-se mister debruçar-se, neste momento, sobre uma das questões ainda imersas em controvérsias e que suscita debates acadêmicos tanto sob o ponto de vista dogmático como sob uma perspectiva de política regulatória: pode a empresa cometer ilícitos?

Ora, sendo um ilícito a prática de uma conduta ou de uma postura omissiva contrária ao Direito, como admitir, no plano fenomênico, que um ser etéreo, sem corpo, sem consciência e vontade, possa cometer um ato reprovável e, portanto, sujeito à sanção? É certo que inquietação sobre a juridicidade do instituto da responsabilização da pessoa jurídica apresenta-se, em grande medida, entre os estudiosos do Direito Penal, seara em que resta absolutamente consolidado o entendimento de que não pode haver imputação por responsabilidade objetiva.

Ocorre que, ao se encarar o instituto da responsabilidade da pessoa jurídica presente também em outras áreas do Direito, em especial a que se dá na esfera do Direito Administrativo Sancionador, objeto desta tese, não como uma forma de imposição da obrigação de reparação e ressarcimento dos danos – como ainda ocorre no Direito Civil, mas que mesmo nesse ramo caminha cada vez mais para uma responsabilidade preventiva e inibitória, conforme abordado anteriormente – mas como instrumento clássico de imputação de sanção, num claro exercício do *jus puniendi* estatal, observa-se que a análise do conceito de culpabilidade empresarial e de seus efeitos na tipificação do ilícito cometido pela pessoa jurídica ganha extrema relevância para o Direito como um todo, exigindo daqueles que se dedicam ao estudo do tema a compreensão dos alicerces teóricos que fundamentaram o caminho trilhado pelo Direito Penal na construção do conceito, uma vez que esses, inevitavelmente, servirão como referência para

elaboração de um modelo de culpabilidade corporativa a ser adotado no âmbito do Direito Administrativo Sancionador¹⁹².

E não se trata de tarefa fácil. O conceito de culpa e de culpabilidade são alguns dos mais ambíguos do Direito, pois assume vários significados em diferentes searas e seu conteúdo assume uma feição plural, envolvendo até mesmo questões éticas, sociológicas, filosóficas, tornando ainda mais difícil a obtenção de um consenso em torno do seu alcance e delimitação. Ao mesmo tempo, o conceito de culpa e de culpabilidade são essenciais ao direito punitivo, pois eles não apenas estabelecem limites ao *ius puniendi* estatal, funcionando como garantia do acusado no processo sancionador, como expressam o conjunto de pressupostos ou requisitos que permitem culpar alguém, declará-lo culpado e, portanto, imputar responsabilidade e impor uma sanção, o que naturalmente afeta os elementos da teoria da infração, como a responsabilidade subjetiva, a exigência de dolo ou culpa em sentido estrito. A inserção do princípio da individualização da pena na Constituição Federal brasileira nada mais é, por exemplo, do que o desdobramento da noção de culpabilidade no nosso sistema constitucional, uma vez que a imposição de reprimenda pressupõe a existência de um juízo de reprovabilidade, cujos componentes são a imputabilidade do agente e a sua capacidade de poder agir em consonância com a lei, tendo, ainda, a consciência da ilicitude do ato.

Nesse sentido, toda dificuldade na conceituação da chamada culpabilidade empresarial ou corporativa no âmbito do Direito Penal decorre, exatamente, da concepção de ação criminosa adotada pela teoria finalista, a qual enfrenta muitas incompatibilidades para ser transposta quando se pensa num ilícito atribuível a uma pessoa jurídica. Não sem razão, conforme se verá adiante, o desenvolvimento do instituto de responsabilização penal da pessoa jurídica foi baseado em modelos de heterorresponsabilidade, nos quais o agir coletivo fica condicionado ao agir individual, o que veio se demonstrando deficitário na prática, uma vez que a imputação coletiva acaba se sujeitando às dificuldades próprias do direito penal em

¹⁹² Ressalte-se que, embora parte da doutrina administrativista, conforme se discutirá adiante, defenda que o conceito moderno e constitucional de sanção esteja intrinsecamente ligado ao princípio da culpabilidade, uma vez que esse, na sua visão, se constituiria em corolário do Estado Democrático de Direito a reger qualquer manifestação do exercício do *jus puniendi* estatal, esse não será o argumento a embasar a tese que ora se apresenta, a qual, nos termos em que se desenvolve o trabalho, fundamenta-se no arcabouço teórico da regulação responsiva para propor o endereçamento do problema da avaliação do comportamento corporativo no processo administrativo sancionador brasileiro de responsabilização da pessoa jurídica.

perseguir as condutas delituosas praticadas por indivíduos no seio e sob o manto da pessoa jurídica (SARCEDO, 2014).

Nesse contexto, o debate sobre uma culpabilidade autônoma da pessoa jurídica, que aceite o agir próprio da empresa, enquanto fenômeno real e como protagonista de relações jurídicas e econômicas no mundo contemporâneo, torna-se imperativo no desenvolvimento de qualquer modelo regulatório que vise a conformar o comportamento corporativo, o qual, se não for objeto de avaliação para fins de imputabilidade e sanção, não será passível de efetiva modulação pela via do Direito.

Para melhor compreensão da culpabilidade como problema central na responsabilização corporativa, mostra-se imprescindível analisar, portanto, tanto a evolução teórica do tema no âmbito do direito penal, quanto os modelos de imputação de responsabilidade à pessoa jurídica que culminaram no modelo misto de responsabilização, cujo marco teórico norteia a presente tese.

3.1 Introdução ao problema da culpabilidade: breves considerações sobre a evolução teórica do tema no âmbito do Direito Penal

A culpabilidade é uma das variáveis mais controversas da teoria do delito. Gestada num período de eticização do Direito Penal, a ideia de culpa surgiu como uma reação à sistemática vigente no direito europeu primitivo, onde a concepção de crime era basicamente a de uma ação que causava um dano a determinada vítima. A responsabilidade penal era, pois, objetiva e a culpa era apenas o elemento que permitia atribuir um resultado danoso a alguém que seria condenado a repará-lo (DEODATO, 2010, p. 156)

No decorrer da Idade Média, a noção de culpa sofreu importante inflexão, haja vista que o delito deixou de ser visto como a causação de um dano a uma vítima específica e passou a ser vislumbrado também como uma afronta aos poderes do rei. Começou-se a enxergar na culpa um vínculo subjetivo do delinquente com o ato perpetrado e um pressuposto para a aplicação de uma punição justa. Já no período do Iluminismo, o Direito Penal ganhou contornos

mais humanitários e a culpabilidade passou a ser encarada como uma peça na engrenagem do delito, engrenagem esta que era movimentada pela atuação de um indivíduo livre e racional (TANGERINO D. d., 2011).

Assim, a culpabilidade alcançou espaço fundamental na teoria do crime¹⁹³ e passou a ser condição *sine qua non* para a compreensão global do direito de punir. 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.¹⁹⁴ Atualmente, a noção de culpa é percebida como um critério para a atribuição social de responsabilidade, com predominância de uma perspectiva principalmente normativa (TANGERINO D. d., 2011).¹⁹⁵

¹⁹³ O conceito de ação relevante para o direito penal desenvolvido pelo finalismo pressupõe que o agente tenha conhecimento (elemento cognitivo) da proibição da conduta e, ainda assim, vontade de praticá-la (elemento volitivo) (SALVADOR NETTO, 2020).

¹⁹⁴ Observa-se, pois, que se enfeixam em torno do conceito de culpabilidade três diferentes sentidos, que, sob o ponto de vista dogmático, serão valorados no processo escalonado de imputação de responsabilidade penal. No que tange ao primeiro sentido, concernente ao elemento do conceito analítico de crime, a culpabilidade funciona como uma variável a ser analisada para aquilatar a ocorrência de um ilícito penal e é identificada a partir da reunião dos requisitos da capacidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta. (CÂMARA, 2018) O segundo sentido é o de culpabilidade como elemento de determinação ou medição da pena. Trata-se de um parâmetro balizador da dosimetria da pena pelo magistrado, sendo expressamente elencado no art. 59 do Código Penal brasileiro. Nessa acepção, a culpabilidade serve como fator limitador da sanção penal, garantindo que a reprimenda seja proporcional à reprovação merecida pela conduta do sujeito delitivo. Os conceitos de culpa e de pena estão, pois, sob esse aspecto, intimamente imbricados na medida em que a culpabilidade dirá o quantum de reprimenda penal justa deve ser aplicada (TANGERINO, 2010). Por fim, em um terceiro sentido, a culpabilidade é um elemento delimitador da responsabilidade individual e subjetiva, ou seja, constitui um óbice à responsabilização penal objetiva na medida em que nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; consequentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer. Ou seja, sob esse aspecto, a culpabilidade integra um dos principais axiomas que informam o modelo garantista do Direito Penal: *nulla poena sine culpa* (FERRAJOLI, 2002, p. 447).

¹⁹⁵ Nesse sentido, a culpabilidade se mostrou como o componente mais intrincado da teoria do delito, tendo sido, ao longo do tempo, sujeita a reexames intensos. Com um forte teor ético e inseparável da noção de reprovação, a concepção de culpa historicamente oscilou entre abordagens por vezes objetivas e por vezes subjetivas, cada uma delas com suas próprias limitações inerentes. 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

Assim, a adoção do conceito normativo de culpabilidade, inaugurado pela teoria finalista da ação, define a culpabilidade como reprovação de um sujeito imputável que realiza, com consciência da antijuridicidade e em condições de normalidade de circunstâncias, um tipo de injusto. É neste ponto que a culpabilidade se distingue dos outros elementos que formam e integram o conceito de crime: ela atua como um padrão apto a verificar a existência de falhas na formação da vontade do autor de um ato criminoso, cuja análise será centrada na avaliação concomitante da capacidade do agente, do potencial conhecimento do injusto, bem como da exigibilidade de conduta diversa. Isto é, enquanto a tipicidade e a antijuridicidade referem-se ao fato, a culpabilidade é o elemento que versa sobre a pessoa, constituindo, nesse sentido, um juízo sobre o autor do fato. Nesse sentido, ínsita à culpabilidade, reside a ideia de reprovabilidade como juízo de censura impingido ao indivíduo que pratica uma conduta penalmente sancionável (BRANDÃO, 2015, p. 112-113).

Note-se que esse modelo teórico tinha como pressuposto, até décadas recentes, a noção de que os requisitos decorrentes do conceito de culpabilidade seriam direcionados unicamente às pessoas físicas. Todavia, em que pese posicionamentos ainda contrários no sentido de se negar a possibilidade de punição das empresas pelo fato delas não possuírem capacidade de ação, a pureza do conceito de culpabilidade vem sendo mitigada e, em certa medida, modificada, ante a incorporação das pessoas jurídicas como sujeitas a sanções penais. seja, admitindo-se que o ente coletivo também pode ser criminalmente punido, a questão que exsurge é como adaptar os tradicionais elementos do conceito de culpabilidade, talhado para responder às condutas da pessoa física, para aplicá-los à pessoa jurídica visto que a definição conceitual da culpabilidade corporativa esbarra conceitos teóricos inerentes à tradição predominantemente individual do Direito Penal (CÂMARA, 2018).¹⁹⁶

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 (SANTOS J. C., 2008, p. 276).

¹⁹⁶ Com efeito, a complexidade dos delitos ligados às atividades empresariais torna a imputação penal um desafio, visto que a conduta criminosa relevante não é o resultado de um único ato ou indivíduo, mas sim de um acúmulo processual no qual cada membro componente da sociedade empresarial atua de forma distinta, mas complementar, dentro da estrutura organizacional, de modo que apenas o resultado da atuação coletiva configuraria um delito. Observa-se, portanto, que o dilema central em relação à responsabilidade penal das empresas reside na sua harmonização com a teoria do crime, o que pode ser resolvido a partir da análise de como uma entidade coletiva pode desempenhar uma conduta que seja típica, ilícita e culpável (CÂMARA, 2018).

Nesse contexto, ganha força a ideia de que se à pessoa jurídica é conferida pelo sistema jurídico uma notável série de direitos, de igual forma há que falar no necessário cumprimento de deveres jurídicos. Ou seja, se a empresa é capaz de compreender as normas e as proibições que são estabelecidas, de construir uma narrativa jurídica, de se comunicar e de se apresentar como um ente capaz de interação, então é possível alinhar a noção de culpabilidade com a realidade das entidades coletivas e, portanto, imputar diretamente à pessoa jurídica a responsabilidade subjetiva pelo cometimento de infrações (DEODATO, 2010, p. 188).

Analisando o tema no contexto brasileiro, a controvérsia que envolve o debate ganha contornos ainda mais complexos, porquanto a própria Constituição Federal de 1988 estabeleceu duas hipóteses de responsabilização penal da pessoa jurídica - uma de forma explícita para crimes ambientais e outra de forma implícita em relação à ordem econômica.¹⁹⁷ Assim, os marcos legais mencionados surgem como novas formas de imputação no direito penal econômico e empresarial, bem como mecanismos de combate à criminalidade corporativa, num contexto em que o aumento da criminalidade organizada, juntamente com as infrações econômicas e os acidentes de trabalho, parece ter sido o fator desencadeador dessa ampliação da responsabilização criminal das pessoas jurídicas pelos Estados¹⁹⁸.

Nessa esteira, a responsabilidade penal da pessoa jurídica emerge como um dispositivo de autocontrole no âmbito empresarial, valendo-se de normas privadas em prol dos objetivos de regulação pública. Para alcançar tal propósito, promove-se a configuração ideal da

¹⁹⁷ A discussão travada no âmbito acadêmico, judicial e legislativo acerca da criminalização da conduta da pessoa jurídica foi tamanha que a Lei de Crimes Ambientais somente foi editada lei dez anos depois de promulgada a Constituição. No mesmo ano, foi editada também a lei de combate aos crimes de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998). Em 2012, a Lei de Lavagem foi alterada pela Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, mantendo-se silente quanto aos aspectos penais das entidades coletivas. No entanto, trouxe menções sobre a necessidade de implementação dos Programas de Integridade (Compliance). No ano seguinte, em 1º de agosto de 2013, foi aprovada a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), tratando da responsabilidade administrativa e civil das empresas cujos funcionários tenham praticado crimes contra a Administração Pública, passando também a prever orientações sobre tais programas, conforme analisar-se-á adiante.

¹⁹⁸ Contudo, destaca-se que a pena a ser aplicada será determinada com base nas precauções adotadas pela pessoa jurídica antes da prática do delito. Isso visa valorizar as medidas preventivas tomadas internamente pela empresa, com o objetivo de evitar a ocorrência do delito, sendo uma dessas medidas preventivas é a implementação do Compliance por meio de seus órgãos, seguindo uma tendência adotada pelo ordenamento jurídico nacional, conforme será mais bem delineado em capítulo próprio.

estrutura empresarial, visando à prevenção e contenção de riscos (ou seja, práticas criminosas) por meio da aplicação de incentivos positivos ou negativos às empresas (BARBOSA, 2014, p. 37).

Parece crucial, portanto, examinar quais são os elementos que, ao longo do tempo, foram sendo formulados pela doutrina para possibilitar a aplicação, na prática, da teoria jurídica penal que autorizou a imputação de responsabilidade criminal às empresas, especialmente para assegurar que, nessa condição, as entidades coletivas fossem responsabilizadas apenas por suas próprias condutas ilícitas e não estivessem sujeitas a uma responsabilização automática. Para enfrentar esse desafio, os especialistas foram refinando e sofisticando nas últimas décadas as teorias penais que buscam fundamentar a culpabilidade empresarial, conforme apresentado a seguir.

3.2 Modelos de imputação de responsabilidade à pessoa jurídica: importantes teorias que buscaram construir, no âmbito do Direito Penal, o conceito de empresa culpável sujeita à imputação subjetiva de responsabilidade

A partir da evolução do conceito de culpabilidade no âmbito do Direito Penal abordada no tópico anterior, pôde-se notar a crescente importância conferida aos pressupostos teóricos que buscam fundamentar a avaliação da culpabilidade da pessoa jurídica. Os modelos teóricos que foram então sendo formulados a fim de propiciar a aferição da responsabilidade da pessoa jurídica refletem, em síntese, a própria discussão sobre a admissão em si de tal responsabilidade: se a empresa responde apenas na condição de codependente da ação dos indivíduos que compõem sua estrutura, de modo que a aferição da responsabilidade estaria necessariamente vinculada a ação humana – modelos teóricos de responsabilização indireta ou de heterorresponsabilização – ou se a empresa, como ente autônomo, apto a agir por si

próprio, responde diretamente pelas condutas empresariais penalmente reprováveis – modelos responsabilização direta ou autorresponsabilização (BARBOSA, 2014).¹⁹⁹

À vista disso, torna-se fundamental compreender os principais pressupostos e nuances teóricas desses modelos de imputação de responsabilidade à pessoa jurídica que sustentam, em cada caso, ou a ideia de que é inerente à atividade empresarial o agir de pessoas naturais, sendo a responsabilidade empresarial apenas decorrente da conduta humana²⁰⁰, negando-se, pois, a responsabilidade da pessoa jurídica, ou a ideia de ser legítima a decisão político-criminal de punir penalmente a empresa da pessoa jurídica (SALVADOR NETTO, 2020)²⁰¹, conforme passa a se expor.

3.2.1 Modelos de responsabilização indireta ou de heterorresponsabilidade

O modelo de responsabilização indireta ou de heterorresponsabilidade, também denominado responsabilidade por empréstimo, vicariante ou de transferência de responsabilidade, dispõe que a responsabilização penal da empresa, inserida num sistema de responsabilidade por transferência, pressupõe a necessidade de se verificar o delito da pessoa física integrante da pessoa jurídica para, a partir disso, imputar à empresa eventual responsabilização na esfera penal (ALBUQUERQUE, 2017).

¹⁹⁹ Em que pese a existência de correntes teóricas desenvolvidas no âmbito de cada um desses dois modelos de responsabilização, o estabelecimento dessas duas grandes categorias conceituais permite compreender os elementos fundamentais que induzem o direito penal a ora negar a responsabilidade da pessoa jurídica e a ora admiti-la, ainda que com mitigações inerentes a vinculação da atividade empresarial à conduta humana.

²⁰⁰ Nesse sentido, tratando-se de pessoas jurídicas, suas ações teriam relevância no âmbito jurídico-penal apenas quando se reconhecesse que derivam de ações humanas realizadas por indivíduos ligados aos interesses empresariais. Tal entendimento leva à conclusão de que por trás das atividades empresariais sempre está a ação de pessoas físicas, sendo a responsabilidade pelo comportamento criminoso atribuída a elas, enquanto às pessoas jurídicas é imputada a responsabilidade derivada dessa ação. Essa interpretação conduz, portanto, à rejeição da responsabilidade da pessoa jurídica, uma vez que se considera que ela não é capaz de "agir". Assim, a maioria dos doutrinadores nacionais, principalmente os especialistas em direito penal, enxerga a pessoa jurídica como incapaz de realizar atividades guiadas pela vontade livre para alcançar um determinado objetivo (SALVADOR NETTO, 2020).

²⁰¹ Ao invés de direcionar o foco da responsabilização sobre os atos dos agentes integrantes da corporação, a responsabilidade das entidades coletivas passou a derivar da atuação da própria pessoa jurídica e das características de sua auto-organização, ou seja, em uma autorresponsabilidade penal ou responsabilidade por fato próprio. (GÓMES-JARA DÍEZ, 2006, p. 107)

Nesse contexto, a relação funcional entre a pessoa jurídica e a pessoa física justificaria a transferência da responsabilidade de uma para outra sendo, portanto, a responsabilidade da pessoa jurídica similar a da pessoa física na medida em que a empresa tomaria emprestado a ação da pessoa física para, por meio dela, assumir seus próprios elementos de atuação, sejam eles físicos ou psicológicos (NIETO MARTÍN A. , 2008c, p. 85), razão pela qual a mesma relação funcional justificaria o dever de vigilância da empresa, já que essa é a responsável pelo controle da sua estrutura organizacional (BARBOSA, 2014).

O modelo propõe que, por seu caráter ficcional, à pessoa jurídica não poderia ser imputada ação própria, visto que essa age unicamente por meio da ação dos indivíduos que compõem sua estrutura. Assim, a transferência de responsabilidade teria como pressuposto fundamental o cometimento de ato ilícito por agente da própria empresa que, exercendo seu mandato funcional, atua com o objetivo de favorecimento da corporação (NIETO MARTÍN A. , 2008c, p. 85), seja pela atuação comissiva ou omissiva do agente, sendo desimportante para tal modelo de responsabilização a existência de medidas preventivas tomadas pela própria empresa.

Com o intento de delimitar a atribuição de responsabilidade neste modelo, duas teorias se destacam: a teoria da função e a teoria do interesse. Pela primeira a pessoa jurídica somente irá responder criminalmente pelos atos praticados por representantes ou órgãos que atuem com fulcro na atribuição de poderes de representação e de administração. Por sua vez, a teoria do interesse define que deverão ser imputadas às pessoas jurídicas as ações realizadas por pessoas naturais com interesse ou em benefício da sociedade empresarial. Deste modo, as condutas que não contribuam para a sociedade ou que não lhe tragam nenhuma espécie de ganho não servem para incriminar a empresa, devendo ser responsabilizada somente a pessoa natural que cometeu a ação.

Assim, considerando a vinculação necessária entre a atuação da pessoa física para a responsabilização penal da pessoa jurídica, foram construídos doutrinariamente os seguintes requisitos ou critérios essenciais para que, a fim de estabelecer de forma clara a conexão material entre a ação do indivíduo e o benefício à corporação, essa transferência da

responsabilidade possa ocorrer: i) o autor da infração deve ser diretor, administrador ou representante legal capaz de agir em nome da entidade, dado que as ações de funcionários subordinados não têm o potencial de gerar responsabilidade da organização; ii) a conduta criminosa do dirigente deve ocorrer no exercício de suas funções ou em benefício da empresa; iii) a pessoa física deve ter a intenção de beneficiar a pessoa jurídica, na medida em que casos em que os representantes agem exclusivamente em benefício próprio ou de terceiros não se encaixam para fins de responsabilização da pessoa jurídica, sendo a empresa vítima do crime cometido contra ela (NIETO MARTÍN A. , 2008c, p. 85).²⁰²

Ressalte-se, no entanto, que, embora esse modelo de responsabilização tenha sido considerado em seus primórdios como mais favorável a superação dos tradicionais óbices teóricos a responsabilização penal da pessoa jurídica, ele não se quedou imune a críticas, principalmente por transferir à empresa os elementos subjetivos da ação delituosa da pessoa física de forma objetiva, já que a responsabilidade do indivíduo é simplesmente repassada à pessoa jurídica como decorrência da relação funcional que os vincula e da relação de causalidade entre a ação da pessoa física autora do ato e sua posição na estrutura empresarial (SILVA SÁNCHEZ J.-M. , 2013).

Nessa situação, se estaria, segundo a doutrina, violando o princípio do *non bis in idem*, ao se estabelecer duas sanções para a mesma conduta – tanto para a pessoa física diretamente envolvida quanto para a pessoa jurídica beneficiada – e, de modo mais grave, negando a própria aplicação do princípio da culpabilidade à empresa, ao se criar a presunção

²⁰² É interessante notar que no modelo francês, por exemplo, que se encaixa nessa vertente, a empresa é responsabilizada de forma indireta, focando nos elementos subjetivos da ação, ou seja, o dolo e a culpa, do indivíduo que atua em seu nome. No sistema francês, a teoria do órgão é incontestável, onde a pessoa jurídica não pode ter vontades próprias, sendo seus órgãos ou representantes os responsáveis. Por sua vez, há distinções surgidas no âmbito do direito anglo-saxônico. A primeira, oriunda dos EUA e da doutrina do respondente superior, requer três condições para a transferência da culpa: o ato culposo do agente, alinhado aos propósitos da empresa e em seu benefício. A segunda abordagem, de origem britânica, é a teoria da identificação, que exige que o comportamento tenha sido cometido por um superior, não por qualquer agente da entidade. Algumas versões flexibilizam a conexão entre o superior e o crime, argumentando que o superior autorizou, tolerou ou consentiu a prática criminosa, ou ainda, nas versões mais brandas da teoria da identificação, basta que a infração tenha ocorrido devido a um mau exercício dos poderes de vigilância e controle do superior. A União Europeia e vários sistemas jurídicos aceitam essa versão mais relaxada da teoria da identificação (NIETO MARTÍN A. , 2008c).

absoluta de responsabilidade da pessoa jurídica por ato praticado por uma pessoa física com capacidade diretiva (NIETO MARTÍN A. , 2008c).

Ademais, ao atribuir às empresas uma responsabilidade eminentemente objetiva e automática, tal modelo de heterorresponsabilidade, segundo seus críticos, desconsidera os esforços da pessoa jurídica na implementação de políticas organizacionais e medidas de prevenção ao ilícito, uma vez que basta para a responsabilização da pessoa jurídica a ocorrência de um ato comissivo ou omissivo praticado direta ou indiretamente por membro da direção da empresa, “sem possibilidade de que essa se defenda alegando, por exemplo, que fez todo o possível para impedir a infração” (NIETO MARTÍN A. , 2008b, pp. 88-89). Isso acaba também por desestimular a cooperação das empresas com o poder público na investigação de atividades ilícitas, visto que, ao responsabilizar automaticamente a pessoa jurídica não há incentivo para a corporação colaborar com as autoridades na luta contra a criminalidade.

Além disso, ao requerer a comprovação prévia das condutas ilícitas cometidas por indivíduos dirigentes em nome ou em benefício da empresa, tal modelo de responsabilização impõe sérios obstáculos à criminalização empresarial diante das dificuldades sabidamente conhecidas de individualização das condutas na estrutura de entidades coletiva e por criar um incentivo para que os diretores desloquem a culpa para seus subordinados.²⁰³

À vista de todo o exposto, observa-se uma crescente superação do entendimento de que os modelos de heterorresponsabilização seriam mais adequados para fundamentar, em termos teóricos e político-criminais, a punição de pessoas jurídicas em razão de a teoria que os sustenta não ter sido capaz de endereçar o problema da culpabilidade da empresa, mas, tão-somente, de criar uma transladação da culpabilidade de indivíduos à corporação. É dizer, tais

²⁰³ Ressalte-se que, tanto em países de tradição romano-germânica quanto anglo-saxônica que admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica por transferência, essa não vem mais sendo limitada a atos praticados por altos funcionários ou dirigentes (teoria da identificação), mas, cada vez mais, surgem também possibilidades de incriminação fundamentadas na falta de controle ou supervisão dos subordinados autores de ilícitos, implicando em verdadeira relativização do próprio sistema de substituição, visto que o que é transferido não é apenas a conduta criminosa do empregado, mas sim a violação de um dever de cuidado por parte de um membro do alto escalão empresarial. Assim, a imputação à empresa resultaria de um comportamento do superior que está conectado, não necessariamente de forma criminosa, a uma ação realizada por outra pessoa, ou seja, o superior não transfere para a empresa o ato criminoso, mas sim uma falha diversa, como uma negligência culposa (NIETO MARTÍN A. , 2008b, p. 88).

modelos não tratam da imputação de responsabilidade às pessoas jurídicas, mas sim de sua punição em face de comportamento de pessoas físicas, restando afastado qualquer lastro de avaliação da culpabilidade da própria empresa (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012) (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005).

3.2.2 Modelos de responsabilização direta ou de autorresponsabilidade

Enquanto o modelo de heterorresponsabilização pretendia avaliar a responsabilidade penal da empresa a partir da avaliação da conduta da pessoa física diretamente envolvida, no modelo de responsabilização direta ou de autorresponsabilização a preocupação possui como pressuposto a avaliação do comportamento próprio da pessoa jurídica para, a partir dele, avaliar sua responsabilidade penal (ALBUQUERQUE, 2017).

Emergindo como uma resposta mais adequada para o desenvolvimento do conceito de injusto e culpabilidade aplicáveis às pessoas jurídicas, a responsabilização direta da empresa promove notável giro teórico ao dispor que, ao invés de direcionar o foco da responsabilização sobre os atos dos agentes integrantes da corporação, a responsabilidade das entidades coletivas passaria a derivar da atuação da própria pessoa jurídica e das características de sua auto-organização, implicando, portanto, em uma responsabilidade por fato próprio ou autorresponsabilidade penal, de modo que, embora a ação humana ainda possua relevância para a análise global do comportamento da empresa, esta deixa de ser o centro da avaliação da autoria do ilícito penal da pessoa jurídica. (FEIJOO SÁNCHEZ B. , 2015) pressupõe a análise tanto de um injusto, quanto de uma culpabilidade própria a cada ente (FEIJOO SÁNCHEZ B. J., 2012, p. 71),

Nessa modalidade, portanto, o ato em si não admite qualquer transferência de responsabilidade de pessoas humanas para pessoas jurídicas, permitindo a aplicação de sanções à entidade em resposta a um ato cometido por essa, de acordo com sua própria personalidade sendo a culpa sustentada principalmente pelo defeito de organização, que atribui a responsabilidade à pessoa jurídica por deficiência organizativa, ou pela atitude criminosa do grupo (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2006).

Essa mudança de paradigma, da heterorresponsabilidade para a autorresponsabilidade, reside na necessidade de atribuir à empresa não apenas as condutas de altos dirigentes, mas também de funcionários de baixo escalão. Nesse sentido, a evolução do modelo de responsabilização reflete a busca por um entendimento mais sólido e condizente com a complexidade das atividades empresariais, de modo que a autorresponsabilidade emerge como uma abordagem mais adequada para definir culpabilidade e injusto próprios das pessoas jurídicas, representando um avanço significativo no contexto da responsabilização autônoma das pessoas jurídicas no âmbito do direito penal e implicando em uma reavaliação da própria natureza da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mostrando-se mais adequada tanto pela prescindibilidade da avaliação da conduta do sujeito individual, quanto pela complexidade das atividades empresariais contemporâneas cada dia mais complexas e desafiadoras (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010).

Em última análise, trata-se de um avanço crucial no sentido de garantir a eficácia do sistema jurídico na regulação e punição de condutas ilícitas no âmbito empresarial, razão pela qual torna-se imprescindível avaliar as ramificações teóricas que embasaram o modelo de responsabilidade direta e promoveram maior capacidade para a aferição da culpabilidade própria da pessoa jurídica.

É importante ressaltar que não será feita, no presente trabalho, a exposição de todos os modelos de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Contudo, passa-se a expor os principais ramos do ecossistema teórico que subsidia a construção do mencionado modelo.

Partindo da necessidade de se construir uma argumentação própria para a responsabilização penal da pessoa jurídica, Klaus Tiedemann, embora não reconheça a possibilidade de se aplicar aos entes fictícios o conceito de culpabilidade como reprovação moral, propõe que a alteração do próprio conceito de culpabilidade a partir do reconhecimento de uma culpabilidade social da empresa que residiria na verificação de um defeito de organização, entendido como uma falha da pessoa jurídica que mesmo possuindo o dever de evitar o cometimento de ilícitos em sua estrutura, não atua nesse sentido (BARBOSA, 2014).

Ou seja, de acordo com Tiedemann, a falha na organização empresarial é o cerne da culpabilidade, pois é por meio dela que são estabelecidos os critérios para avaliar a responsabilidade das empresas, mas a responsabilização está condicionada a um fato de conexão, que vincula a ação de uma pessoa física à entidade coletiva (ZULGADÍA ESPINAR, 2008, p. 350).²⁰⁴ Assim, a culpabilidade empresarial se concentraria principalmente na omissão corporativa: a responsabilidade pode ser imputada à empresa quando essa, por meio de seus órgãos ou representantes, se omite ou falha em adotar as medidas necessárias para garantir um funcionamento empresarial ordenado e livre de delitos. (BACIGALUPO SAGESSE, 1997, p. 193). A única exceção a essa regra ocorreria quando se constatado um “excesso de representação” ou abuso funcional por parte do autor do ilícito.

Em essência, essa abordagem não encara a falha de organização como o próprio delito da empresa, mas como a razão pela qual o delito praticado pela pessoa física é imputado à empresa. Em outras palavras, não se trata do objeto da imputação, mas do critério de imputação. Para ilustrar, assim como o indivíduo embriagado é responsabilizado pelo delito subsequente por ter se colocado voluntariamente em estado de embriaguez, a pessoa jurídica também será responsável pelo ato criminoso de seu funcionário por não ter se organizado previamente de modo a evitar esse ocorrido.

Em resposta ao que propõe Tiedemann, Günther Heine amplia a análise da culpabilidade da empresa formulando a teoria conhecida como Teoria do domínio da organização funcional-sistêmico defeituoso. Partindo do pressuposto de que organizações, especialmente as de grande porte, transcendem a mera soma de atividades individuais das pessoas que as compõem, o autor expõe a necessidade de se desenvolver uma forma autônoma

²⁰⁴ Nesse contexto, o autor afirma que os atos lesivos individuais, sejam comissivos ou omissivos, só podem ser considerados como uma "conexão" quando: “[...] (a) vulnerarem obrigações e deveres da pessoa jurídica no exercício de suas atividades sociais, (b) tiverem sido perpetrados direta ou indiretamente (infração do dever de cuidado) por pessoas com capacidade de decisão dentro da pessoa jurídica e (c) tiver a pessoa física atuado por conta e em proveito da entidade coletiva. Apenas quando estas condições forem observadas, é possível dizer que a ação individual representa legitimamente uma ação lesiva própria da pessoa jurídica” (ZUGALDÍA ESPINAR, 2008, p. 351).

de responsabilização penal para pessoas jurídicas, efetivamente desvinculada da responsabilidade aplicada a pessoas físicas.

Para Heine, a criação de um direito penal empresarial original se mostra essencial para incentivar as empresas a controlar e prevenir os riscos sistêmicos decorrentes de suas atividades, os quais podem ter consequências adversas tanto para indivíduos quanto para a coletividade. Para isso, o autor propõe a utilização das categorias já estabelecidas no direito penal - como ação, domínio do fato, injusto, causalidade, culpabilidade, entre outras - como base para a construção de um modelo jurídico-penal autônomo especificamente voltado para empresas para reprimir a elevação de riscos que suas atividades trazem para sociedade (BACIGALUPO, 2011).

Ao criticar, portanto, o pensamento de Tiedemann que condiciona a culpabilidade da organização à identificação de uma decisão individual errônea de um representante da empresa, Heine propõe, em síntese, o estabelecimento de um sistema que, partindo da premissa de que as empresas devem ser encaradas como "garantes do controle", com a responsabilidade de gerenciar os riscos associados à sua atividade, impute sanções à pessoa jurídica pela administração incorreta do risco e pela concretização do perigo que era evitável. Nesse sentido, a responsabilidade penal da entidade coletiva se daria não com base em incidentes específicos em momentos determinados, mas em deficiências duradouras na gestão dos riscos inerentes às atividades que consubstancie um estado de fato culpável. Ou seja, a culpabilidade seria a reprovação à condução inadequada da empresa que perdura no tempo, constituindo um defeito de auto-organização permanente (BARBOSA, 2014, p. 120).²⁰⁵

²⁰⁵ Ao analisar as categorias do Direito Penal, HEINE identifica como condição objetiva de punibilidade a manifestação dos perigos característicos da empresa, resultantes de processos cumulativos originados pela deficiência organizacional. No que tange aos elementos subjetivos, como dolo, culpa e consciência da ilicitude, ele aponta que são determinados por critérios sociais, sendo, de certa forma, mais facilmente discerníveis para pessoas jurídicas do que para indivíduos. O autor destaca a maior capacidade das entidades coletivas de demonstrar conhecimento das diversas normas jurídicas em comparação com pessoas físicas. Por seu turno, em relação "culpabilidade pela condução da empresa", o autor ressalta a importância de o julgador considerar a "individualidade" da pessoa jurídica ao avaliar deficiências organizacionais ou culturais, na tentativa de harmonizar a individualização da conduta com as exigências do conceito de culpabilidade (BARBOSA, 2014, p. 120).

Günther Heine inova ao estabelecer que o fundamento da responsabilidade penal da empresa repousa na posição de garantia de supervisão que ela detém em relação aos riscos originados de sua atividade, de modo que a essência do ato ilícito empresarial estaria na má administração ou gestão defeituosa dos riscos sistêmicos, que culminou na concretização do risco em um resultado prejudicial. Heine, no entanto, busca prolongar o período a ser analisado nesse juízo de reprovação, conferindo grande importância à dimensão temporal: não se trata de uma única falha pontual na organização da empresa, mas, sim, da ausência de manutenção constante de uma organização empresarial adequada ao longo do tempo, capaz de evitar situações prejudiciais a bens jurídicos, o que atua para estimular uma maior responsabilidade corporativa em relação à sua própria organização (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005).

Outra teoria que busca encontrar um modelo de culpabilidade da pessoa jurídica é a formulada por Ernst Lampe, conhecida como teoria do injusto do sistema, o qual propõe que a responsabilização penal das entidade coletiva seja pautada na verificação do caráter revelado pelos valores corporativos desviantes ou filosofia criminógena da empresa. Para o autor, a culpabilidade da pessoa jurídica deve ser baseada na compreensão das relações sociais como o fundamento ontológico do injusto, de modo que não seriam os fatos reais, mas sim as consequências objetivas dos processos sociais, produzidos por pessoas (tanto naturais quanto coletivas), que fundamentam o injusto, pois ambas estão interligadas em um sistema social autopoietico (ALBUQUERQUE, 2017).

Nessa visão, as empresas, enquanto organizações, são responsáveis por produzir relações sociais que, sob uma perspectiva legislativa, podem ser valoradas negativamente como injusto. Essa concepção de culpabilidade, embasada nas teorias dos sistemas sociais autopoieticos, representa uma mudança de paradigma no direito penal na medida em que busca não apenas compreender as ações individuais, mas também analisar as dinâmicas coletivas que permeiam as atividades empresariais. Dessa forma, as empresas com tendência criminal são analisadas não somente pelo resultado lesivo que podem causar, mas também pela sua filosofia e organização, que podem favorecer a prática de delitos. Ou seja, a culpabilidade

corporativa para Lampe decorre da deficiência de caráter da empresa, o que implica na inexistência de causas de exculpação da responsabilidade (ALBUQUERQUE, 2017).²⁰⁶

Posteriormente, Gehard Dannecker avança na teoria de Lampe ao propor que a culpabilidade da pessoa jurídica seja fundamenta em um juízo de reprovação de natureza ético-social, baseando-se na presença de uma filosofia empresarial deficiente ou em uma estrutura organizativa inadequada. A concepção de Dannecker parte da ideia de que o ato injusto está relacionado à existência de uma organização empresarial falha e de uma ética empresarial inadequada, que criam as condições necessárias para a ocorrência do ato injusto (ALBUQUERQUE, 2017).

É importante notar que Dannecker enfatiza que a culpabilidade da pessoa jurídica não está ligada à capacidade de agir de outra maneira, algo que não é aplicável a uma entidade coletiva: visto que a ética da pessoa jurídica é uma ética social, a reprovação está centrada na falta de correção do sistema, podendo, portanto, ser imputada responsabilidade à empresa que não se encontrar em conformidade com exigências legais e éticas que orientem seus objetivos e organização (ALBUQUERQUE, 2017).

Um dos modelos mais importantes e que representou um marco significativo na compreensão da responsabilidade penal das empresas foi, todavia, o modelo construtivista de culpabilidade, formulado por Gómez-Jara Díez, o qual, ancorando-se efetivamente na ideia de autorresponsabilidade empresarial, desvincula-se dos elementos relacionados às pessoas físicas que compõem a estrutura da empresa. Em contraposição à visão convencional da pessoa jurídica como uma entidade legal abstrata, o autor adota uma perspectiva teórica mais abrangente, considerando os entes coletivos em sua concepção material e funciona (BARBOSA, 2014).

²⁰⁶ Esse sistema de injusto ao qual pertence a pessoa jurídica é integrado por quatro elementos básicos: estrutura de organização deficiente, a qual não permite o controle correto dos perigos resultantes da atividade empresarial; considerável potencial de risco derivado do próprio funcionamento da indústria, como riscos ambientais; erosão do conceito individual de responsabilidade penal, incapaz de fundamentar a criminalidade dos entes coletivos; por fim, uma filosofia criminógena, pela qual a pessoa jurídica expõe seus membros e ela mesma a ambientes propícios para o cometimento de delitos (BACIGALUPO, 2011).

Buscando responder às críticas e objeções levantadas em relação às concepções anteriores de culpabilidade empresarial, Gómez-Jara Díez empenha-se em conferir uma dimensão concreta e material à culpabilidade, demonstrando que a responsabilização penal da pessoa jurídica não implica na exclusão automática da responsabilidade penal das pessoas físicas, pois ambas possuem fundamentos autônomos e devem ser compreendidas a partir da complexa teia de responsabilidades em contextos corporativos (BARBOSA, 2014).

Com grande aporte na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o professor espanhol reconhece a empresa como um sistema autopoietico de natureza social, um organismo que se auto-organiza e se reproduz por meio de suas próprias decisões. Isso a torna uma realidade independente do contexto social e humano, uma entidade capaz de construir sua própria realidade a partir de sua lógica interna. Assim, ao aplicar esse paradigma teórico, Gómez-Jara Díez encara a pessoa jurídica como um agente ativo capaz de questionar a vigência da norma, expandindo o entendimento tradicional de capacidade de ação para incluir a capacidade de organização, o equivalente funcional para as empresas. Essa concepção culmina na atribuição de uma cidadania peculiar à empresa, uma cidadania corporativa, fundamentada na liberdade e na capacidade de respeitar ou questionar a norma (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010).

Ao considerar as empresas como entidades dinâmicas e autônomas dentro do sistema social, a responsabilidade da pessoa jurídica passa a repousar na fidelidade ao Direito, o que requer o desenvolvimento de uma cultura corporativa comprometida com a legalidade. Isso vai além do mero cumprimento de normas: trata-se de criar uma estrutura organizativa que garanta a conformidade legal em todos os níveis, com a atribuição de uma cidadania corporativa às empresas, em um contexto em que têm direitos e deveres decorrentes de sua liberdade de autorregulação empresarial. Para o autor, a empresa constrói a sua própria cultura empresarial e, por meio dela, a pessoa jurídica irá basear o seu processo comunicativo, exteriorizando ações concatenadas com o seu código de organização. Estes conceitos são imprescindíveis para a delimitação da responsabilidade penal, pois somente poderão ser imputadas às pessoas jurídicas as ações que sejam resultado da aplicação desta cultura empresarial, caso contrário a responsabilidade cairá no indivíduo praticante da conduta. Ou seja, para o autor, a culpabilidade

empresarial deve ser concebida como um equivalente funcional da culpabilidade individual (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010).

Nesse sentido, o defeito de organização não é o cerne da culpabilidade empresarial no modelo de Gómez-Jara Díez, mas, sim, o injusto praticado pela pessoa jurídica ao não implementar medidas que garantam o cumprimento de seu papel de bom cidadão corporativo, o que se traduz na ausência de ética empresarial ou na falta de uma cultura de cumprimento da legalidade.

3.2.3 Modelos mistos de responsabilização: o modelo de Adán Nieto Martín – adotado nesta tese - de culpabilidade da pessoa jurídica por déficit de autorregulação permanente

Inicialmente, importa registrar que o professor espanhol Adán Nieto Martín desenvolveu um modelo próprio e alternativo de culpabilidade empresarial, baseado nas correntes teóricas apresentadas anteriormente, visando, principalmente, a responder, não a questões de fundo constitucional, mas a aspectos de índole prática relacionadas à política de responsabilização das empresas, ou seja, à eficácia da estratégia regulatória de conformação do comportamento corporativo. Nesse sentido, o autor relembra o significado e utilidade de se responsabilizar as pessoas jurídicas: essa tem e precisa ter por objetivo aumentar a eficácia do Direito na adequação das condutas tanto das empresas quanto dos indivíduos, ou seja, a responsabilidade corporativa não vem para substituir a responsabilidade individual, mas para reforçá-la e torná-la mais efetiva porquanto, na medida em que os entes coletivos adotam medidas de compliance que previnem a prática de atos delitivos, eles estão, em melhores condições que o Estado, controlando de forma mais eficaz o comportamento de seus agentes (NIETO MARTÍN A. , 2008c, p. 126).²⁰⁷

²⁰⁷ Nesse ponto, o autor ressalta que, “pode-se contra-argumentar que tal tarefa pode ser alcançada sancionando-se os diretores e não a entidade. Há, no entanto, e como acredito, boas razões para entender que um direito penal de mão dupla ou “duas pernas” - coletivo e individual - permite atingir esse objetivo de forma mais eficiente: a primeira delas é que somente a responsabilidade criminal da empresa obriga os sócios e a liderança empresarial a abrirem os olhos, e considerarem que faz parte da gestão ordenada da entidade se preocupar com a prevenção de

À vista disso, o modelo misto de imputação de responsabilidade que o autor constrói²⁰⁸ incorpora características tanto dos sistemas de heterorresponsabilidade quanto de autorresponsabilidade, pois, segundo o autor, quatro elementos devem compor o conceito de culpabilidade: a culpabilidade da empresa como cultura corporativa desviada (presente na formulação de Gómez-Jara Díez); a culpabilidade da empresa como defeito de organização (nas teorias de Heine e Gómez-Jara Díez); a culpabilidade da empresa como ausência de um comportamento pós-delitivo adequado (conceito de *reactive fault* de Fisse e Braithwaite);²⁰⁹ e

atos criminosos. Como é do conhecimento de todos, o direito penal da empresa caracteriza-se pelo fato de a responsabilidade muitas vezes resvalar para os escalões médios ou inferiores, de modo que os sócios e administradores normalmente têm pouco a perder e muito a ganhar ao cometer atos criminosos que beneficiem a entidade. Por isso, somente uma sanção que afete o bolso dos sócios, ou o poder ou credibilidade dos administradores, permite a correta distribuição dos riscos derivados do cometimento de um crime. Em suma, trata-se de cumprir outro dos princípios mais simples e vigorosos da teoria organizacional: o meio mais eficaz de controlar externamente uma organização é responsabilizar o mais poderoso tomador de decisões pelo que acontece nela. A segunda razão pode ser assim enunciada: a responsabilidade coletiva não só torna a responsabilidade individual mais efetiva, mas também permite um direito penal material mais simples, menos oneroso e menos lesivo para os cidadãos, evitando o processo de superexploração do direito penal individual em que estamos inseridos. Apenas um exemplo: se uma correta organização empresarial nos permite ser mais eficientes na investigação e sanção dos comportamentos individuais, o legislador pode permitir-se uma redução generalizada das sanções. Ora, como se sabe, à medida que aumenta a probabilidade de punição, diminui a quantidade de sanção necessária para alcançar os mesmos efeitos preventivos gerais. A esses dois argumentos, acrescentaria um terceiro de natureza econômica: a sanção contra a empresa consegue, por um lado, compensar a vantagem anticoncorrencial que obteve com a infração: o valor dos tributos sonegados, ou os valores economizados por não ter os meios de segurança e higiene. Mas também, e por outro lado, dado que a sua responsabilidade o leva a adotar medidas de auto-organização preventivas, a empresa assume assim parte dos gastos públicos gerados pela administração da justiça. Isso mitiga, pelo menos parcialmente, o que os economistas chamam de ‘falhas de mercado’ e também promove a produção socialmente responsável, que está vinculada, como indicado anteriormente, ao debate sobre responsabilidade social corporativa” (NIETO MARTÍN A. , 2008b).

²⁰⁸ Segundo o Professor Adán Nieto Martín, “*los modelos mixtos son aquellos que combinan el modelo de imputación vicarial o de transferencia con la culpabilidad de empresa. Existen, en lo que conosco, tres ordenamientos que han acogido este sistema: USA, Italia y, mui recentemente, Austria.*”. (NIETO MARTÍN A. , 2008c, p. 177).

²⁰⁹ Embora a teoria de Fisse e Braithwaite não tenha sido abordada de forma mais aprofundada neste trabalho, vale registrar que os autores enfatizam em seu modelo teórico a ideia de culpa reativa referente ao comportamento pós-delitivo da empresa. Assim, a culpabilidade da empresa é avaliada a partir de adequação de sua reação concreta face a um ilícito. Se, por exemplo, ao invés de ocultar os fatos, adotou providências de investigação interna, cooperação com as autoridades competentes, reparação voluntária das vítimas e implementação das medidas de organização necessárias para que os fatos não se repitam. Ou seja, diante da complexidade que verificam em se demonstrar uma “intenção” da empresa de delinquir, a concepção teórica que formulam traz uma verdadeira revisão da noção clássica da culpabilidade, fundada especialmente em seu aspecto temporal. Sua apuração será determinada por um ponto de vista *ex post*, ou seja, pela constatação do comportamento empresarial pós-delitivo. É o que denominam de *reactive corporate fault*. Ressalte-se que Fisse e Braithwaite não descuram da possibilidade de haver a responsabilidade do ente coletivo também pela constatação de que ao tempo da prática delitiva, ou mesmo antes dela, a empresa formulou uma política interna de não obediência a deveres de compliance ou foi negligente, não buscando adotar medidas para evitar violações já anteriormente ocorridas. Contudo, os autores escolhem colocar o foco na culpabilidade reativa porque entendem que, em muitos casos, será difícil constatar essa culpa antecedente da pessoa jurídica. Sua racionalidade, portanto, relaciona-se com a ideia de que a adoção de medidas reativas após o delito tem o condão de expressar um maior comprometimento futuro da empresa com a prevenção de danos similares e de contribuir para o avanço do cooperação do setor privado com a detecção, investigação, sancionamento e reparação dos delitos empresariais (BARBOSA, 2014, pp. 130-132).

a culpabilidade da empresa pelo caráter desviante na forma de condução da empresa (presente nas propostas de Heine e Lampe) (NIETO MARTÍN A. , 2008b).

Desse modo, o modelo misto do autor busca combinar o melhor de cada abordagem: de um lado, busca-se os benefícios da facilidade de imputação e da segurança jurídica proporcionados pelo modelo de heterorresponsabilidade, o qual transfere à empresa todos os custos sociais derivados da conduta criminosa; de outro lado, promove-se o estímulo à auto organização das empresas ao estabelecer deveres de compliance que evitem os riscos derivados de suas atividades, transmitindo os custos da prevenção dos fatos delitivos do Estado para as empresas (SARCEDO, 2014).

Nesse contexto, o autor centra o seu conceito de culpabilidade da empresa no déficit permanente de autorregulação, que se traduz nos comportamentos pré e pós-delitivos adotados pela pessoa jurídica manifestados não de forma pontual, apenas em relação ao ilícito investigado, mas adotados de forma contínua pela empresa, aptos a revelar um defeito organizativo permanente. Note-se, portanto, que a dimensão temporal assume um papel relevante na definição da culpabilidade empresarial para Adán Nieto Martín, na medida em que não bastará a prática delitiva para o sancionamento da empresa, mas a demonstração de que tal delito deriva de uma falta de organização não pontual, mas estável.

Pela clareza e relevância da proposta, não apenas teórica, mas legislativa, que o autor formula, pede-se vênica para a transcrição do texto (NIETO MARTÍN A. , 2008c)

As diferentes formas de culpa da empresa que acabam de ser expostas podem ser reduzidas a dois aspectos essenciais: que condensa na fórmula do defeito permanente de organização.

O primeiro elemento-chave da minha proposta é a ideia de culpa corporativa como um defeito organizacional na gestão empresarial. Na realidade, trata-se de algo tão tangível quanto os administradores adotam medidas razoáveis de controle e gestão, não muito diferentes daquelas adotadas para atingir seus resultados econômicos, a fim de prevenir ou dificultar a prática de atos criminosos, dolosos ou temerários, por seus empregados, e caso estes sejam cometidos - e aqui entre responsabilidade reativa e subsidiária - permitir que a empresa localize o infrator e repare o dano. Necessariamente dentro dessas medidas, destaca-se a implementação da ética empresarial. Pois bem, uma boa organização empresarial é aquela que, além dos benefícios, busca gerar uma cultura corporativa que estimule o respeito à lei.

O segundo eixo para entender a culpa da empresa é sua estrutura temporária diferenciada. Só há culpa da empresa se o comportamento criminoso individual evidenciar um defeito organizacional permanente. Comportamentos individuais isolados, desvinculados de organização estável ou defeitos estruturais não dão origem a responsabilidade. Esse caráter permanente da culpa empresarial explica a importância que a culpa reativa, comportamento pós-crime, tem no direito penal coletivo, pois é um indicador tão poderoso da natureza estrutural do defeito organizacional, quanto a adoção de medidas proativas voltadas à prevenção.

Levar a sério a culpa da empresa como um defeito organizacional permanente significa que: Em primeiro lugar, conforme estabelecido no artigo 2º da minha proposta, não há responsabilidade da pessoa jurídica se não ficar comprovado que o crime é justamente uma manifestação de violação continuada dos deveres organizacionais. Em segundo lugar, a distinção entre crime tentado e consumado é muito menos importante no direito penal coletivo, em ambos os casos se revela uma organização empresarial defeituosa. Em terceiro lugar, implica considerar que a reincidência deve ter grande importância como circunstância agravante, pois é um indicador preciso da permanência do defeito organizacional na corporação. Quarto: O comportamento pós-criminal, a culpa reativa, também é mais importante na determinação da sanção.

Tendo visto o desenho geral da culpa da empresa, a seguir gostaria de abordar duas questões que dizem respeito a aspectos mais detalhados. Assim como existem pessoas físicas que não podem ser acusadas ou menores, há equivalente a essa categoria no direito penal das pessoas jurídicas? Bem, neste ponto acho que deve ser incluída a proposta de Carlos Gómez Jara. As pequenas empresas – que na minha proposta são aquelas com menos de 50 empregados – não devem ser responsabilizadas. Não possui um grau de complexidade organizacional suficiente para ser capaz de distinguir entre seus resultados e os das pessoas individuais por trás deles. Como se vê, a responsabilidade das pessoas jurídicas não se opõe à política jurídica que em outros setores do direito se expressa através da teoria do levantamento do véu.

O segundo caso de incompetentes são empresas de fachada criadas ad hoc para a prática de atos criminosos, mas que não exercem nenhuma atividade comercial. Dado que essas empresas nada mais são do que instrumentos nas mãos dos responsáveis pelo crime, as sanções a serem impostas estão mais próximas da natureza das consequências acessórias impostas aos autores individuais que são privados de um instrumento objetivamente perigoso. Neste sentido, a arte. 2.4 da minha proposta coincide com o art. 297 bis do Projeto de Reforma, que em consonância com o discutível crime de criação de empresas de fachada, estabelece o fechamento das instalações ou a dissolução.

Dito isto, acredito sinceramente que uma das virtudes do modelo legislativo que apresento é que tem quatro níveis diferentes de intervenção: o previsto para pequenas empresas com menos de 50 trabalhadores onde não estabeleço qualquer tipo de responsabilidade; a das empresas criminosas onde as sanções a serem impostas são, na verdade, consequências acessórias da responsabilidade individual; a de empresas de médio porte - menos de 250 trabalhadores - com capital concentrado onde é possível compensar sanções entre pessoas físicas e jurídicas; e a das empresas com mais de 250 colaboradores, para as quais se aplica integralmente a dupla responsabilidade.

O segundo estudo detalhado responde a esta pergunta: o grau de culpabilidade da pessoa jurídica, tal como sustenta este modelo, é absolutamente independente do ato cometido pela pessoa física? Bem, na minha opinião, se existe uma relação estreita entre as duas culpas, na verdade acredito que a culpabilidade da empresa não pode ser determinada sem conhecer certas características do comportamento individual. Portanto, como aponto no art. 4 da minha proposta: a culpabilidade da pessoa física e da pessoa jurídica são duas grandezas independentes, mas, por sua vez, intimamente relacionadas. Isso implica, entre outras coisas, que um único processo seja conveniente para elucidar ambas as responsabilidades, e que, como regra geral, apurar

e avaliar a responsabilidade coletiva implica determinar todos os detalhes da responsabilidade individual.

Na minha opinião, o aspecto mais revelador para apurar o grau de culpa da empresa é justamente o nível hierárquico do infrator. Os deveres organizacionais devem ser maiores para garantir que os gerentes cumpram a lei, do que para os funcionários. A prática do crime por um alto funcionário da entidade implica que existe uma má cultura corporativa, e que nenhuma das medidas organizacionais que possam ter sido adotadas é credível. Essa relação não passou despercebida por muitos legisladores. Assim, nas diretrizes norte-americanas, quando a infração é cometida por “pessoa de alto nível”, a pena a ser imposta é consideravelmente agravada, presumindo-se também a culpa da empresa. O Decreto Legislativo italiano de 2001 também destacou este aspecto, aceitando na verdade dois modelos de imputação. Mas o mais importante é que as Decisões-quadro da União Europeia, quando estabelecem a responsabilidade coletiva, determinam que sanções mais graves devem ser estabelecidas se o crime tiver sido cometido por um diretor da entidade, do que por um subordinado. Por isso, surpreende que no Projeto de Reforma, embora estabeleça dois pressupostos de imputação distintos no art. 31 bis, seguindo as orientações das decisões-quadro, então não extrai nenhum tipo de consequência ao calibrar as penalidades a esse respeito. Além disso, a relação de complementaridade, entre a responsabilidade individual coletiva, em nada impede que a responsabilidade da pessoa jurídica permaneça independente, fato que explica o teor do art. 4 da minha proposta segundo a qual, por exemplo, a responsabilidade da empresa subsiste mesmo que em alguns casos não seja possível identificar o responsável concreto, a pessoa singular que pratica o ato ilícito não seja responsável ou haja motivos para escusa de que não têm de afetar a pessoa colectiva.

Tudo o que acaba de ser indicado até aqui, constitui as principais vigas do sistema de imputação que proponho. Agora, dito isso, estou ciente de que minha proposta ficaria no ar se eu não pudesse oferecer explicações sobre uma questão essencial: o que é organizar bem uma empresa? Pense, por exemplo, que a Enron foi um dos grandes exemplos de empresa inovadora, bem-organizada e socialmente responsável, e que tinha todos os tipos de produtos éticos: Códigos de Ética, comitês, um hotline para denunciar atos ilícitos e treinamentos constantes de “ética” para seus funcionários. etc. Bem, em relação a esta questão, a primeira coisa que deve ser apontada é que talvez nos aconteça um pouco como o famoso personagem de Molière que falava em prosa sem saber. Nas últimas duas décadas, por diversos setores do ordenamento jurídico, vêm sendo introduzidas com grande velocidade regulamentações que, na verdade, impõem deveres de organização de conteúdos semelhantes aos ora descritos. No quadro puramente legislativo, os casos mais claros são os do RD 54/2005 em matéria de branqueamento de capitais, RD 604/2006 relativo à prevenção de riscos laborais, RD 629/1993, que obriga as empresas que prestam investimento a estabelecer códigos internos de conduta ou recentemente o Projeto de Lei de Responsabilidade Ambiental que também exige a adoção de medidas de prevenção e reparação. Neles, tais instrumentos nucleares já são desenvolvidos para uma correta organização empresarial, no sentido que aqui se sustenta, tais como: a necessidade de dispor de normas de conduta ou códigos de prevenção e de formar os trabalhadores da empresa no seu cumprimento; avaliação de risco, avaliação de risco, vital ao projetar códigos de prevenção; a importância de que a responsabilidade pela prevenção seja assumida em todos os níveis hierárquicos, principalmente os administradores, e que haja pessoas especificamente responsáveis por sua execução – que não são outros senão os chamados diretores de ética ou compliance; a necessidade de revisar periodicamente os planos de conformidade etc

Mas a organização empresarial destinada a prevenir atividades criminosas também está sendo introduzida na prática empresarial espanhola através da *soft law* das convenções internacionais e, como já sublinhei, a boa governança corporativa. Nesse sentido, basta ler os relatórios da OCDE sobre corrupção, que exigem a proteção de denunciantes ou denunciantes cívicos, ou os Códigos de Boa Governança, que na

verdade são programas de compliance destinados a prevenir crimes corporativos e bolsistas.

Para ser breve, destacarei apenas o aspecto de minha proposta que mais me distancia do "modelo norte-americano": embora os códigos de prevenção sejam um caso de autorregulação, esse conceito, como é entendido atualmente, como um produto entre intervencionismo e voluntarismo, não contraria a intervenção da administração que, além de dar critérios mais ou menos gerais sobre como deve ser a autorregulação, também pode e deve dialogar com a empresa para desenhar os aspectos de um sistema específico de compliance e até, se necessário, intervir diretamente e obrigar uma empresa a tomar determinadas medidas.

Por outro lado, e para além do legislador dar orientações gerais, é aconselhável que os sindicatos, organizações empresariais, representantes de interesses coletivos, como ONG, e outros sectores interessados intervenham na elaboração do Código de Prevenção. Essa forma de autorregulação regulada corresponde a propostas teóricas atuais como a lei reflexiva de Gunther Teubner ou a regulação cooperativa como entendida, por exemplo, por John Braitwaite e Ian Ayres. [...]

Lamentei no início da minha intervenção, a escassez do debate doutrinário sobre o sistema de imputação mais adequado para a pessoa colectiva, pois bem, a situação é muito pior em termos de consequências jurídicas. Por isso, na fronteira com o estudo das diferentes sanções, vou me debruçar sobre uma questão mais abstrata e fundamental, como a que diz respeito às finalidades da punição no direito penal coletivo.

Nesse caso, a primeira constatação é que os termos prevenção geral e especial são enganosos.

No direito penal coletivo, o objetivo principal da sanção é a auto-organização da empresa, fim, se quiserem, muito mais próximo da prevenção especial na medida em que equivaleria à ressocialização de pessoas jurídicas. Isso não significa, é claro, que a sanção não possa servir a outros propósitos, como reparação, inocuidade ou prevenção geral positiva, mas estes, embora importantes, são um tanto incidentais ou circunstanciais.

Dito isto, a discussão é mais sobre como atingir esse objetivo. E é aqui que encontramos uma disputa acirrada entre os defensores do que se chama de modelo econômico e os defensores do que se chama de modelo estrutural. Para o primeiro, cujos principais mentores são o Prêmio Nobel de Economia Guy Becker e o chefe de Direito e Economia, Richard Posner, a maneira mais fácil de conseguir a autorregulação é uma multa. Seu raciocínio se baseia na visão da empresa como um ator racional, que busca maximizar seu lucro, portanto, se estiver ameaçada de prejuízo econômico, ela se organizará, e também o fará da forma mais eficiente possível, para que essa ameaça não seja realidade. Adeptos do modelo estrutural, como o professor John Coffee, da Columbia University, têm uma imagem muito menos idealizada e muito mais irracional da forma como uma empresa opera, e também consideram que a multa, calculada da forma proposta pelos economistas (ou seja, : possibilidade de lucro, possibilidade de descoberta) tem problemas notáveis em se tornar efetiva. Por isso, propõem sistemas de multa alternativos como modelo de sanção - como a multa justa-, e acima de tudo estão comprometidos com a necessidade de aplicar a liberdade condicional às pessoas colectivas, pelo que um oficial de justiça, curador ou supervisor judicial é quem estabelece as medidas organizativas necessárias.

A minha posição a este respeito é consequência direta da minha concepção da responsabilidade penal das pessoas colectivas como um defeito permanente de organização. O importante é oferecer ao juiz uma ampla gama de sanções, configurados de forma flexível, que lhe permitem, em cada caso, desenhar na sua sentença um tipo de sanção que se adapte à personalidade da empresa infratora.

Como você pode ver, é um sistema muito mais próximo da lógica das medidas de segurança do que da punição. A ideia, como se verificará, não está muito longe do que Liszt expôs em sua época em seu famoso programa Marburg.

Como acredito, o juiz deve ter a capacidade de proferir quatro tipos diferentes de sentenças: o primeiro tipo de pena, provavelmente o mais comum, seriam aquelas destinadas a motivar a autorregulação, seus destinatários seriam os criminosos ocasionais, ou seja, as empresas que não reincidentes e nas quais não há relação estreita entre os gestores e o crime. Diante desse tipo de sociedade, é de se esperar que a simples ameaça e, se for o caso, a aplicação da multa, produza os efeitos autorregulatórios almejados com o direito penal coletivo. A pena reabilitadora - segundo tipo - deve, pelo contrário, ser imposta às empresas "corrigíveis", em que o juiz prevê que a autorregulação não é possível, seja porque são reincidentes múltiplos ou porque os seus dirigentes estiveram fortemente envolvidos no cometimento do criminalidade, ou porque não conseguem pôr fim às suas deficiências organizacionais. A sanção a ser utilizada neste caso seria a supervisão judicial. A pena inócua é aquela que deve ser imposta às empresas perigosas, ou seja, aquelas que, ao continuarem sua atividade, colocam em risco bens jurídicos como a saúde coletiva, o meio ambiente ou os trabalhadores. As sanções inócuas são a supervisão judicial, que visa, por exemplo, a imposição de um plano de prevenção de riscos laborais, juntamente com as sanções de interdição que paralisam a atividade do empresa enquanto ela está sendo reorganizada. A sentença reparadora constitui a quarta classe de resolução. A finalidade remediativa, como entende minha proposta, é mais ampla do que a responsabilidade civil. Assim, por exemplo, se a empresa for a que melhor se encontra em condições de reparar o dano, a reparação seria efetuada através de trabalho em benefício da coletividade, acompanhado, se for caso disso, de supervisão judicial, de forma a verificar a sua correção. Também é possível pensar em medidas de reparação simbólicas.

Logicamente, esses tipos de frases não devem ser vistos como compartimentos estanques. Nada impede, por exemplo, a aplicação de uma multa e a sujeição da empresa a um regime de supervisão judicial. Ou estabelecer uma sanção reabilitadora, acompanhada de alguma sanção liminar. Logicamente, a sanção resultante deve ser proporcional ao defeito de organização da empresa, no quadro da infração cometida.

Observa-se, do exposto, que o caráter estrutural do defeito de organização assume papel central na definição da culpabilidade para Adán Nieto Martín. Mas o que configura esse déficit permanente de autorregulação, apto a ensejar a responsabilização da empresa, para o autor? Em primeiro lugar, faz-se necessário, para o autor que o ilícito seja comprovado (e esse se constitui exatamente na violação continuada dos deveres organizacionais). Em segundo, embora o direito penal trabalhe com a distinção entre crime tentado e consumado, na responsabilização da pessoa jurídica essa diferenciação se mostra indiferente, pois em ambos os casos a organização empresarial defeituosa é revelada. Em terceiro lugar, implica considerar que a reincidência deve ter grande importância como circunstância agravante, pois é um indicador preciso da permanência do defeito organizacional na corporação. Em quarto, o comportamento pós-criminal, a culpa reativa, também deve ser, segundo o autor, mais importante na determinação da sanção do que a culpa anterior.

Mas veja que a concretização do conceito de culpabilidade empresarial de Adán Nieto Martín se perfaz por meio da congregação de diversos aspectos derivados dos modelos

dogmáticos de culpabilidade empresarial. Nesse sentido, entende o autor que a ética empresarial deve ser compreendida não no seu aspecto negativo, de se demonstrar que sua ausência incitou ou influenciou no comportamento delitivo no bojo do ente coletivo. Ao contrário, a valoração dessa ética deve se pautar pela constatação da ausência de esforços, por parte da empresa, para implantar uma cultura de respeito à legalidade, evidenciando, assim, um defeito de organização. (BARBOSA, 2014).

Além disso, destaca-se a preocupação do autor com a dimensão temporal da culpabilidade empresarial, na medida em que não basta a configuração da prática delitiva para o sancionamento da empresa, mas se requer a demonstração de que tal delito deriva de uma falta de organização não pontual, mas permanente, o que incentiva a autorregulação e a adoção dos deveres de vigilância.

Posteriormente à formulação do modelo teórico e da respectiva proposta legislativa de responsabilidade da pessoa jurídica colacionada acima, o mestre espanhol, admitindo o desafio de se proceder, na prática, no âmbito de um processo sancionador, à verificação da culpabilidade da empresa pela infração continuada de não adoção de medidas preventivas aptas a prevenir a ocorrência do delito a partir de critérios concretos e objetivos, aprofundou o seu modelo teórico para incorporar os programas de compliance como parâmetros para o julgamento dos casos. Nesse sentido, o autor formulou uma sofisticada metodologia que propõe um teste de adequação abstrato-concreto para a avaliação da eficácia e efetividade desses programas (NIETO MARTÍN A. , 2013).

A primeira parte do teste examina a eficácia abstrata do programa de *compliance* e sua implementação. A autoridade deve analisar, nesse momento, por exemplo, se houve treinamento para os funcionários, se o canal de denúncias funciona, se sanções disciplinares por violação do código de ética, se os procedimentos são geralmente aplicados, a revisão periódica e adaptação do programa. A verificação da eficácia em abstrato tende, sobretudo, a verificar se a direção da empresa tem feito sérios esforços para criar uma cultura de legalidade e estabelecer controles adequados e não tanto para ver o que aconteceu no momento passado ao caso concreto.

A segunda parte do teste consiste em examinar a existência de medidas de prevenção para eventos semelhantes aos ocorridos e explicar por que falharam. As

características desse teste dependem, segundo o autor, do grau de desenvolvimento e padronização das medidas de prevenção para cada potencial risco de ocorrência de um ato delitivo.²¹⁰ Com esses limites, a forma sugerida para aplicação do teste é verificar se o autor do ilícito, para cometê-lo, teve que se esquivar de algum dos mecanismos de controle estabelecidos pelo programa de compliance da empresa ou violar qualquer obrigação específica prevista nos regulamentos internos.

As duas partes do teste de adequação proposto são sequenciais. A não aprovação na primeira parte do teste indica que a empresa tem um grau muito alto de culpabilidade organizacional. A falta das estruturas básicas do sistema de compliance indica que a gestão da empresa e seus administradores mostram-se completamente despreocupados em implantar uma cultura de legalidade na empresa. Esse alto grau de culpabilidade pode levar, por exemplo, no sistema espanhol, a medidas mais drásticas do que uma multa imposta à empresa, como intervenção judicial ou sanções de interdição. Com efeito, não há que se falar em medidas de prevenção para crimes específicos quando não foram criados instrumentos de gestão e procedimentos básicos. O "básico" pressupõe uma condição de eficácia do "específico". A não aprovação no teste específico não indica falta de preocupação por parte da gestão da empresa em implantar uma cultura de legalidade, mas sim uma falha na execução do programa ou no desenho de um aspecto específico. A adoção de medidas concretas de prevenção. O fato de o programa de compliance ter falhado no prazo, apesar de seu bom desempenho de forma geral e contínua, indica um menor grau de defeito organizacional que deve ser levado em consideração na determinação da sanção.

O teste em particular, no entanto, segundo o autor, afigura-se essencial quando um administrador ou alguém da alta administração da entidade esteve envolvido no evento ou o tolerou. Isso porque, como mostra o direito penal espanhol (artigo 31 bis 1, primeiro parágrafo), é muito difícil que, nos casos em que um superior da pessoa jurídica tenha participado do crime, a empresa possa se eximir ou se distanciar do fato, pois nessas situações há uma forte presunção

²¹⁰ Para o autor, as medidas adotadas para prevenir a corrupção não são – e não podem ser – as mesmas para, por exemplo, prevenir a prática de atos antitruste. Cada tipo de risco de ocorrência de atos delitivos deve ser enfrentado por medidas de vigilância e controle que são, muitas vezes, próprias e específicas a cada situação. Uma maior especificação do teste específico só será possível na medida em que se alcançar uma maior padronização e desenvolvimento das medidas específicas para a prevenção de determinados crimes e suas diferentes formas de manifestação (NIETO MARTÍN A. , 2013).

de que houve falha no sistema de vigilância da empresa e de que ela não está devidamente organizada, aplicando-se, pois, o modelo vicarial de responsabilidade.²¹¹

À vista de tudo quanto exposto, denota-se que os programas de compliance desempenham, no modelo teórico de Adán Nieto Martín, papel fundamental na determinação da culpabilidade empresarial e na avaliação da eficácia das medidas de organização adotadas pela empresa, na medida em que funcionam como referencial para o julgador ao analisar a capacidade da empresa em se auto-organizar para prevenir e detectar infrações. Sob essa perspectiva, portanto, a análise do defeito permanente de organização, ou na expressão de Nieto Martín, de autorregulação, não deve ser fragmentada, mas sim compreendida a partir de uma visão holística do comportamento da empresa e da adequação de seu programa de compliance como um todo. A eficácia dos programas para prevenir crimes depende da existência de procedimentos internos e do compromisso da gestão em promover uma cultura de legalidade e um sistema de denúncias eficaz. Dessa forma, a avaliação da culpabilidade empresarial deve levar em conta não apenas as medidas específicas de prevenção, mas também o comprometimento da empresa em criar um ambiente ético e de conformidade com a lei (NIETO MARTÍN A. , 2013).

3.3 A culpabilidade da pessoa jurídica na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros: um debate inconcluso

Conforme exposto no tópico anterior, diversos foram os modelos estruturados para conferir maior racionalidade à responsabilização penal das pessoas jurídicas. Se, por lado, pode-se afirmar que o modelo de heterorreponsabilidade inaugura o debate sobre responsabilização

²¹¹ Segundo o autor, o envolvimento de administradores ou gerentes geralmente mostra que, embora a empresa tenha gastado grandes somas de dinheiro na implantação do programa de compliance, o fez pensando mais como um "sistema de seguro" contra multas, do que com a intenção de criar uma verdadeira cultura da legalidade. Em outras palavras, o envolvimento destas pessoas singulares faz com que o teste abstrato não seja um bom indicador do esforço de cumprimento da entidade, pelo que, nesses casos, mostra-se decisivo o teste específico consistente em verificar se existia efetivamente um sistema de controle direcionado especificamente para a prevenção de atos criminosos de administradores e pessoas com poderes semelhantes. Todavia, o autor reconhece que, em alguns casos, mesmo quando o crime foi cometido por um administrador, o teste em abstrato pode fazer sentido. Existem empresas, como os grupos de empresas, onde vários centros de gestão podem funcionar de forma autônoma, para que a prática de um crime pelo administrador de uma das pessoas coletivas que o integram não desacredite os esforços preventivos desenvolvidos pela gestão de o grupo que promoveu um programa de conformidade comum. (NIETO MARTÍN A. , 2013).

penal corporativa, por outro, infere-se que é a partir das teoria da autorresponsabilidade que se inicia verdadeiramente o desenvolvimento de teorias destinadas a analisar e parametrizar a avaliação da culpabilidade da pessoa jurídica no direito penal brasileiro que, conforme se passa a expor, foi incorporado, ainda que de forma mitigada, no direito brasileiro.

O modelo de responsabilidade penal brasileiro, baseado em um sistema de culpa própria e de imputação individualizada consagrado na Parte Geral do nosso Código Penal. Assim, o administrador ou funcionário da pessoa jurídica responderá criminalmente apenas em razão de sua ação ou omissão (quando a omissão for imputável) em condutas ilícitas e na medida da sua culpabilidade. Isto é, como regra central, imputa-se responsabilidade àquele que com sua ação ou omissão deu causa ao resultado, na medida de sua culpabilidade (CP, arts. 13 e 29). No âmbito do processo penal esta regra se desdobra na necessidade de que as condutas sejam bem descritas e particularizadas já no momento da dedução de acusação (CPP, art. 41) e, evidentemente, que a condenação seja expressão da verificação da culpa individual do acusado, recebendo este também uma pena determinada a partir de circunstâncias judiciais individualizadoras (CP, art. 59).

Neste tipo de sistema, fundado na responsabilidade individual, as regras de imputação enfrentam obstáculos para serem aplicadas no âmbito da empresa. Notadamente, quando analisados os cânones hermenêuticos que, desde a Constituição Federal de 1988, dividem-se em três fases. A primeira, marcada pela impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica; a segunda, na qual a responsabilidade da pessoa jurídica passa a ser aferida em conjunto com a responsabilidade penal da pessoa física; e a terceira, fase central para a compreensão da culpabilidade da pessoa jurídica na jurisprudência brasileira, na qual a autorresponsabilidade penal da empresa passa a ser considerada passa a ser reconhecida independentemente da conduta da pessoa física, partindo da identificação da responsabilidade social da corporação como fundamento da sanção.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 trouxe, em dois de seus artigos, disposições relativas à responsabilidade da pessoa jurídica pela prática de atos ilícitos. Nos termos do art. 225, §3º, da CF/88 “as condutas e as atividades consideradas lesivas ao meio

ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Por sua vez, no §5, do artigo 173, previu que “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. Para regulamentar estes dispositivos, editou-se em 1998 a Lei nº. 9.605 (Lei dos Crimes Ambientais), que previu expressamente, em seu artigo 3º, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica.

Feitas tais considerações acerca do arcabouço legal que inaugurou a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, seja na dimensão constitucional, seja na infraconstitucional com a edição da LCA, infere-se que o reconhecimento da autorresponsabilidade da empresa centrou-se nas condutas e nos responsáveis por danos ao meio ambiente que, agora amparada pelas normas supracitadas, foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto a aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no âmbito dos crimes ambientais enfrentou durante anos uma série de obstáculos e só mais recentemente a questão foi superada no âmbito da jurisprudência – já que por parte da doutrina nacional não só ainda há forte resistência à adoção do instituto, como alguns autores mantêm o entendimento acerca de sua inconstitucionalidade a despeito da decisão do STF que pôs fim ao prolongado debate ao reconhecer a constitucionalidade do art. 3º da Lei no 9.605/98.

Contudo, o debate doutrinário brasileiro, ao se debruçar sobre o tema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, centrou-se, fundamentalmente, na questão da constitucionalidade deste instituto e sua compatibilidade com as categorias de ação e de culpabilidade, estruturantes do conceito de delito. Neste sentido, dedicou-se pouco à discussão prospectiva sobre a melhor forma de lidar com o problema de atos ilícitos praticados no âmbito ou por meio das empresas, modelos de regulação e as diferentes possibilidades de conformação de um sistema de responsabilização da pessoa jurídica, o qual pode assumir arranjos a partir de

distintas áreas do Direito, de distintos critérios de imputação e de variações também em relação ao tipo de sanção aplicada.

Por tal razão, a análise da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) mostram-se relevantes para compreender em que medida as três fases de debates acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica revelam eventual aprofundamento das Cortes quanto a culpabilidade da empresa, bem como sobre o modo pela qual a controvérsia acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica ampliou, em certa medida, as possibilidades de responsabilização da empresa.

Com efeito, observa-se que não obstante a previsão expressa contida na Constituição e no art. 3º da Lei no 9.605, de 1998, tanto no STJ, quanto no STF, continuou a prevalecer o entendimento acerca da impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica. Nesse contexto, na ocasião do julgamento do RHC 66.102/SP, de Relatoria do Ministro Moreira Alves, o STF, orientado pela noção de que a imputação penal seria veiculada pela vontade humana e por ela governada, manifestou-se no sentido de afirmar a irresponsabilidade penal da empresa.²¹²

Em que pese a ausência de maior detalhamento teórico sobre a orientação doutrinária adotada no mencionado voto, prevaleceu o entendimento dominante à época de que pessoa jurídica seria apenas uma ficção legal, uma abstração jurídica, e, portanto, não possuiria capacidade para ser considerada como sujeito ativo de um crime, de modo que somente as pessoas físicas teriam a capacidade de ação, compreensão e vontade, sendo a culpabilidade um

²¹² HABEAS CORPUS. DEFRAUDAÇÃO DE PENHOR (ARTIGO 171, PARAGRAFO 2, III, DO CÓDIGO PENAL). ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA O INQUERITO POLICIAL. - O DELITO DE DEFRAUDAÇÃO DE PENHOR TEM COMO SUJEITO ATIVO O DEVEDOR, MAS SENDO ESTE UMA PESSOA JURÍDICA, QUE, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, E IRRESPONSÁVEL PENALMENTE, SERÁ AUTORA DO CRIME A PESSOA FÍSICA QUE AGIR EM REPRESENTAÇÃO, POR CONTA OU EM BENEFÍCIO, DA PESSOA JURÍDICA. - NO CASO, O RECORRENTE É O SOCIO-GERENTE DA SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA, E ALIENOU O BEM FUNGÍVEL DADO EM PENHOR MERCANTIL EM BENEFÍCIO DA EMPRESA, RESPONDENDO, POR ISSO, EM TESE PELO ATO PRATICADO. A QUESTÃO, ASSIM, NÃO É DE NATUREZA EXCLUSIVAMENTE CIVIL, POIS NÃO ESTÁ ELA SENDO INVESTIGADA EM INQUERITO POLICIAL, PELA OCORRÊNCIA DE INFIDELIDADE DO DEPOSITÁRIO, QUE, NA ESPÉCIE, E TAMBÉM O PRÓPRIO SOCIO-GERENTE. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (RHC 66102, Relator(a): MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 03/05/1988, DJ 01-07-1988 PP-16900 EMENT VOL-01508-02 PP-00392)

atributo exclusivo das pessoas naturais e impossível de ser atribuída a uma pessoa jurídica. (DOTTI, 2001)

Posicionamento similar foi adotado pelo STF no julgamento do HC 83.301/RS, julgado em 2004, no qual entendeu-se pela impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, mesmo que por danos ambientais, levantando-se inclusive, em *obiter dictum*, pela inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de Crimes Ambientais que prevê a responsabilização penal da pessoa jurídica.

Todavia, rompendo com o entendimento até então vigente, tanto a Suprema Corte, quanto o Superior Tribunal de Justiça, em giro interpretativo, alteraram seus entendimentos em relação à responsabilidade penal da empresa, reconhecendo tanto a possibilidade da pessoa jurídica em compor o polo passivo da ação penal, quanto sua responsabilização pelo cometimento de delitos ambientais, desde que denunciada concomitantemente com a pessoa física que, agindo em seu interesse ou dele se beneficiando²¹³.

Diante desse contexto, merece destaque o julgamento do REsp 564.960/SC²¹⁴ que, superando o brocardo *societas delinquere non potest* e preceitos da teoria clássica do direito

²¹³ Nesse sentido, observa-se a partir do julgamento pelo STJ do REsp 564.960/SC em 02.06.2005, relatado pelo Ministro Gilson Dipp, e do HC 83.554/PR em 16.08.2005 pelo STF, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, a ratificação do entendimento até então vigente no sentido da responsabilização da pessoa jurídica que cometer ilícitos contra o meio ambiente, amparando-se, para tanto, tanto no que dispõe o artigo 225, §3º, da CF/88, quanto na expressa previsão de responsabilização das corporações prevista no artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais.

²¹⁴ Ementa: CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como, graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial. II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente. III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e

penal, reconheceu que a responsabilização penal da pessoa jurídica advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma de prevenção geral e especial inerente ao conceito de culpabilidade da empresa, o qual entendeu denotar responsabilidade social, devendo, portanto, ser limitada à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. Nesse sentido, a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça foi a de que não há ofensa ao princípio constitucional de que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado...’, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

Apesar de vincular a responsabilização da pessoa jurídica a intervenção da pessoa física e estabelecer critérios para a referida responsabilização, infere-se que a Corte conferiu centralidade à ideia de indissociabilidade entre os conceitos de culpabilidade e responsabilidade social para fundamentar a sanção penal. Assim, poder-se-ia imputar, exigir e atribuir responsabilidade penal à pessoa jurídica, ante a culpa social a ela inerente e que, diferentemente da culpa tradicional, compreenderia a responsabilização de todos os envolvidos no delito na medida de sua culpabilidade, sendo, portanto, um preceito constitucional que, a despeito dos obstáculos em sua aplicação, deve ser acolhido ante a previsão expressa na lei ambiental.

pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII. "De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado." IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A coparticipação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade.

X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado...", pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.

XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

(REsp n. 564.960/SC, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 2/6/2005, DJ de 13/6/2005, p. 331) - grifou-se

À vista disso, prevaleceu o entendimento na Corte de que a responsabilização penal da pessoa jurídica seria não apenas decorrente do comando constitucional e legal, como também pressuposto da responsabilidade social da pessoa jurídica, limitando-se apenas a imprescindibilidade de coautoria com a pessoa física, devendo esta ter agido com elemento subjetivo próprio, aplicando-se, portanto, a chamada teoria da dupla imputação necessária.

No entanto, a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica baseada na teoria da dupla imputação foi mantida até o julgamento do RE 548.181/PR, de relatoria da Ministra Rosa Weber, no qual a Corte reconheceu que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa, entendendo pela inexistência de óbice à responsabilização autônoma da pessoa jurídica e afastando, assim, a necessidade de processamento concomitante da ação penal em face da pessoa física e da pessoa jurídica²¹⁵.

A nova abordagem hermenêutica aplicada ao art. 225, §3º, da Constituição Federal deu-se graças ao reconhecimento pela Suprema Corte de novos fundamentos criminológicos, político-criminais e dogmáticos jurídico-penais, no sentido de que restringir a aplicação do art.

²¹⁵ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (RE 548181, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00464).

225, §3º, da Constituição a uma imputação apenas à pessoa física seria inadequado, visto que contraria a intenção expressa do constituinte de não apenas ampliar as sanções penais, mas também evitar a impunidade por crimes ambientais diante das dificuldades de identificação dos responsáveis dentro das corporações, e fortalecer a proteção do bem jurídico ambiental.

Contudo, limitando-se a justificar a alteração do entendimento a partir da dificuldade em identificar os agentes causadores do delito e a dificuldade de imputação da pessoa física, o STF não aprofundou no julgado os elementos de consideração da culpabilidade, tampouco aqueles atinentes à culpabilidade como responsabilidade social.²¹⁶

Assim, em que pese a menção à controvérsia sobre as teorias da culpabilidade da pessoa jurídica, o STF foi sucinto ao estabelecer que não seria no caso concreto “o momento adequado para aprofundar a matéria”. Nada obstante, o importante entendimento fixado ensejou a revisão da clássica posição até então reiterada pelo Superior Tribunal de Justiça, que exigia a dupla imputação para fins de responsabilização penal da pessoa jurídica, passando a Colenda Corte a admitir que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome.²¹⁷

²¹⁶ “[...] apesar de consagrado constitucionalmente o princípio da responsabilização penal da pessoa jurídica por crime ambiental, amplas são as discussões sobre as causas de imputação criminal à pessoa jurídica, vale dizer, sobre quando e como sua culpabilidade deve ser reconhecida. E diversas as teorias a respeito (sobre elas, v.g. Simester, A.G., e Sullivan, G.R. Criminal Law: Theory and doctrine. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 251-262), como a doutrina da identificação (“doctrine of identification”), segunda a qual a responsabilidade da pessoa jurídica decorre da culpabilidade de seus dirigentes; a doutrina da responsabilização pelo ato de seus dirigentes ou empregados (“vicarious liability” nos sistemas da common law), quando estes cometem o crime agindo no interesse e em nome da entidade; e a doutrina da agregação (“aggregation theory”), que envolve a avaliação da conduta e do elemento subjetivo do corpo funcional da empresa como um todo, no sentido de que, ainda que um indivíduo possa ser especificamente responsabilizado, a responsabilização da empresa decorreria da culpabilidade agregada de seus dirigentes e empregados (a teoria foi desenvolvida a partir do caso US v. Bank of New England, 821 F.2d 844, da Primeira Corte de Apelações Federais dos Estados Unidos).” (BRASIL, 2013, p. 5-6) - grifou-se.

²¹⁷ DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO EM CRIMES AMBIENTAIS. É possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Conforme orientação da Primeira Turma do STF, “O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação” (RE 548.181, Primeira Turma, DJe 29/10/2014). Diante dessa interpretação, o STJ modificou sua anterior orientação, de modo a entender que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da

Importa trazer a lume também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, com importantes precedentes que oferecem diretrizes acerca do delineamento dos requisitos para imputação da responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas por atos de seus funcionários e prepostos. Nesse sentido, destaca-se inicialmente Acórdão REsp 1.067.738/GO da lavra da Ministra Nancy Andrighi acerca da responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho, o qual constitui um paradigma acerca do tema. No julgado, além de aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, estabelecendo diretrizes interpretativas acerca das atividades consideradas de risco, estabeleceu-se também, como reforço argumentativo, a inversão do ônus probatório no sentido de caber ao empregador provar que “cumpru seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho”.²¹⁸

responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes citados: [RHC 53.208-SP](#), Sexta Turma, DJe 1º/6/2015; [HC 248.073-MT](#), Quinta Turma, DJe 10/4/2014; e [RHC 40.317-SP](#), Quinta Turma, DJe 29/10/2013. [RMS 39.173-BA](#), Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 6/8/2015, DJe 13/8/2015. grifou-se.

²¹⁸ DIREITO CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. NATUREZA. PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA DO EMPREGADO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CULPA DO EMPREGADOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. O art. 7º da CF se limita a assegurar garantias mínimas ao trabalhador, o que não obsta a instituição de novos direitos – ou a melhoria daqueles já existentes – pelo legislador ordinário, com base em um juízo de oportunidade, objetivando a manutenção da eficácia social da norma através do tempo. A remissão feita pelo art. 7º, XXVIII, da CF, à culpa ou dolo do empregador como requisito para sua responsabilização por acidentes do trabalho, não pode ser encarada como uma regra intransponível, já que o próprio caput do artigo confere elementos para criação e alteração dos direitos inseridos naquela norma, objetivando a melhoria da condição social do trabalhador. **Admitida a possibilidade de ampliação dos direitos contidos no art. 7º da CF, é possível estender o alcance do art. 927, parágrafo único, do CC/02 – que prevê a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para terceiros – aos acidentes de trabalho.** - A natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. **O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade.** Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo. O contrato de trabalho é bilateral sinalagmático, impondo direitos e deveres recíprocos. Entre as obrigações do empregador está, indubitavelmente, a preservação da incolumidade física e psicológica do empregado no seu ambiente de trabalho. - Nos termos do art. 389 do CC/02 (que manteve a essência do art. 1.056 do CC/16), na responsabilidade contratual, para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova de descumprimento do contrato. **Dessa forma, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho. Em outras palavras, fica estabelecida a presunção relativa de culpa do empregador.** Recurso especial provido. (REsp 1.067.738/GO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 25/06/2009). – grifou-se.

Outro importante precedente relacionado à responsabilidade objetiva, no campo do direito ambiental, diz respeito ao julgamento relacionado ao dano ambiental causado na Baía de Paranaguá, no Estado do Paraná, que causou “graves prejuízos a pescadores”. Relatado pelo Ministro Sidnei Beneti, o REsp 1.114.398/PR, fixou o entendimento pela inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva, porquanto essa não se aplica ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental.²¹⁹

Também no âmbito do direito ambiental, o Superior Tribunal de Justiça firmou precedente semelhante, fixando a responsabilidade objetiva por dano ambiental decorrente da construção de uma usina elétrica por entender que, como a Lei nº 6.938/81 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, mostra-se irrelevante a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado e que o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para o acusado o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente.²²⁰

²¹⁹ AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ - 1) PROCESSOS DIVERSOS DECORRENTES DO MESMO FATO, POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO RECURSO REPETITIVO DE TEMAS DESTACADOS PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, À CONVENIÊNCIA DE FORNECIMENTO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL UNIFORME SOBRE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FATO, QUANTO A MATÉRIAS REPETITIVAS; 2) TEMAS: a) CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE NO JULGAMENTO ANTECIPADO, ANTE OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES; b) LEGITIMIDADE DE PARTE DA PROPRIETÁRIA DO NAVIO TRANSPORTADOR DE CARGA PERIGOSA, DEVIDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR; c) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; d) DANOS MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS; e) JUROS MORATÓRIOS: INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO - SÚMULA 54/STJ; f) SUCUMBÊNCIA. 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO. (...) c) **Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.** - A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador. d) Configuração de dano moral.- Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. (...) (REsp 1.114.398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012).

²²⁰ AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. REDUÇÃO DA PRODUÇÃO PESQUEIRA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. DISSÍDIO NOTÓRIO.

De modo análogo, como visto, pode-se dizer o mesmo em relação ao direito concorrencial: a responsabilidade objetiva estabelecida no art. 36 opera, na prática, uma inversão do ônus probatório, uma vez que caberá à pessoa jurídica provar que a pessoa física, funcionário ou preposto, não agia em razão do seu vínculo, sem prejuízo do quanto já por mim afirmado em precedente anterior e também neste voto, no sentido de que a autoridade deverá verificar, no caso concreto, se a pessoa física agiu em nome, em benefício ou em razão de seu vínculo com a empresa.

Em suma, nota-se que a análise da responsabilidade objetiva pelo Poder Judiciário vem adotando, em diferentes áreas do direito, a cláusula geral de risco (estabelecida pelo parágrafo único do art. 927 do CC/2002), buscando induzir e criar incentivos para que os agentes econômicos atuem de modo a mitigar os riscos associados às suas atividades econômicas; facilitando ainda a reparação de danos por quem de direito.

Os precedentes analisados – embora abrangendo ínfima parcela do imenso contingente de casos que chegam ao Judiciário sobre o tema, são ilustrativos de como a responsabilidade objetiva está associada ao risco da atividade econômica e como se opera uma inversão do ônus da prova ao atribuir à pessoa jurídica o encargo de provar que envidou todos os esforços para eliminar os riscos associados à sua atividade.

Feitas tais considerações sobre as giros hermenêuticos no que tange à responsabilização da pessoa jurídica na jurisprudência nacional, conclui-se que, a partir da previsão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por ilícitos ambientais, inaugura-se no âmbito jurisdicional o debate sobre o alcance da mencionada punibilidade, bem como as

RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. (...) 3. **A Lei nº 6.938/81 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste.** 4. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a **inversão do ônus probatório**, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região. 5. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial a fim de determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento. (AgRg no AREsp 206.748/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013).

particularidades ao se perquirir a culpabilidade da empresa sob a justificativa da responsabilidade social.

Desse modo, aproximando-se em certa medida do modelo de responsabilização civil da empresa, no qual essa possui a obrigação de reparar eventuais danos causados por atribuições, situações e episódios decorrentes da sua atividade cotidiana, o direito penal rompe com o entendimento até então vigente. Todavia, conforme se depreende dos precedentes analisados, tanto o STF, quanto o STJ, apesar de reconhecerem a importância de as empresas agirem de forma ética e socialmente responsável, acabaram por perder a oportunidade de avançar no estabelecimento dos parâmetros de avaliação da culpabilidade da empresa, lacuna que até os dias atuais ainda se encontra em aberto, demandando colmatação, conforme abordar-se-á mais nitidamente no próximo tópico deste trabalho.

3.4 Mas como avaliar a culpabilidade da empresa nos processos sancionadores? Os Programas de Compliance como critério de imputação e dimensionamento da responsabilidade da pessoa jurídica e a experiência internacional nesse sentido

Consoante demonstrado anteriormente, o debate sobre culpabilidade da empresa está diretamente ligado à questão do modelo de imputação de responsabilidade – se vicariante ou de autoresponsabilização – e, por consequência, da natureza da responsabilidade penal – se subjetiva ou objetiva, do tipo de responsabilidade – se penal, civil ou administrativa, e do reconhecimento, ou não, da capacidade de ação da pessoa jurídica.

Dessa forma, a discussão acerca do papel dos programas de compliance como critério de imputação e dimensionamento da responsabilidade da pessoa jurídica ocorre nos contextos em que o modelo de imputação é de responsabilidade por ato próprio, uma vez que, nesses casos, são analisadas as medidas implementadas pela empresa para evitar o ato delitivo em razão de seus deveres de prevenção dos riscos associados a suas atividades. À vista disso, mostra-se natural que a regulação dos programas de compliance e o desenvolvimento da

doutrina, da legislação e da jurisprudência sobre o tema tenham se dado nos países de *common law*. que admitem a responsabilização penal da pessoa jurídica²²¹ e, portanto, tratam o *compliance* criminal como instrumento de avaliação do comportamento corporativo, se encontrando aí as experiências mais consolidadas de autorregulação regulada (NIETO MARTÍN A. , 2020).²²²

Além disso, a responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção representa um marco na evolução da legislação de responsabilidade corporativa, a exemplo de países como Estados Unidos, Espanha, Itália, Chile, França, Brasil, Argentina e Colômbia, nos quais programas de integridade têm sido utilizados como critério de imputação e dimensionamento da responsabilidade da pessoa jurídica em processos sancionadores (XAVIER, 2015).

²²¹ Na segunda metade do século XX, um movimento pendular está trazendo de volta a responsabilidade penal à tradição jurídica do *civil law*. Basta que se observem as mudanças nos países europeus, durante as duas últimas décadas. Seguindo o exemplo da Inglaterra, em 1842, e, posteriormente, da Holanda, em 1952, os países nórdicos introduziram uma responsabilidade penal genuína para pessoas jurídicas nos anos 90 do século XX. Seguiram-nos a França (1994), a Bélgica (1999), a Suíça (2003), a Áustria (2006), Portugal (2007) e Espanha (2010). Outros países do Leste Europeu, como a República Tcheca (2011), adotaram esse regime de responsabilização. Da mesma forma fez o Chile, em 2009, na América do Sul (VERÍSSIMO, 2017, pp. 31-34) .

²²² Segundo leciona Carla Veríssimo, “até o século XIX, na Inglaterra e nos Estados Unidos, consideravam-se ausentes, nas empresas, tanto a capacidade de ação como a correspondente consciência. Progressivamente, na Inglaterra, foram aparecendo julgados isolados responsabilizando empresas públicas pela falta do cumprimento de deveres. Por volta do século XIX as decisões passaram a reconhecer a responsabilidade criminal de empresas, muitas delas ligadas a delitos regulatórios. No direito alemão, dentro da tradição jurídica do *civil law*, o movimento foi inverso, pois a responsabilidade penal das corporações era reconhecida desde a Idade Média, até 1871, quando o Código Penal alemão rejeitou expressamente a responsabilidade penal (mas não a civil) para as pessoas jurídicas. Se, antes de 1800, a Inglaterra rejeitava categoricamente a responsabilidade penal das corporações (porque as empresas eram incapazes de atuar) adotou a partir daí postura completamente oposta, porque a Revolução Industrial fez surgir corporações poderosas e perigosas, especialmente as que se dedicavam à exploração das ferrovias. Nos Estados Unidos, por exemplo, três foram os fatores que possibilitaram a expansão da responsabilidade criminal às corporações e entidades: 1) a progressiva aplicação, pelas cortes, da responsabilidade criminal a empresas, por danos causados concretamente; 2) o desenvolvimento da responsabilidade criminal por ato de outrem (*vicarious liability*); e 3) a evolução do requisito da intenção criminosa, ou *mens rea*. Uma das principais razões para o desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos Estados Unidos é a ausência, no direito norte-americano (assim como em geral no direito inglês), de uma estrutura de direito administrativo público. Enquanto não houvesse uma queixa ou ação privada, não seria possível pôr em ação a força coercitiva do direito. Inicialmente a responsabilidade das pessoas jurídicas se firmou nos delitos de omissão (*acts of nonfeasance*), passando, posteriormente, a abranger também os delitos comissivos (*acts of misfeasance*). O passo decisivo para a consolidação da responsabilidade penal abrangente da empresa nos Estados Unidos foi a decisão da Suprema Corte no caso *New York Central & Hudson River Rail Road Co.*³⁴ A partir desse julgamento, em 1909, a Suprema Corte firmou a capacidade das pessoas jurídicas responderem criminalmente, nos Estados Unidos. Atualmente, o Código dos Estados Unidos iguala a pessoa jurídica à pessoa física, para a aplicação da lei. (VERÍSSIMO, 2017, pp. 31-34)

Nesse sentido, destaca-se a experiência vanguardista dos Estados Unidos na adoção de mecanismos de compliance, controles internos e de gestão de riscos como meio de valoração da responsabilidade corporativa por fatos e condutas socialmente danosas (NIETO MARTÍN A. , 2015).²²³ O grande avanço desse processo ocorreu em 1977 com a promulgação do FCPA (Foreign Corrupt Practices Act), destinado ao combate da corrupção transnacional, no qual estabeleceu-se a responsabilização das empresas por suborno contra funcionários públicos estrangeiros e se exigiu que as empresas mantivessem livros e registros precisos de suas transações e estabelecessem um sistema adequado de controles internos. Mas o marco decisivo no enfrentamento das fraudes e corrupções corporativas se deu em 1991, com a publicação do *Sentencing Guidelines for Organizational Offenders* o qual estabelece o sistema orientativo do dimensionamento das penas referente à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, destinado a oferecer ao julgador um parâmetro na fixação da sanção, buscando, com isso, harmonizar a prática judicial na imposição de sanções, que era muito díspare entre os estados americanos.²²⁴ No sistema das *Guidelines*, a culpabilidade constitui um fator fixador da multa-base e os programas de compliance funcionam como instrumento relevante de atenuação da pena (BARBOSA, 2014).²²⁵

²²³ Desde a promulgação do Código Penal de Nova York, o sistema jurídico norte-americano admite que as empresas sejam responsabilizadas por infrações culposas cometidas por um funcionário no exercício de suas funções, mesmo que a empresa não tenha obtido benefício algum com a conduta criminosa. Nesse cenário, os programas de compliance foram sendo desenvolvidos como ferramentas de gestão de riscos e de determinação da responsabilidade da pessoa jurídica por atos ilícitos, ganhando força a partir de 1906, com a promulgação do *Food and Drug Act* e a criação do FDA. Esse órgão estabeleceu um modelo regulatório e de fiscalização centralizado para atividades relacionadas à saúde alimentar e comércio de medicamentos, exigindo que as empresas do setor implementassem alguns princípios de compliance. Em 1913, a cultura de conformidade nos EUA foi fortalecida com a criação do *Federal Reserve System*, que instituiu um sistema financeiro mais estável, seguro e adequado às leis, exigindo que as instituições financeiras adotassem medidas concretas de compliance. (SOLTES, 2018).

²²⁴ Segundo ressalta Juliana Barbosa, “as *Sentencing Guidelines* revelam o reconhecimento do fracasso do modelo intervencionista de controle das empresas, voltando-se para a cooperação delas e consequente corresponsabilização pela implementação de programas preventivos e investigativos de delitos em seu bojo. Tal implementação deverá refletir no dimensionamento da sanção, e terá como finalidade, portanto, motivar a autorregulação. Para tanto, faz uso de duas estratégias: a) *carrots and sticks* – atuando como um sistema de recompensas, busca-se a cooperação das empresas, diminuindo-se a sanção quando atuam para a prevenção e esclarecimento da prática delitiva e, ao contrário, exasperando-a quando tal comportamento positivo não é verificado; e, b) *cooperate regulation* –pretende canalizar o comportamento empresarial para uma autorregulação eficaz, fazendo uso, para tanto, das sanções positivas ou negativa (BARBOSA, 2014, pp. 163-164).

²²⁵ Para regulamentar esse processo, as *Sentencing Guidelines* especificam os elementos centrais mínimos – os “sete passos” – requeridos de um programa de compliance: 1) a implementação de um código de conduta, políticas e procedimentos; 2) a especificação das responsabilidades; 3) a não delegação de poderes a indivíduos que têm propensão a se envolverem em atividades criminosas; 4) comunicação e treinamento; 5) monitoramento e auditoria, incluindo canal para denúncias; 6) atitude adequada e consistente processo disciplinar; e 7) remediação e ações corretivas, incluindo revisão periódica do programa de compliance. A adoção desse guia foi seguida pela

Embora as *Sentencing Guidelines* não exijam que as empresas estabeleçam programas de compliance, elas oferecem redução de até 95% do valor da multa para as empresas que demonstrarem a adoção de medidas de compliance. Em 2012, o DOJ, em conjunto com a SEC, publicou o Guia FCPA, o qual estabelece as dez características de um programa de compliance efetivo, tomadas como parâmetros nos processos de investigação de suborno transnacional: 1) compromisso da Gerência Sênior e política claramente articulada contra a Corrupção; 2) Código de Conduta e Políticas de Compliance e procedimentos; 3) supervisão, autonomia e Recursos; 4) Avaliação de Risco; 5) treinamento contínuo; 6) incentivo e Medidas Disciplinares; 7) Due Diligence de Terceiros e Pagamentos; 8) denúncia confidencial e investigação interna; 9) melhoria contínua: exames periódicos e avaliação; e 10) Fusões e Aquisições: *Due Diligence* de pré-aquisição e da integração de pós-aquisição (XAVIER, 2015).²²⁶ Em 2017, o DOJ publicou o documento denominado Avaliação de Programas de Conformidade Corporativa (Evaluation of Corporate Compliance Program), que traz uma extensa relação exemplificativa de perguntas, que enfatizam o que acontece “na vida real e diária” das empresas, as quais devem ser feitas pelos procuradores para avaliarem a efetividade dos programas de compliance, distinguindo um “programa de papel” de um “programa real” (SOLTES, 2018).²²⁷

publicação de uma série de Memorandos do Departamento de Justiça, os quais incrementaram, sucessivamente, o papel dos programas de compliance como instrumentos de dimensionamento da responsabilidade das empresas pela prática de condutas ilícitas (SOLTES, 2018).

²²⁶ Observe-se que as normas contidas nas Guidelines traduzem a ideia de que uma empresa não pode ser indiferente aos riscos e resultados que produz em seu entorno. Nesse aspecto, deve-se dizer que a culpabilidade empresarial (*culpability score*) tem especial importância nesse sistema, na medida em que, congregada ao dano social, servirá como critério para o dimensionamento da pena, porquanto os dois fatores que mitigam a punição final de uma organização são: a existência de um programa eficaz de conformidade e ética; e o autorrelato, cooperação ou aceitação de responsabilidade.

²²⁷ Pela primeira vez, em mais de duas décadas, desde que “efetivo cumprimento” foi inserido no processo de regulação do compliance nos Estados Unidos, como elemento de responsabilização corporativa, a avaliação da efetividade desses programas foi objetivamente disciplinada com a definição de uma lista de questões e perguntas que devem ser formuladas pelas autoridades ao examinarem um programa de compliance. Foram estabelecidos 11 tópicos (onze), organizados em 119 (cento e dezenove) perguntas diversas, com foco em questões que possibilitem a mensuração concreta das medidas adotadas, que visam, além de orientar a atuação das autoridades, conferir maior transparência para as empresas e para a sociedade sobre como os procuradores analisam programas de compliance e quais os parâmetros utilizados, funcionando, também, como valiosa referência às organizações que desejam implantar, revisar ou fortalecer seus programas. Ressalve-se, todavia, que o documento não define requisitos ou fatores específicos a serem atendidos por esses programas, pois reconhece que o perfil de risco de cada companhia e as soluções desenhadas e implementadas para mitigar esses riscos são, e devem ser, diferentes e que cada programa de conformidade corporativa deve ser avaliado no contexto específico de uma investigação criminal. Ou seja, a proposta não é que o documento seja utilizado como uma lista de verificação, tampouco como

Posteriormente, em abril de 2019, foi publicada nova versão do referido Guia de Avaliação de Programas de Conformidade Corporativa,²²⁸ com o objetivo de atualizar e melhor harmonizar as orientações com outras diretrizes e padrões estabelecidos pelo DOJ. Embora os pontos centrais tenham sido integralmente mantidos, o novo documento se vale das três “questões fundamentais”, que devem nortear a avaliação dos programas, para categorizar os tópicos que o Departamento de Justiça frequentemente considerou mais relevantes em sua atuação: se o programa é bem formulado, se está sendo aplicado com sinceridade e boa-fé e se ele funciona na prática.²²⁹ Vale ressaltar, outrossim, que, além do incentivo criado pelo FCPA à implementação, melhoria e expansão dos programas de compliance corporativo, também os instrumentos consensuais – acordos de não processamento (Non-Prosecution Agreements– NPA, firmados entre a acusação e o investigado), de suspensão do processo ou da ação penal (Deferred Prosecution Agreements– DPA, homologados judicialmente), ou ainda, de acordos de cooperação sobre a culpa do investigado (plea agreements ou plea bargain) – largamente utilizados pelas autoridades de persecução norte-americanas, também estimulam a adoção de

uma “fórmula rígida” a ser indistintamente aplicada pelas autoridades, uma vez que os programas não podem ser implementados ou avaliados segundo o princípio *one size fits al* (SOLTES, 2018).

²²⁸ A nova orientação é muito mais abrangente que a anterior, de 2012: 18 (dezoito) páginas, em comparação com as 7 (sete) páginas da primeira versão e quase 200 (duzentas) perguntas para orientar agora o trabalho avaliativo dos procuradores

²²⁹ Não obstante todo o avanço ocorrido nos EUA, nas últimas décadas, no fortalecimento do papel e da responsabilidade das empresas no combate à corrupção, por meio, principalmente, da implementação de programas de compliance, há questões, ainda em aberto, acerca da efetividade dessas medidas e de como mensurá-las (WELLNER, 2005) (STUCKE, 2014). Para os promotores e juízes que atuam nos processos de responsabilização corporativa, a questão assume peso ainda maior, pois a avaliação dos programas de compliance é o elemento central na punição das empresas e essas não devem obter “créditos” para a leniência se possuírem um programa “de papel”, de mera aparência de eficácia. Ocorre que a dificuldade, ou mesmo incapacidade, de se avaliar a eficácia e efetividade dos programas de compliance não resulta simplesmente de uma falta de consenso acerca da metodologia a ser adotada, mas da ausência básica de dados gerais mínimos produzidos ou levantados pelas empresas, que sejam apropriados à realização de uma avaliação dessa natureza (SOLTES, 2018). Essa situação tem gerado críticas e questionamentos, nos EUA, acerca da conveniência de se continuar adotando modelo de redução de penalidades de empresas, fundado na existência de programas de compliance que parecem simplesmente atender a espécie de checklist e são chamados de *box-ticking* ou *one size fits all approach to compliance* (KOEHLER, 2010). Com efeito, não obstante toda a ênfase colocada nesses programas nos últimos anos, não há, ainda, pesquisa empírica que comprove que eles estejam atingindo seu objetivo. Ademais, eles não foram capazes de impedir a corrupção praticada por instituições financeiras, que resultou na grave crise econômica de 2008 e parecem estar sendo adotados não com o objetivo de promover uma efetiva mudança de cultura, mas apenas como um “seguro barato” (*cheap insurance policy*) contra uma possível penalidade contra a empresa (STUCKE, 2014). Assim, em vez de prescreverem a adoção de um rígido checklist, as autoridades devem incentivar as empresas a desenvolverem uma cultura organizacional ética, permitindo a implementação de programas adaptados à realidade de cada negócio e avaliando não o atendimento à parâmetros fixos, mas se as ações da empresa são adequadas para impedir a corrupção (WELLNER, 2005; STUCKE, 2014). Os crescentes questionamentos e críticas a esse modelo de responsabilização empresarial a mudanças frequentes na regulamentação DOJ no que tange ao foco das investigações: se a ênfase deve ser dada à punição das pessoas físicas ou das pessoas jurídicas (FELDENS & AZAMBUJA, 2016).

medidas de compliance ao prevê-las como condicionantes à celebração dos acordos (VERÍSSIMO, 2017).

Assim, durante os últimos anos, houve um aumento significativo na relevância, impacto, custo, abrangência e complexidade dos programas de compliance. Agências regulatórias americanas, como a Agência de Proteção Ambiental (“EPA”), o Departamento de Saúde e Serviços Humanos (“HHS”) e a Securities Exchange Commission (“SEC”), além do Departamento de Justiça (“DOJ”), agora utilizam a existência e o funcionamento de processos de conformidade como parâmetros para determinar o valor das multas civis e para imputação criminal. O DOJ detém competência para declarar se o programa de compliance de uma empresa é eficaz ou deficiente (SOLTES, 2018).

Interessante notar que a experiência norte-americana de implementação dos Programas de Compliance como critério de imputação e dimensionamento da responsabilidade da pessoa jurídica serviu de inspiração para outros modelos de responsabilização corporativa (NIETO MARTÍN A. , 2013).

O sistema de responsabilização das pessoas jurídicas implementado pela Itália através do Decreto-Legislativo 231/2001, por exemplo, segue o modelo norteamericano misto de imputação, pois recorre a um defeito organizativo própria da empresa para a configuração da responsabilidade e considera a adoção de programas de *compliance* como forma de exclusão ou fundamentação da responsabilidade da pessoa jurídica, de forma que sua presença retira a possibilidade de sancionamento. Todavia, a legislação italiana estabelece uma responsabilidade penal-administrativa, situada em uma zona intermediária de proteção dos bens jurídicos tutelados pelo Estado, seguindo a linha de pensamento da maioria da doutrina alemã, ao considerar que a pessoa jurídica só pode ser responsabilizada administrativamente, embora o ilícito cometido pela pessoa física, ensejador da imputação da responsabilidade corporativo, seja de natureza penal. A aplicação dessa responsabilização se dá em um restrito rol de delitos,

todos dolosos e sempre relacionados ao benefício da empresa (SARCEDO, 2014) (SHECAIRA S. S., 2003).²³⁰

Ademais, é importante registrar que o modelo de imputação italiano faz distinção se o ato delitivo foi cometido por sujeito que está em posição de direção na empresa e ou por funcionários subordinados. No primeiro caso, caberá à pessoa jurídica demonstrar a existência de um eficaz programa de *compliance* e, portanto, de uma fraude cometida pela pessoa física para cometer o delito, como forma de se alcançar sua isenção de responsabilidade. Estabelece-se, portanto, uma inversão do ônus da prova. Já nos casos em que a prática delitiva se deu pela atuação de um subordinado na hierarquia empresarial, é possível a isenção de responsabilidade ainda que inexistente um programa de *compliance*. Observe-se, além disso, que o modelo italiano valoriza mais o caráter preventivo dos programas de *compliance*, uma vez que não faz menção à cooperação pós-delitiva na configuração dos ilícitos e a avaliação do comportamento reativo se cinge à reparação do dano e à adoção de uma organização antes do início do “juízo oral”, funcionando apenas como causa de redução da pena (NIETO MARTÍN A. , 2013).²³¹

Também com o objetivo de estabelecer a responsabilização da pessoa jurídica por atos ilícitos cometidos em seu nome ou em seu benefício, o Chile aprovou a Lei 20.293/2009, a qual conferiu natureza penal à imputação a fim de atender a uma série de compromissos internacionais, em especial, à exigência de contemplar em sua legislação sanções “eficazes, proporcionais e dissuasórias” às pessoas jurídicas (SARCEDO, 2014).

²³⁰ Nos termos do Decreto-Legislativo Italiano n. 231/2001, as empresas devem seguir certos parâmetros mínimos em seu modelo de organização e gestão, a fim de evitar sua responsabilização por delitos. Estes parâmetros são especificados no artigo 6o, parágrafo 2, letras a, b, c, d e e, e incluem: identificação das atividades com maior risco de cometimento de ilícitos; estabelecimento de protocolos específicos para planejar e tomar decisões com base no risco criminal existente; gestão adequada dos recursos financeiros para evitar a ocorrência de ilícitos; obrigação de informar e respeitar as decisões do organismo de controle e monitorar o funcionamento do modelo organizacional; e implementação de um sistema disciplinar para punir infrações cometidas contra o modelo organizacional (SARCEDO, 2014).

²³¹ Outra legislação relevante acerca da consideração dos programas de compliance na Itália é a Lei n. 179/2017, que estabeleceu o "modelo de organização, gestão e controle" para as empresas que operam em setores regulados. Segundo o artigo 1º da lei, "as empresas devem adotar um modelo de organização, gestão e controle apropriado e eficaz, destinado a prevenir a prática de crimes no âmbito do exercício da atividade empresarial". O não cumprimento dessa obrigação pode resultar em sanções administrativas, civis e penais. (NIETO MARTÍN A. , 2020)

A responsabilidade instituída se limita a um específico rol de crimes, que inclui a lavagem de dinheiro, o financiamento de delitos terroristas, e a corrupção ativa de funcionários públicos nacionais ou estrangeiros (cf. artigo 1º da Lei 20.393/09) e, em síntese, pode a pessoa jurídica ser responsabilizada pelos atos praticados por aqueles que compõe o ápice da estrutura hierárquica da empresa (donos, controladores, responsáveis, executivos principais, representantes ou quem realize atividades de administração ou supervisão) ou pelo comportamento de qualquer um que faça parte da estrutura empresarial, desde que esteja sob a supervisão direta de quaisquer das pessoas anteriormente citadas. Não se faz necessária, contudo, a identificação das pessoas físicas para se alcançar essa responsabilização, bastando a demonstração de que o delito fora cometido no âmbito de atribuições próprias desses indivíduos. Estabelecido o sujeito cuja ação pode levar à responsabilização da pessoa jurídica, é necessário, ademais, para que esta responsabilização possa se concretizar, que o delito tenha sido praticado no interesse ou proveito, ainda que indireto, do ente coletivo e que tenha sido decorrência do descumprimento dos deveres de direção e supervisão por parte da empresa (BARBOSA, 2014).

Perceba-se, portanto, que a lei chilena estabelece como condição para a configuração da responsabilidade penal da pessoa jurídica o não cumprimento de deveres de direção e supervisão, o que permite caracterizar um modelo de responsabilidade mista, em que, apesar de ser necessário constatar o ato dos dirigentes ou empregados (ainda que não se exija sua identificação), esta mera conexão formal não basta para a configuração da responsabilidade. Exige-se ademais, o descumprimento, pela pessoa jurídica, dos mencionados deveres de direção e supervisão. Mas no que consistiriam tais deveres? Prevendo que a implementação de programas de *compliance* poderá ser utilizada como critério para a diminuição ou exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica e que o juiz deverá levar em conta, entre outros fatores, a existência e a efetividade dos programas de *compliance* adotados pela empresa, a lei chilena é expressa ao dispor sobre os requisitos mínimos a serem adotados pelas corporações capazes de afastar o reconhecimento da culpabilidade da pessoa jurídica por infração penal, estabelecendo, assim, os principais elementos do modelo de prevenção adequado, bem como os parâmetros mínimos para a consideração da efetividade do programa de *compliance*, entre eles destaca-se

a certificação do referido programa por entidade certificadora habilitado pelo Estado (BARBOSA, 2014).²³²

Observe-se que essa certificação pode ser expedida por empresas de auditoria externa, classificadoras de risco ou outras entidades, desde que essas entidades sejam registradas na Superintendência de Valores e Seguros do país. O certificado deverá conter um período de vigência, que não poderá ser superior a dois anos. Além disso, discute-se na doutrina quais os efeitos que tais certificações possuem sobre a responsabilidade penal da empresa, em especial quanto a presunção, se absoluta ou relativa, que essa certificação gera e de quem é o ônus probatório. Com base nos antecedentes legislativos e tendo em conta que a lei não traz qualquer menção ao tipo de presunção aplicada, o entendimento majoritário é no sentido de que a presunção legal não é absoluta, podendo ser afastada pelo Ministério Público, que deverá desbancar a presunção constituída (BARBOSA, 2014). Observa-se, pois, que, embora a adoção de um modelo de organização e prevenção de ilícitos, bem como sua certificação, não seja uma obrigação legal, na prática, ela se torna uma obrigação de fato para evitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, não obstante sua eficácia nos casos concretos possa ser questionada e contestada mediante prova em contrário (SARCEDO, 2014).

Nesse mesmo sentido caminhou a legislação espanhola que, adequando-se à tendência global, previu a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por defeito de organização, sendo imprescindível, em determinados casos, a verificação do exercício prévio do controle sobre a ação de seus empregados. A Espanha introduziu a responsabilidade penal para as pessoas jurídicas por meio da Lei Orgânica 5/2010, prevendo expressamente, a responsabilidade da pessoa jurídica de uma forma direta e independente, ou seja, sem exigir a prévia determinação da responsabilidade de uma pessoa física em relação a um determinado catálogo de delitos.²³³

²³² Nesse sentido, nos termos do artigo 4º da Lei n.º 20.393/2009: i) designação de um encarregado de prevenção; ii) definição de meios e faculdades do encarregado de prevenção; iii) estabelecimento de um sistema de prevenção dos delitos; iv) supervisão e certificação do sistema de prevenção dos delitos.

²³³ O artigo 31 bis 1 toda Lei espanhola estabeleceu duas modalidades de responsabilização da pessoa jurídica: em primeiro lugar, a previsão de que tais entes serão penalmente responsáveis pelos delitos cometidos por seus representantes legais ou administradores de fato ou de direito, exigindo-se que tais delitos tenham sido praticados

Ocorre que o Código Penal espanhol foi reformado em 2015, reforçando os contornos da responsabilidade penal das empresas, para estendê-las às empresas ou entidades que não adotarem as medidas necessárias para evitar a comissão de delitos. Em seu artigo 31 bis, a *Ley Orgánica* 1/2015 previu de forma expressa que a pessoa jurídica poderá ser isenta de responsabilidade penal se tiver adotado medidas eficazes de prevenção e controle dos delitos que possam ser cometidos em seu nome ou em seu benefício, apesar de limitar sua consideração a um rol específico de delitos. A responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser declarada com independência de que se possa ou não individualizar a responsabilidade penal da pessoa física, ou seja, instituiu-se um modelo duplo onde a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a das pessoas físicas, e vice-versa. (NIETO MARTÍN A. , 2013)

Observa-se, portanto, que a formulação espanhola adota um modelo misto onde a responsabilidade se configura quando um delito é praticado pelos representantes legais e administradores de fato e de direito, em nome ou por conta da empresa, ou em seu benefício. Paralelamente, dispõe que as pessoas jurídicas também serão responsáveis pelos delitos cometidos por aqueles que, estando submetidas à autoridade das pessoas físicas que a dirigem ou representam, tenham podido realizar os fatos pela falta de controle devido. De acordo com a legislação espanhola, para que o programa de compliance seja considerado eficaz, é necessário que ele atenda a determinados requisitos. Dentre eles, destaca-se a necessidade de que o programa seja “adecuado ao tamanho da empresa e à natureza e complexidade de suas atividades.”

Todavia, importa destacar que a jurisprudência espanhola tem se posicionado no sentido de que a simples existência do programa de compliance não é suficiente para eximir a

em nome ou por conta da pessoa jurídica, e em seu proveito; de outro lado, prevê, em seu segundo parágrafo, que tais entes também serão penalmente responsáveis pelos delitos cometidos, no exercício de atividades sociais e por conta e em proveito destas pessoas jurídicas, por aqueles que, estando submetidos à autoridade das pessoas físicas mencionadas no parágrafo anterior (ou seja, representantes legais e administradores), puderam realizar conduta criminosa por não ter havido o exercício, sobre eles, do devido controle. Registre-se, todavia, que o aludido artigo é fonte, desde então, de inúmeras divergências interpretativas na doutrina espanhola. Nesse sentido, uma significativa corrente sustentava que o “devido controle”, cuja ausência era exigida no artigo 31 bis 1, segunda parte, do Código Penal espanhol, como requisito para a verificação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, teria seu conteúdo preenchido pelos programas de *compliance*. Desse modo, o exercício do devido controle se verificaria com a existência de uma estrutura organizativa capaz de desenvolver a atividade empresarial em conformidade com as exigências legais, além de requerer a prévia identificação de riscos (BARBOSA, 2014).

responsabilidade da pessoa jurídica em casos de delitos cometidos em seu nome ou benefício. É necessário que o programa seja efetivamente implementado e monitorado.²³⁴ O Tribunal Supremo espanhol, na primeira decisão que condenou criminalmente pessoas jurídicas, decidiu que o sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica se baseia sobre a prévia constatação da comissão do delito por parte da pessoa física integrante da organização como pressuposto inicial da referida responsabilidade, e na exigência do estabelecimento e correta aplicação de medidas de controle eficazes que previnam ou procurem evitar, tanto quanto possível, a comissão de infrações delitivas pelos integrantes da organização. Assim, a imputação de um injusto culpável próprio da pessoa jurídica, bem como eventual efeito dos programas de compliance na responsabilidade empresarial estaria vinculada à ideia do defeito de organização (SARCEDO, 2014, p. 207).²³⁵

Vale ainda mencionar a experiência da França que, por meio da Lei nº 2016-1691, intitulada “*Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*” (Lei sobre Transparência, Luta contra a Corrupção e Modernização Econômica),²³⁶ promulgada em 9 de dezembro de 2016, estabeleceu obrigações específicas e

²³⁴ Conforme explica Joaquín Muns em “*Compliance en España: modelos y mejores prácticas*”, “[...] los modelos de compliance han de ser diseñados para satisfacer la realidad concreta de cada empresa, implantados de manera adecuada y actualizados, manteniéndose su efectividad mediante su adecuado seguimiento y supervisión, lo que implica que el deber de vigilancia en el que se traduce el programa debe estar dotado de medios suficientes para la detección y prevención del delito y de canales eficaces de denuncia interna” (MUNS, 2019).

²³⁵ Para chegar a essa conclusão, argumenta-se que a exigência do “devido controle”, explicitamente prevista no segundo parágrafo do artigo 31 bis 1, embora relacionada à conduta criminosa dos funcionários da pessoa jurídica, deve ser aplicada também ao primeiro parágrafo, ou seja, à atuação dos administradores e representantes da sociedade. Essa extensão é afirmada com base no argumento de que a observância de princípios constitucionais e jurídico-penais, como a exclusão da responsabilidade por atos de terceiros, imputação subjetiva e culpabilidade, impediriam uma interpretação diferente. Nesse sentido, de acordo com o sistema jurídico espanhol, a culpabilidade que fundamenta a responsabilidade penal da pessoa jurídica não exige necessariamente uma ação corporativa para cometer ou permitir um delito. É suficiente a falta de um sistema de controle empresarial efetivo que pudesse evitar o crime em questão (BARBOSA, 2014).

²³⁶ Apelidada de Lei Sapin II por ter contado com o Ministro de Finanças do país, Mr. Sapin, como seu principal articulador e defensor, a Lei foi editada no âmbito de um amplo pacote legislativo de medidas de combate à corrupção, apresentado pela França como resposta às críticas e pressões internacionais para um enfrentamento melhor e mais efetivo da corrupção. Com efeito, embora o país tenha sido um dos primeiros a aderir à Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 1997, a sua atuação na prevenção e dissuasão de atos de corrupção, foi percebida, durante muitos anos, como limitada e claudicante, particularmente em comparação. Embora o ato de subornar um funcionário público estrangeiro, por exemplo, já fosse punido na França com uma multa de até 2,5 milhões de euros para a empresa e até cinco anos de prisão para o autor do crime, o país nunca havia registrado uma única condenação de empresa por esse fato. Essa percepção de que faltava uma atuação mais ativa e efetiva foi ressaltada nos últimos anos em virtude de diversas multas e monitoramento imposto por autoridades norte-americanas a várias empresas francesas, como Alcatel, Alstom e Technip. Assim, no Relatório sobre o Estudo de Impacto do então projeto de lei, foi apontada a necessidade da construção de uma estrutura una, coesa e específica para a detecção, prevenção e coordenação da luta contra a corrupção, bem como

pré-determinadas de compliance a empresas. A nova Lei francesa de combate à corrupção promoveu importantes mudanças no Código Penal do país ao obrigar todas as empresas, com mais de 500 empregados, cujas sedes sejam constituídas em França, e com o faturamento superior a 100 milhões de euros, inclusive suas subsidiárias e controladas, a implementar procedimentos internos eficazes para prevenir e identificar qualquer ato de suborno, corrupção privada e negociação de influência cometida em França ou no estrangeiro.²³⁷ A não implementação das medidas de “cumprimento obrigatório” pode ensejar o pagamento de vultosas multas e, até mesmo, a tipificação penal da conduta. Além disso, a Lei Sapin II criou uma agência nacional encarregada de prevenir e detectar a corrupção: a Agência Francesa de Combate à Corrupção, responsável pela orientação e supervisão das empresas reguladas quanto à implantação dos programas de compliance.²³⁸

se mostrava desejável a imposição, às empresas, da obrigação geral de implementação de programas de compliance anticorrupção (programme de mise en conformité anticorruption), não só em benefício de toda a sociedade, mas, também, como mecanismo de proteção das próprias empresas francesas em um mercado internacional cada vez mais competitivo e exigente por ética e integridade (*ÉTUDE D'IMPACT. Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*. 2016. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000032319792&type=general&legislature=14>)

²³⁷ Observe-se que os parâmetros estabelecidos pelo normativo francês, para definir seu âmbito de aplicação, são cumulativos e objetivos, afetos ao porte das empresas, quais sejam: a quantidade de empregados (igual ou superior a 500); e o volume do faturamento (superior a 100 milhões de euros). Além disso, observa-se que a Lei *Sapin II* se aplica não somente às empresas francesas, mas, todas as empresas que desenvolvam operações na França, nas condições estabelecidas, se submetem à obrigação de adotar e manter programas de *compliance* anticorrupção, ainda que seus respectivos ordenamentos jurídicos nacionais não o exijam, sob pena de sofrerem as severas sanções decorrentes do descumprimento de tal dever legal. Em relação às empresas subsidiárias e controladas, a Lei distingue as seguintes situações: subsidiárias francesas (de grupo de sociedades estrangeiro), que empreguem menos de 500 empregados na França, não se submetem à obrigação em questão, ainda que a empresa-mãe (holding), ou o grupo como um todo, ultrapasse esse número. No entanto, o mesmo não se aplica quanto ao critério do faturamento: se a subsidiária francesa não obtém faturamento de mais de 100 milhões de euros, mas o grupo no qual ela se insere alcança tal resultado, o grupo, como um todo – incluindo empresas de outros países – será submetido à obrigação de implementar programas de compliance anticorrupção.

²³⁸ Além da Agência Francesa Anticorrupção e da imposição obrigatória da implementação de programas de compliance anticorrupção a um conjunto de empresas, a Lei também instituiu procedimento de resolução transacional de litígios, restrito a pessoas jurídicas, denominado de convenção judicial de interesse público - trata-se de processo de solução de controvérsias, por meio de transação, denominado de “convention judiciaire d'intérêt public” (CJIP), aplicável a delitos como corrupção, tráfico de influências e lavagem de dinheiro. O procedimento é semelhante ao acordo de acusação diferida (DPA) previsto nas leis dos EUA e do Reino Unido e permite que o Ministério Público proponha a uma empresa, contra a qual haja suspeita de corrupção, um acordo pelo qual a acusação seja encerrada em troca do pagamento de uma pesada multa ao tesouro francês (máx. 30% do faturamento da empresa), implementação, sob a supervisão da AFA, por um período máximo de três anos, de um programa de compliance anticorrupção, e pagamento de danos às vítimas do delito, se identificadas a extensão da aplicação extraterritorial do direito penal francês em questões de corrupção internacional; a instituição de um estatuto geral de proteção de denunciantes (whistleblowers), de acordo com as normas internacionais; e a regulamentação das atividades de lobby, por meio da criação de um registro público e eletrônico único de lobistas, no qual constam informações sobre as atividades exercidas, orçamento e equipe.

Observe-se, portanto, que a Lei anticorrupção francesa não confere mera faculdade ou induz indiretamente a adoção de programas de compliance, como ocorre com a Lei brasileira e diversas outras legislações de países que imputam responsabilidade a pessoas jurídicas por atos de corrupção. Ao contrário, além de expressamente obrigar as empresas a adotarem esses programas, a Lei Sapin II detalha as medidas específicas a serem implementadas. Ademais, a obrigação não está vinculada à ocorrência de ilícitos de corrupção corporativa ou condenação anterior da empresa, mas deve ser observada permanentemente, como instrumento de prevenção desses ilícitos.

Outrossim, vale registrar que a obrigação de adoção de programas de *compliance* anticorrupção se impõe às pessoas dos diretores, gestores e administradores da empresa ou entidade pública. Esses indivíduos podem ser responsabilizados pessoalmente pela AFA por não implementar ou implementar de forma falha os procedimentos de conformidade. A Comissão de Sanções da AFA poderá impor sanções administrativas - mas não criminais, incluindo: (i) avisos; (ii) liminares, ordenando a melhoria do programa de conformidade dentro de um período de até três anos; e (iii) sanções financeiras, de até 200.000 euros para indivíduos e 1 milhão de euros para pessoas jurídicas. Tal possibilidade de sanções a dirigentes societários pela não implementação ou implementação falha de medidas de conformidade demonstra interessante escolha coercitiva do legislador francês para garantir o comprometimento da alta direção da empresa, já que os indivíduos que possuem poder de comando da entidade, no intuito de se proteger contra uma eventual responsabilização individual, tendem a zelar mais efetivamente pela observância da imposição legal.

Passando-se à análise do conteúdo exigido para os programas de prevenção e detecção de corrupção, o artigo 17 da Lei *Sapin II* prevê as medidas que devem ser, compulsoriamente, implementadas pelas organizações, quais sejam: manter código de conduta com descrição dos atos de corrupção a serem prevenidos; manter canal de denúncias; realizar mapeamento dos riscos de corrupção por zona geográfica e negócio; avaliar a integridade de terceiros (clientes, fornecedores, intermediários); manter controles contábeis; realizar

treinamento de pessoas expostas aos riscos, inclusive terceiros; manter regime disciplinar e de tratamento de ocorrências; controlar e monitorar constantemente as medidas implementadas.²³⁹

Quando a AFA detecta um caso de falha ou de violação na implementação das obrigações de compliance, é emitido relatório de inspeção, o qual pode ser contestado no prazo de dois meses, após o que a Agência pode decidir por aplicar uma advertência à empresa ou encaminhar o caso para a Comissão de Sanções. Ou seja, em não sendo respeitada a obrigatoriedade imposta pela Lei, independentemente da ocorrência de ilícitos de corrupção naquela empresa, a entidade sofrerá a aplicação de sanções, sendo algumas delas – de natureza administrativa - também de competência da própria AFA. Constatada a violação, a Comissão de Sanções pode ordenar que a empresa adapte seu sistema de prevenção e detecção de corrupção dentro do período que determinar (no máximo de três anos), mas também pode impor uma penalidade financeira de até 200.000 euros para pessoas físicas e até 1 milhão de euros para pessoas jurídicas. Esse valor é proporcional à gravidade das violações estabelecidas e à situação financeira da pessoa física ou jurídica relevante. O não cumprimento da penalidade de cumprimento obrigatório ou a obstrução de sua implementação é em si uma ofensa criminal, que pode ser sancionada por um máximo de 2 anos de prisão e multa de até 50.000 euros para os representantes legais da empresa ou seus diretores. A própria empresa está sujeita a uma multa equivalente ao montante da multa incorrida pela infração praticada (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 2017b).²⁴⁰

²³⁹ Ressalte-se que, em abril de 2018, a obrigação de contar com um canal de denúncia anônimo também entrou em vigor e passou a ser obrigatória para todas as empresas com mais de 50 funcionários. Assim, além de definir o conceito de denunciante para fins dos programas de compliance obrigatório, a Lei Sapin II também estabelece proteção contra possíveis retaliações e medidas discriminatórias contra o denunciante e penalidades criminais para quem tenta impedir que um denunciante faça uma denúncia (um ano de prisão e uma multa de até 15.000 euros para um indivíduo ou uma multa de até 75.000 euros para uma empresa).

²⁴⁰ Registra-se, ainda, que a Lei *Sapin II* prevê, também, a possibilidade de que a adoção de programas de integridade seja imposta judicialmente como sanção penal complementar, nos casos de ocorrência de práticas de corrupção ou tráfico de influência. Nesses casos, em que há cometimento de ilícitos, mesmo as empresas não obrigadas a implementar programas de *compliance* anticorrupção pelos parâmetros da Lei, são obrigadas a adotar, sob o controle do AFA, por um período máximo de cinco anos, um programa de conformidade para estabelecer a existência e implementação do sistema de prevenção e detecção da corrupção, sob pena de caracterização de novo crime, o de “não conformidade.” Trata-se da chamada “*Peine de Programme of Mise en Conformité*”, por meio da qual se exige que empresas cumpram, por até cinco anos, a obrigação de implementar um programa de conformidade anticorrupção, sob a supervisão da AFA. Essa penalidade pode ser aplicada a todas as pessoas jurídicas, privadas e públicas, independentemente do tamanho, forma, setor de atividade e se são franceses ou estrangeiros registrados (COSTA, 2017). A AFA também realiza auditorias em empresas obrigadas pela Lei a

Adicionalmente, vale ressaltar que a França aprovou, em 2017, legislação que institui também o dever corporativo de as empresas implementarem, sob pena de sanção, medidas que evitem riscos sociais, ambientais e de governança relacionados às suas operações, incluídas as atividades de suas subsidiárias e parceiros de negócios (subcontratados e fornecedores).²⁴¹ Denominada “Lei da Vigilância”, o dever corporativo se refere à obrigação de as empresas elaborarem mapeamento de riscos e estabelecerem um plano de vigilância contendo medidas capazes de identificar e impedir a ocorrência de riscos de violações dos direitos humanos, danos físicos ou ambientais graves e riscos à segurança, na linha do que vem sendo propugnando – e que será objeto de proposta desta tese – de que devem ser estabelecidos deveres gerais de *compliance* que garantam a conformação do comportamento corporativo a um padrão de conduta empresarial responsável.

Por fim, na esteira do movimento internacional de responsabilização da pessoa jurídica por ato de corrupção, o Brasil também adotou lei – a Lei nº 12.846, de 2013 (Lei Anticorrupção) – a qual, conforme analisar-se-á em tópico específico adiante, instituiu a responsabilidade administrativa objetiva da pessoa jurídica, mas previu que os programas de *compliance* serão considerados como circunstância atenuante na dosimetria da sanção a ser aplicada. Todavia, conforme também se demonstrará, não obstante o avanço representado pela Lei Anticorrupção nessa seara, ainda vigora no país, tanto no âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial, a ideia de responsabilização objetiva da pessoa jurídica como regra no processo administrativo sancionador e de utilização dos programas de *compliance* apenas como critério atenuante e não como elemento da culpabilidade corporativa.²⁴²

implementar programas de conformidade anticorrupção. Realizadas por iniciativa da própria Agência ou mediante solicitação de autoridades ou ONGs, as auditorias verificam a existência e grau de adequação dos programas. As empresas auditadas não podem reivindicar sigilo profissional para recusar-se a responder perguntas ou solicitações de documentos e, em particular, indivíduos ou entidades podem ser multados em caso de obstrução (MALGRAIN; PICCA, 2019).

²⁴¹ A Lei aplica-se a empresas com pelo menos 5.000 funcionários em sua empresa e em suas subsidiárias diretas e indiretas quando sua sede social está na França e a 10.000 funcionários quando sua sede social está localizada no exterior (MALGRAIN; PICCA, 2019).

²⁴² Em realidade, os deveres de *compliance* podem ser encontrados no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que de forma tácita, desde a primeira edição da Lei de Lavagem de Dinheiro em 1998 e da Resolução do Banco Central 2.554/98, que no mesmo ano regulamentou a questão no âmbito administrativo-financeiro. Também existem outros instrumentos jurídicos produzidos por órgãos representativos dos interesses globais de combate ao crime que, de caráter de soft law, estabelecem obrigações de *compliance* em nível mundial, como as Recomendações da Basileia I (1998), II (2004) e III (2010)110, e o Documento consultivo datado do ano de 2005, que contempla os

Diante das experiências internacionais relatadas, é possível observar, portanto, uma clara tendência ao reconhecimento dos programas de *compliance* como instrumentos de imputação da responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica, funcionando como critério de culpabilidade, capaz, inclusive, de isentar a empresa de responsabilidade e, conseqüentemente, como importante ferramenta regulatória de conformação do comportamento corporativo.

dez princípios básicos sobre compliance nos bancos, elaborado pelo Comitê da Basileia de Supervisão Bancária. Atualmente, com a nova redação dada pela Lei 12.683/12 ao art. 10 da Lei de Lavagem de Dinheiro, o dever de compliance foi expressamente estabelecido, tornando-se obrigação das instituições financeiras a adoção de políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender aos deveres legais de notificação e de registro de informações especificados no texto legal. Assim, por disposição de lei, as instituições financeiras deverão atender às requisições formuladas pelo COAF na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas. Com isso, a Lei de Lavagem de Dinheiro promoveu o compliance a um dever legal expresso, tornando indiscutível a obrigação de colaboração, das pessoas físicas ou jurídicas, com as autoridades competentes nos procedimentos de identificação da prática de lavagem de dinheiro, bem como, na implantação de mecanismos antilavagem que previnam a ocorrência de práticas criminosas capazes de pôr em risco a integridade do sistema financeiro, bem como a implementação de programas de compliance (CARDOSO, 2013).

4. A CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: MERA TRANSPOSIÇÃO DA DOCTRINA DA CULPABILIDADE DO DIREITO PENAL OU CRIAÇÃO DE UMA CULPABILIDADE PRÓPRIA E DIFERENCIADA PARA O PROCESSO ADMINISTRATIVO?

Conforme exposto no capítulo anterior, foi o Direito Penal o ramo jurídico que mais avançou nos estudos sobre o conceito, o sentido e o alcance da culpabilidade na responsabilização da pessoa jurídica. Nesse sentido, a partir dos estudos desenvolvidos nesse campo, observou-se que o processo de construção do conceito de culpabilidade culminou na construção de dois principais modelos de responsabilização penal: o modelo pautado na heterorresponsabilidade, segundo o qual o agir coletivo estaria condicionado ao agir individual, e o modelo pautado na autorresponsabilidade, para o qual a avaliação da responsabilidade da empresa derivaria da sua própria atuação, desvinculada da ação da pessoa física, bem como da avaliação da sua auto-organização.

Partindo desse constructo, houve ao longo do tempo avanço teórico notável no desenvolvimento de diversos modelos de responsabilização direta (ou de autorresponsabilidade), que buscaram encontrar o conceito mais adequado de culpabilidade da pessoa jurídica e, por consequência, definir os mecanismos de aferição do injusto punível e do comportamento corporativo reprovável.

Analizadas as principais teorias e conceitos envolvidos nesse debate e consignado que esta tese se filia à corrente que propugna a adoção de um modelo misto de responsabilidade – mais especificamente ao modelo de culpabilidade por defeito de autorregulação permanente, elaborado por Adán Nieto Martín – o qual combina elementos do modelo vicariante e dos modelos de responsabilização direta para construir um modelo alternativo mais completo e complexo de imputação de responsabilidade à entidade coletiva, importa analisar, neste momento, como o fenômeno da culpabilidade da pessoa jurídica é tratado no âmbito do Direito

Administrativo Sancionador: se ocorre uma mera transposição do instituto do direito penal para o direito administrativo, com adaptações pontuais e interpretações analógicas das teorias penais, ou se há que se falar em uma culpabilidade própria ao processo administrativo sancionador.

4.1 A culpabilidade no Direito Administrativo Sancionador

Embora a posição doutrinária e jurisprudencial majoritária, conforme demonstrado anteriormente, tenha caminhado nos últimos anos para reconhecer a unicidade do *jus puniendi* estatal e, por consequência, a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Penal também ao processo administrativo sancionador, o debate sobre a existência de uma culpabilidade peculiar ao Direito Administrativo, em especial nos processos de responsabilização da pessoa jurídica, ainda é cercado de controvérsia e parece se encontrar longe de resolução.

Consoante abordado alhures, a culpabilidade, para a teoria finalista da ação, adotada pelo vigente Código Penal brasileiro, é elemento subjetivo do crime, porquanto encerra em si o juízo de valor normativo de reprovação do agente, sendo determinante para a imputação da responsabilidade, já que é ela um dos critérios orientadores da individualização da pena. Tem-se, assim, que a apuração da culpabilidade se realiza por meio de um exame objetivo estabelecido pelos elementos gerais da imputabilidade, do potencial conhecimento da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa.

Ocorre que, ao longo da sua evolução doutrinária, conforme se viu, a culpabilidade passou a ser observada também como princípio constitucional, atuando como limitador do poder punitivo estatal. Desse modo, o conceito de culpabilidade deve ser examinado sob um duplo viés: como princípio que condiciona o *jus puniendi*,²⁴³ de um lado, e como elemento da teoria do crime, de outro, exercendo, nesse caso, o papel de fundamento e medição da pena e de corolário contrário à responsabilidade objetiva. Somente através da correta aplicação do

²⁴³ Nesse sentido, o princípio da culpabilidade seria o fundamento e expressão dos princípios da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da CF/1988), da intranscendência (art. 5.º, XLV) e da individualização da pena (art. 5.º, XLVI). Já na feição de limite da pena, o princípio da culpabilidade visa a evitar que o Estado abuse de seu poder de punir e aplique penas desproporcionais. Por essa acepção, o princípio da culpabilidade se fundamentaria no próprio Estado de Direito.

princípio da culpabilidade será possível identificar a pena justa que concretamente deve ser aplicada ao autor de cada fato punível. Por isso, se diz que se trata de um moderno princípio de política criminal, pois é ele que fundamenta a dosimetria da pena a ser aplicada no caso concreto a cada pessoa. (TANGERINO D. d., 2011)

Dito isso, cabe então analisar em que medida que o princípio da culpabilidade foi transposto, incorporado ou amoldado pelo Direito Administrativo Sancionador. Em que pese a existência de um amplo arcabouço doutrinário apto a subsidiar a exploração da transposição de diversos institutos e princípios do direito penal para o direito administrativo sancionador, visto que, para parte da doutrina, existem preceitos universais que devem orientar toda e qualquer expressão do poder estatal,²⁴⁴ ainda há uma grande controvérsia sobre o alcance da aplicação do princípio da culpabilidade, nos termos em que incide no processo penal, ao processo administrativo.

Em sua dimensão principiológica, não há dúvidas na doutrina de que o princípio da culpabilidade se aplica ao Direito Administrativo Sancionador, afinal ele é um dos princípios basilares inerentes ao Estado Democrático de Direito e, por isso, não tem natureza essencialmente penal, mas sim constitucional, atuando como instrumento que limita e condiciona o Direito Punitivo como um todo. A culpabilidade se mostraria, portanto, como uma exigência inarredável, pois decorre do devido processo legal e da necessária proporcionalidade das sanções (OSÓRIO, 2023).²⁴⁵

²⁴⁴ A partir da noção de que os princípios do direito penal devem servir de contenção ao arbítrio punitivo do Estado, MOREIRA NETO e GARCIA apontam que: “Esses princípios e garantias ganharam tal amplitude ético-jurídica que passaram a reger e a orientar toda e qualquer expressão de poder estatal sancionador, deles derivando-se legítimos mecanismos, à disposição dos indivíduos, para a contenção do exercício indevido do ius puniendi estatal que, sem essas barreiras de proteção, fatalmente retornaria às indesejáveis práticas do arbítrio que antecederam o próprio Estado de Direito” (MOREIRA NETO; GARCIA, 2013).

²⁴⁵ Conforme leciona Marçal Justen Filho, “o Estado Democrático de Direito exclui o sancionamento punitivo dissociado da comprovação da culpabilidade. Não se pode admitir a punição apenas em virtude da concretização de uma ocorrência danosa material. Pune-se porque alguém agiu mal, de modo reprovável, em termos antissociais. A comprovação do elemento subjetivo é indispensável para a imposição de penalidade, ainda quando se possa pretender uma objetivação da culpabilidade em determinados casos (JUSTEN FILHO, 2014, p. 607). Nesse mesmo sentido, aponta Rafael Munhoz de Mello, segundo o qual “tratando-se de princípio constitucional, [...] o legislador infraconstitucional não pode afastar a culpabilidade do campo do direito administrativo sancionador, outorgando à Administração Pública competência para impor sanções administrativas retributivas independentemente da culpa do particular (MELLO, 2007). Também Alice Voronoff salienta a importância de assegurar que a imputação de

Com efeito, se o exercício do poder punitivo estatal há de estar devidamente vinculado às normas e princípios constitucionais, seriam inválidas as sanções administrativas que não observassem a exigência de culpabilidade para a penalização tanto de pessoas físicas, quanto de pessoas jurídicas. Ocorre, todavia, que persiste o debate acerca do conceito de culpabilidade aplicável no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, na medida em que parte importante da doutrina e da jurisprudência defendem que a culpabilidade exigível no processo administrativo, em especial no que toca às pessoas jurídicas, não corresponde aos mesmos termos praticados no Direito Penal, havendo na seara administrativa variações e contornos mais elásticos do conceito, sobretudo em razão da peculiaridade da natureza das relações jurídico-administrativas que muitas vezes envolvem sujeição - geral, especial ou especialíssima – do administrado em relação ao Estado (NIETO, 2012, p. 344).²⁴⁶

Por isso se diz que a questão da aplicação do princípio da culpabilidade no âmbito do Direito Administrativo Sancionador é um dos temas mais confusos e contraditórios desse ramo jurídico: tendo passado por momentos de negação absoluta de sua aplicabilidade – ante a adoção de um modelo de responsabilidade objetiva como regra até, mais recentemente, ser condicionado à exigência da vontade – dolo ou culpa em sentido estrito – como elemento subjetivo.²⁴⁷

responsabilidade administrativa esteja alinhada aos preceitos constitucionais, garantindo assim um processo justo e equitativo. Para a autora, no entanto, essa transposição deve ocorrer de forma criteriosa, evitando excessos e respeitando os princípios fundamentais que norteiam o Estado de Direito. Portanto, ao se abordar a culpabilidade no contexto administrativo, é fundamental uma análise crítica que considere tanto os elementos específicos desse campo quanto a proteção dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição (VORONOFF A. , 2018).

²⁴⁶ Nesse sentido, a afirmação de Alejandro Nieto: “*para nuestro Derecho Administrativo Sancionador tradicional (que en este punto se niega a desaparecer del todo) no es necesaria la culpabilidad en sentido técnico penal y basta con la voluntariedad de la acción para hacer responsable al sujeto; pero la culpabilidad no es, sin embargo, irrelevante, posto que su concurrencia aumenta la gravedad de la infracción.*” (NIETO, 2012, p. 383). Na mesma linha Fábio Medina Osório, para quem “não nos parece conveniente e necessário, desde logo, reproduzir, pura e simplesmente, todos os debates travados pelos penalistas, agora no terreno do Direito Administrativo Sancionador. Seria inadequada semelhante operação, em face de que outra e bem diversa é a realidade vivenciada pelo Direito Administrativo, mormente no que diz respeito à punição daqueles ilícitos expostos às relações de especial sujeição, embora também nas relações de sujeição geral haja um olhar pragmático a vigiar os movimentos hermenêuticos e legislativos” (OSÓRIO, 2023).

²⁴⁷ Atualmente, sobretudo no Direito Espanhol, por exemplo, tem-se adotado a teoria normativa da culpabilidade, ou seja, a culpabilidade identificada com os conceitos de dolo e culpa do agente na prática da conduta ilícita, desprezando-se, em regra, o juízo de reprovabilidade da conduta.

O fato é que a corrente doutrinária que preconiza a aplicação da culpabilidade no Direito Administrativo Sancionador se opõe à crescente aceitação da responsabilidade objetiva, a qual se baseia, em grande parte, na valorização do resultado em detrimento da conduta. Nesse sentido, a introdução do conceito de culpabilidade implicaria o abandono da ideia de que a simples vontade do agente é suficiente para a aplicação da sanção. Já aqueles que apoiam a abordagem que confere um peso significativo ao elemento volitivo, a ponto de admitir que a responsabilidade seja estabelecida com base na mera violação das normas de Direito Administrativo, defendem um modelo de responsabilidade mais rígido, em que a culpabilidade é um elemento essencial na graduação das penas (OSÓRIO, 2023).

Esse debate ocorre principalmente porque, ao contrário do Direito Penal, onde a conduta culposa serve como ponto de partida para a caracterização da infração, no Direito Administrativo, a conduta é tipificada de maneira mais abrangente, de modo que a definição acerca da conduta, se dolosa ou culposa, assume relevância na determinação da sanção, mas não na imputação da responsabilidade. Assim, em certos casos, como nas infrações formais, onde o mero descumprimento de uma ordem ou proibição acarreta sanções, a culpabilidade seria dispensada porquanto essa somente deve ser considerada, sob essa visão ainda dominante na doutrina administrativista, como elemento essencial na caracterização da infração quando o ordenamento jurídico assim o determina, sobretudo, quando se tratar de responsabilidade pessoal.

A partir dessa premissa, a criação de uma culpabilidade própria e diferenciada para o processo administrativo seria uma necessidade decorrente da lógica da administração pública, pautada pela finalidade pública e pela supremacia do interesse coletivo (MILARÉ E. , 2016). Ou seja, ao passo que, nos âmbitos civil e penal, a culpa *stricto sensu* pode ser suficiente para a responsabilização, no contexto administrativo, a intenção de lesar o interesse público ou o dolo eventual devem ser elementos centrais na análise (VORONOFF A. , 2018). Essa exigência de uma culpabilidade mitigada também estaria fundamentada na eficiência e racionalidade na gestão pública, a qual requer que a avaliação da conduta do administrado considere não apenas a observância estrita da legalidade, mas também a otimização dos recursos e o alcance dos objetivos institucionais (OSÓRIO, 2023), e, ainda, na visão de que a culpabilidade funciona

como um instrumento de controle da administração pública, na medida em que a imputação de culpa no processo administrativo não apenas sanciona o administrado, mas também avalia a conduta estatal, promovendo a transparência e a *accountability* (JUSTEN FILHO, 2014).

4.2 Culpabilidade e ônus da prova no Direito Administrativo Sancionador: entre a presunção de legitimidade e veracidade e as garantias inerentes ao Estado de Direito

Admitida a aplicação do conceito de culpabilidade no Direito Administrativo Sancionador, ainda que de uma culpabilidade diferenciada, emergem dúvidas, todavia, sobre sua operacionalização, uma vez que existe um forte debate na doutrina acerca de uma possível mitigação do princípio do ônus da prova no processo administrativo, a qual decorreria da presunção de legitimidade e veracidade dos atos praticados pela Administração Pública.

Como se sabe, a presunção de legitimidade nada mais é do que a qualidade que se revestem os atos administrativos de presumirem-se válidos conforme o Direito. Há, portanto, uma presunção *juris tantum* de que seus atos estão em conformidade com as normas aplicáveis. Essa presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, todavia, não é absoluta, pois admite prova em contrário. Por outro lado, entende-se que a presunção de veracidade diz respeito aos fatos, o que faz com que sejam presumidos como verdadeiros os fatos alegados pela Administração, que ademais deve se pautar pelo dever de descoberta da verdade material (DI PIETRO, 2011).²⁴⁸

²⁴⁸ Segundo Marçal Justen Filho, “a verdade material indica a necessidade de que o procedimento traduza, de modo efetivo e inafastável, a verdade sobre os fatos objetos da controvérsia.” (JUSTEN FILHO, 2014). Ou seja, é função da Administração promover diligências para instruir o processo com o intuito de revelar a verdade fática, inclusive, assumindo a iniciativa probatória, e até podendo indeferir a produção de prova protelatória ou impertinente. Defensora da tese de veracidade dos atos administrativos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que: “[...] diversos são os fundamentos que os autores indicam para justificam esse atributo do ato administrativo: o procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância da lei; o fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos; a necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, predominante sobre o particular; o controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a

Nesse contexto, a autoridade competente não depende da provocação da parte interessada para tomar iniciativas que busquem comprovar os fatos, tampouco é obrigada a restringir seu exame ao alegado nos autos, devendo buscar todos os elementos que possam fundamentar seu entendimento (FERRAZ & DALLARI, 2012, p. 133). Além disso, para prolatar sua decisão no processo administrativo, a autoridade competente deve valer-se de fatos ou provas além daqueles disponíveis nos autos, como os de conhecimento público, ou que estejam, de qualquer maneira, em poder da Administração Pública. Outro aspecto relevante é que a aplicação deste princípio afasta a incidência dos institutos da revelia e da confissão ficta ou real, pois se faz necessário verificar a verossimilhança do alegado. (FERRAZ, DALLARI, 2012, p. 134).

Como decorrência desses pressupostos que informam o Direito Administrativo Sancionador, estabeleceu-se nas últimas décadas um forte debate sobre a aplicação do princípio da presunção da inocência nessa seara sob o argumento de que a ausência de disciplina específica para o procedimento de produção probatória nos processos administrativos de índole sancionatória atrai a incidência, para a regência da matéria, das disposições específicas do processo penal. Isso porque, cabendo à Administração Pública o dever de atuar conforme a lei, motivar os seus atos e dar transparência às decisões, por força do princípio da publicidade, sobre o Poder Público recairia apenas o ônus de demonstrar a legalidade de sua atuação que aponta a violação do Direito por parte do administrado (FERRAZ, DALLARI, 2012, p. 212).

Assim, sendo presumidamente legítima e verídica a imputação da prática de determinado ilícito, caberia ao acusado produzir prova da ilegitimidade ou inveracidade da acusação. São adeptos deste ponto de vista os autores: Maria Sylvia Di Pietro, Romeu Felipe Bacellar Filho, José dos Santos Carvalho Filho e Marçal Justen Filho.²⁴⁹

legalidade; a sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela" (DI PIETRO, 2008, p. 214).

²⁴⁹ Para Romeu Felipe Bacellar Filho, “o sistema jurídico presume, até prova em contrário, a regularidade do exercício da função estatal. Trata-se de uma decorrência do princípio da presunção de regularidade das normas jurídicas editadas pelo Estado [...]. Eis uma importante característica do discurso normativo: a inversão do ônus da prova” (BACELLAR FILHO, 2014, p. 186). Assim, para o autor, o agente público é dotado de autoridade, tem

Já uma segunda corrente doutrinária, formada por autores como Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, Daniel Ferreira, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez e Fábio Medina Osório, defende que a aplicação do princípio da presunção de inocência nos processos administrativos sancionatórios impede a incidência da inversão do ônus da prova e, portanto, da presunção de legitimidade e veracidade nos processos sancionadores, porquanto essa presunção, em muitos casos, pode ferir os direitos subjetivos dos acusados ao comprometer o seu direito de ampla defesa e contraditório, afrontando a própria dimensão principiológica dos valores inerentes ao processo administrativo.²⁵⁰

Nesse sentido, as alegações do Poder Público que embasam a imputação de culpa ao particular gozariam de presunção apenas relativa de legitimidade e veracidade. Ou seja, o acusado seria presumido inocente até certo ponto, mas situações fáticas ou jurídicas podem afetar essa presunção, exigindo que os acusados provem certos fatos e circunstâncias. À vista disso, o princípio da presunção de inocência não seria também absoluto, comportando mitigações que requerem do acusado não apenas a invocação de sua presunção de inocência

poder para emitir atos considerados válidos num primeiro momento, cabendo ao destinatário impugná-los e comprovar a invalidade, pois, apesar de ser a Administração Pública quem acusa, considera-se o ato como se já tivesse sido provado, eximindo-a do dever de prová-lo (BACELLAR FILHO, 2014, pp. 189-191). Afirma Bacellar Filho (2014, p. 191) que a mera impugnação não tem o condão de afastar a presunção de legitimidade do ato. A presunção, para ser afastada, demanda a existência de prova contrária, embora advirta que o ônus da prova compete ao administrado somente enquanto não houver dúvida por parte da Administração sobre a incorreção do ato (BACELLAR FILHO, 2014, p. 192). Também nesse sentido Maria Sylvia Di Pietro (2015, p. 241 - 242), para quem a presunção de veracidade inverte o ônus da prova em processos administrativos: “Da presunção de veracidade decorrem alguns efeitos: 3. A presunção de veracidade inverte o ônus da prova; [...]; nesse caso, [...], o juiz apreciará a nulidade se arguida pela parte.”. Ainda, José dos Santos Carvalho Filho considera que um dos efeitos da presunção de legitimidade é o da inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar que o ato é ilegítimo provar tal ilegalidade (CARVALHO FILHO, 2016, p. 127). Marçal Justen Filho defende a mesma posição quanto à impugnação de ato administrativo na esfera administrativa: Observa-se que a presunção de legitimidade é relativa, o que equivale a uma inversão do ônus da prova. Significa, portanto, que a Administração Pública não tem necessidade de provar que o conteúdo do ato é legítimo, cabendo ao terceiro o ônus de provar ser ele ilegítimo. Nesse contexto, afirma Marçal Justen Filho, no que concerne à ocorrência ou não de fatos afirmados pela Administração, que também não caberia ao acusado provar a existência do fato, pois não se produz prova de fatos negativos ou sem fundamento (JUSTEN FILHO, 2014, p. 397). Já Juarez Freitas entende que ao princípio da confiança ou da boa-fé nas relações administrativas “associa-se à poderosa presunção juris tantum de legitimidade dos atos administrativos, sendo a referida presunção característica invariavelmente típica de todos os atos, diversamente do que sucede com a auto-executoriedade e com a interatividade, que são eventuais”. (FREITAS, 1997, p. 74).

²⁵⁰ Conforme lecionam Sérgio Ferraz e Adilson Dallari, “o prestígio extremo de que goza a presunção de legalidade dos atos administrativos como prerrogativa pura exclusiva a agentes públicos e reflexo do brutal autoritarismo que sempre caracterizou a Administração Pública brasileira, em proveito dos que sempre a tomaram como instrumento de satisfação de seus interesses particulares. Esse estágio não pode mais ser mantido, pois o Estado de direito não convive com meios de favorecimento ao arbítrio. A emergência do conceito de cidadania é incompatível com a colocação do cidadão em posição subalterna aos agentes administrativos, seja qual for o escalão a que pertençam” (FERRAZ & DALLARI, 2012, p. 213).

contra os documentos, mas também a apresentação de prova que se contraponha às alegações da Administração Pública (OSÓRIO, 2023).

Logo, a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos seria relativa porque funciona apenas com um mecanismo de autotutela prévia, perdurando somente até a sua impugnação, a qual inclusive pode se basear na alegação de que o que foi afirmado pela Administração não possui força probatória suficiente para desafiar a presunção de inocência, devendo a decisão ser, com isso, absolutória (ENTERRÍA & FERNANDEZ, 2014).

Há autores, como Daniel Ferreira, que vão além e defendem que, para haver a configuração do ilícito administrativo, exige-se a constatação de uma conduta típica, antijurídica e reprovável, exigência que decorre diretamente da Constituição Federal de 1988, principalmente dos seus princípios que disciplinam o exercício do *ius puniendi* estatal frente à dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, devido processo legal, entre outras garantias (FERREIRA D. , 2010, p. 73).²⁵¹

Desse modo, tratando-se de imputação de ato ilícito, não poderia a Administração Pública optar pelo direcionamento automático do ônus da prova ao acusado, impondo a esse o

²⁵¹ Assim, nas palavras de Daniel Ferreira, o ônus da prova é da Administração, frente à garantia da presunção de inocência: “[...] o acusado em âmbito administrativo goza de constitucional presunção de inocência e até prova em contrário. E, além disto, que o ônus da prova é sempre da Administração Pública, de modo que em não se bem provado a tipicidade (substancialmente objetiva [e subjetiva, conforme o caso]), deverá a autoridade competente decidir pelo arquivamento do feito. O motivo, então, é evidente: *in dubio pro reo*.” Entretanto, Daniel Ferreira frisa que as causas de justificação da conduta ilícita, caso fortuito ou força maior, importam ônus do acusado, sendo assim, são situações que não entrariam em discussão com o princípio da presunção de inocência. Todavia, para o autor, mesmo em caso fortuito ou de força maior, caso o acusado seja hipossuficiente, o ônus da prova não pode ser de seu encargo, sendo dever da Administração Pública provar a capacidade do réu (FERREIRA D. , 2010, p. 294). Para Fábio Medina Osório, o princípio da culpabilidade, que decorre da ideia de presunção de inocência, não tem natureza essencialmente penal, mas constitucional, portanto, limita o Direito Punitivo como um todo, até mesmo na esfera administrativa. Deste modo, “a presunção de inocência é uma garantia plenamente vigente no processo sancionador” (OSÓRIO, 2023, p. 357). Ou seja, Fábio Medina Osório posiciona-se de maneira semelhante a Daniel Ferreira: em geral, compreende que a regra do *in dubio pro reo* se aplica somente em relação ao fato típico, cuja prova então incumbiria ao acusador. Já, as causas justificatórias ou as circunstâncias existentes devem ser provadas pelo acusado. Enterría e Fernández por sua vez têm opinião diversa: entendem que a presunção de “legalidade” dos atos administrativos “é conclusão totalmente incorreta no plano técnico”, e que na verdade apenas transfere “o encargo de acionar ou de impugnar a decisão para destruir a presunção de validade de que se beneficia, mas a impugnação poderá fundamentar-se justamente na falta de prova de que a decisão administrativa partiu” (ENTERRÍA & FERNANDEZ, 2014).

dever de fazer prova negativa, sob a justificativa de que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade.²⁵²

A posição da jurisprudência, entretanto, não é uniforme sobre a garantia da presunção da inocência nos processos administrativos. No mais particular, quanto à distribuição do ônus da prova, encontram-se entendimentos de que a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos implica a inversão do ônus da prova, mas encontram-se, também, precedentes no sentido de que o ônus da prova da infração é do Estado. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência majoritária a favor da inversão do ônus da prova devido à presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, firmada, em especial, no julgamento de casos referentes a processos tributários.²⁵³

²⁵² Registre-se que situação distinta tem ocorrido na prática na esfera dos processos administrativos disciplinares e, destacadamente, dos processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas conduzidos pela Administração Pública federal, nas quais têm sido invocada a aplicação do artigo 36 e 69 da Lei nº 9.784/1999 as regras sobre o encargo probatório em processos administrativos federais (“Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei. [...] Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”). Para os defensores da tese, a hipótese de que apenas a comissão processante ou a Administração Pública possuem o ônus probatório em um PAD e PAR entraria em conflito com a lógica subjacente à distribuição do ônus da prova no contexto processual, cuja centralidade é evitar que o exercício legítimo de direitos seja inviabilizado pelo excesso de encargos impostos a qualquer uma das partes envolvidas. Assim, concentrar toda a responsabilidade probatória em apenas um dos participantes de um processo dialético não apenas afrontaria o princípio da isonomia, mas também paralisaria o curso do processo sancionador. Afirmar isso seria, portanto, reconhecer que qualquer pessoa, física ou jurídica, que faça alegações em um PAD ou PAR assumiria o ônus de provar o que afirma, de modo que qualquer interpretação que isente os agentes envolvidos de qualquer encargo probatório vai contra a legislação administrativa vigente (MAIA & LIRIO, 2022). Contudo, tal interpretação representa um descompasso tanto do ponto de vista normativo, quanto do ponto de vista constitucional, na medida em que a aplicação subsidiária acrítica da lei do processo administrativo federal não apenas impõe desafios a concreta aplicação da culpabilidade no sancionamento das pessoas físicas e jurídicas, como afronta a própria dimensão constitucional da unicidade do poder sancionatório do Estado.

²⁵³ PROCESSUAL CIVIL. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. PLANO COLLOR II. CONGELAMENTO DE PREÇOS. COBRANÇA DE PREÇO SUPERIOR AO CONGELADO. MULTA ADMINISTRATIVA. AUTORA QUE ALEGA VÍCIO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO, CUJA NULIDADE POSTULA SEJA DECLARADA. RÉU QUE, SEM ALEGAR FATO NOVO, DEFENDE A ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. ÔNUS DA AUTORA DE PROVAR O FATO CONSTITUTIVO DO SEU DIREITO. CPC, ART. 333, I. I - Ao autor cabe o ônus de provar o fato constitutivo de seu alegado direito; ao réu cabe a prova dos novos fatos que alegar, sejam impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. II - No caso, a recorrida ajuizou ação que denominou anulatória de débito, alegando na petição inicial a invalidade do processo administrativo que culminou na imposição de multa. Haveria, portanto de provar o fato que redundaria no seu alegado direito de não ser multado, afastando, assim, a presunção de legalidade do ato administrativo. Não tendo provado o vício que entendia inquirar o processo administrativo, este é válido e produz efeitos, não sendo exigível da administração recorrente fazer prova que contrarie os fatos alegados pela outra parte. (Grifo acrescido). (STJ, REsp 813799, 2006). Pode-se concluir, portanto, que, apesar de a jurisprudência majoritária defender a aplicação de um devido processo administrativo, defende, também, a inversão do ônus da prova frente à presunção de

4.3 Aspectos da culpabilidade da pessoa jurídica no Direito Administrativo Sancionador

Uma vez exposto, em termos gerais, como se delineia o debate no âmbito do Direito Administrativo acerca do conceito de culpabilidade aplicável aos seus processos sancionadores, passa-se a examinar se a construção de uma culpabilidade própria a essa seara jurídica, amoldada às peculiaridades que caracterizam as relações que se estabelecem nessa esfera, se estende também aos processos que envolvem os entes coletivos. É dizer, se é possível se falar na verificação de uma culpabilidade corporativa como fundamento da responsabilização da pessoa jurídica.

Conforme demonstrado, se, por um lado, há consenso no campo do Direito Administrativo Sancionador acerca da aplicação do princípio da culpabilidade como exigência genérica, de caráter constitucional, que limita o Estado na imposição de sanções a pessoas físicas, o mesmo não ocorre, no entanto, em relação à pessoa jurídica, cujo modelo de

legitimidade dos atos administrativos. Todavia, no caso de ausência de prova o ônus permanece da Administração Pública.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, MEDIANTE ANÁLISE DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUI PELA HIGIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO. REVISÃO QUE ENCONTRA ÓBICE NO ENTENDIMENTO DA SÚMULA N. 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. SÚMULA N. 284 DO STF. 1. Conforme consta da lei e é dito pela jurisprudência, a Certidão de Dívida Ativa goza da presunção de certeza e liquidez, sendo ônus do executado fazer prova de sua nulidade. E se as instâncias ordinárias concluem pela higidez do título executivo, não pode o Superior Tribunal de Justiça rever o entendimento (Súmula n. 7 do STJ). A respeito: AgRg no AgRg no AREsp 235.651/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/09/2014; EDcl no AREsp 513.199/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 26/08/2014. 2. Se houve um processo administrativo para o lançamento e a ação de embargos do devedor oportuniza ampla produção probatória, ante a presunção juris tantum de veracidade e legitimidade do título executivo, é da parte executada o ônus de fazer prova da nulidade do lançamento, não sendo suficiente a tal finalidade a alegação de que o processo administrativo não se encontra juntado no processo executivo. 3. Agravo regimental não provido. (Grifo acrescido). (STJ, AgRg no REsp 1421835, 2014).

responsabilização tem como regra o caráter objetivo, ou seja, a possibilidade de imputação independente de culpa.

De fato, o Direito Administrativo tradicionalmente sempre adotou sistemas de responsabilidade objetiva fundados na teoria do risco da atividade e admitiu a existência de uma liberdade de configuração legislativa sobre a disciplina da matéria, já que não haveria nenhuma exigência constitucional específica a condicionar a sanção da pessoa jurídica à comprovação de sua culpabilidade. Nesse sentido, seria possível, conforme a legítima opção do legislador, estabelecer um tratamento mais ou menos rigoroso no sancionamento das empresas, levando-se em consideração, ou não, o comportamento corporativo em face da inevitabilidade do fato e dos deveres de vigilância e cuidado objetivos decorrentes dos riscos empresariais. Ou seja, a depender do desenho regulatório adotado, mostrar-se-ia tranquilamente possível para o Direito Administrativo trabalhar sob a perspectiva de valoração subjetiva dos atos delitivos resultantes da ação ou omissão da pessoa jurídica (OSÓRIO, 2023).

Ocorre que, nos últimos anos, o debate que se encontra avançado no âmbito do Direito Penal acerca da exigência de culpabilidade como elemento indispensável de reprovação da conduta e, portanto, de imputação de responsabilidade à pessoa jurídica, vem ganhando força também no Direito Administrativo Sancionador, em especial como decorrência do movimento de expansão e administrativização do Direito Penal que se expressa, conforme se viu anteriormente, no alargamento da tipificação administrativa de condutas, no endurecimento das sanções administrativas – as quais, pelo seu rigor, passam a ser caracterizadas muitas vezes como verdadeiras normas penais encobertas – e na utilização do Direito Administrativo como um direito de gestão de riscos que, cada vez mais, pune condutas que oferecem apenas um perigo abstrato.

Nesse contexto, nos moldes dos debates travados na esfera penal, começam a emergir também no campo do Direito Administrativo Sancionador posições doutrinárias que buscam construir, com vistas à adoção de uma abordagem regulatória mais justa, equitativa e responsiva na imputação de responsabilidade às organizações, a adequação do conceito de culpabilidade penal da pessoa jurídica, fundado na ideia de deveres de vigilância e defeito de

organização, ao processo administrativo (VORONOFF A. B., 2019).²⁵⁴ Esse movimento, inclusive, já pode ser observado na disciplina de algumas espécies de processos administrativos sancionadores, a exemplo do que vem ocorrendo nas searas ambiental, antitruste, financeira e anticorrupção, conforme analisar-se-á adiante.

Desse modo, o exame do cumprimento desse dever de implementação de medidas aptas a evitar a realização dos riscos inerentes à atividade empresarial ensejaria a configuração da culpabilidade e poderia mesmo inviabilizar a imposição de sanções quando, diante de determinadas situações, não restar comprovada a reprovabilidade da conduta em razão da empresa ter atuado diligentemente e como espera o ordenamento jurídico, por exemplo, ou se tratar de fato que não poderia a empresa evitar ou de ato lesivo que não possa ser associado à organização. Ou seja, a culpabilidade começa a ser considerada como verdadeira garantia de que a imposição de sanção à empresa efetivamente aconteça nos casos em que se verifique uma culpa que lhe seja própria, medida pela adequação e eficácia de seu programa de compliance ou pelas medidas em geral de autorregulação, controle e vigilância implementadas pela pessoa jurídica.

Nesse contexto, abrindo espaço para a introdução de uma culpabilidade própria e diferenciada da pessoa jurídica no processo administrativo sancionador, busca-se, nesta tese,

²⁵⁴ Segundo a autora, as pessoas jurídicas são responsáveis por sua capacidade de cometer infrações com fundamento em culpa por vícios organizacionais, uma vez que a falta de cuidado se evidencia por não terem tomado todas as providências necessárias para o correto desenvolvimento de suas atividades de acordo com os regulamentos, aqueles que teriam impedido a produção de infrações. Nesse sentido, a não adoção dessas medidas implica um déficit organizacional que leva ao cometimento da infração e, portanto, à imposição de uma sanção. Nada obstante, a Professora Alice Voronoff se posiciona de forma contrária à aplicação dos princípios, regras e institutos do direito penal ao direito administrativo sancionador, como se essa aplicação, ainda que mitigada ou amoldada às especificidades da Administração Pública compromettesse a eficiência regulatória do processo administrativo. Segundo ela, é preciso superar “a crença, bastante difundida, de que, sendo o *ius puniendi* estatal único, caberia ao intérprete estender automaticamente princípios e garantias do direito penal à seara administrativa sancionatória. Esse tipo de discurso, que é de fácil aderência e tem potencial para rapidamente se disseminar, gera efeitos colaterais preocupantes. Realmente, ele negligencia as particularidades que fazem da sanção administrativa um instrumento do direito administrativo (e não do direito penal), voltado à realização de fins cometidos pelo legislador à Administração Pública. Uma ferramenta que, nessa condição, opera segundo uma lógica própria para a produção de incentivos também peculiares. Dito de outra forma, o direito administrativo sancionador e seus institutos ostentam características finalísticas, operacionais e funcionais particulares. E isso faz com que o discurso de transposição de garantias, quando invocado de forma acrítica, dê lugar a soluções inviáveis, irrazoáveis e anti-isonômicas. [...]”

analisar a presente problemática sob a perspectiva regulatória e à luz da teoria da regulação responsiva, porquanto, reconhecendo-se que a sanção, mais do que uma finalidade punitiva e retributiva, deve ter por objetivo a prevenção e inibição de desvios de conduta e a conformação do comportamento do acusado, entende-se que, também em relação à pessoa jurídica, esse caráter instrumental e responsivo do processo e da sanção deve ser observado, nos termos que serão apresentados no capítulo 6, o que requer a avaliação e valoração do comportamento da empresa, ou seja, de sua culpabilidade, como critério de imputação de responsabilidade.

5. A CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO

Como demonstrado no capítulo anterior, o Direito Administrativo Sancionador construiu, ao longo de sua história, uma noção de culpabilidade própria, não transposta do Direito Penal, a ser aplicada aos processos administrativos. Uma concepção de culpabilidade como princípio constitucional que limita e condiciona o poder estatal e, em alguns casos, quando se trata da persecução de indivíduos, de culpabilidade como elemento configurador do dolo e da culpa em sentido estrito.

No que toca à pessoa jurídica, todavia, sempre prevaleceu a regra, que ainda vigora na legislação, jurisprudência e doutrina administrativista, de que a imputação de responsabilidade à pessoa jurídica é, em essência, objetiva, bastando, para tanto, a simples existência do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o fato causador e o dano existente.

Nesse sentido, a fim de compreender melhor como esse debate evoluiu na prática, este capítulo debruçar-se-á sobre a experiência de diversos ramos do Direito brasileiro que optaram pela responsabilização da pessoa jurídica pela via administrativa, a fim de analisar não somente como cada legislação setorial disciplina o seu respectivo processo administrativo sancionador, mas, também, a natureza jurídica que é atribuída à responsabilidade – se objetiva ou subjetiva – e a forma como o comportamento corporativo é considerado em cada seara.

5.1 A imputação objetiva de culpa à pessoa jurídica como regra

Ao longo da trajetória jurídica brasileira, o sistema de responsabilização das pessoas jurídicas passou por transformações significativas. Nesse contexto, a responsabilização da pessoa jurídica emerge como uma das principais estratégias de reparação dos danos ocasionados a indivíduos na sociedade moderna, notadamente na esfera da responsabilização civil.

A responsabilidade civil objetiva, prescinde, portanto, da comprovação de dolo ou culpa, afastando o elemento subjetivo como requisito para imputação de responsabilidade, distinguindo-se da responsabilidade subjetiva, evitando que a vítima se veja desprovida de qualquer forma de indenização ao ter que demonstrar, a cada instância, a culpa do agente causador do dano (PINHO, 2018).

Nesse sentido, a responsabilização objetiva prescinde de três elementos essenciais: a configuração de um dano, a prática de um ato juridicamente ilícito e o estabelecimento do nexo de causalidade entre ambos. Assim, a responsabilidade civil objetiva, embora não demande a demonstração de dolo ou culpa por parte do causador do dano, requer a existência efetiva do nexo de causalidade entre o fato gerador e o prejuízo sofrido (PINHO, 2018).

Nesse sentido, a partir do que se passa a expor, é possível verificar que o direito brasileiro, a partir da Constituição de 1988 e da própria legislação setorial, tende a adotar como regra a natureza objetiva da responsabilidade, em que pese mitigações legais ou avanços doutrinários que indicam maior abertura para a admissão da culpabilidade da empresa.

5.1.1 A responsabilidade objetiva da empresa por violação das regras consumeristas

A defesa do consumidor recebe guarida na própria Constituição Federal de 1988, que dispõe em seu artigo 5º, XXXII²⁵⁵ sobre o dever do Estado, na forma da lei, de promover tal direito e prevê no art. 24, V e VIII, §§ 1º e 2º a competência concorrente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para adotar as medidas necessárias para assegurar a proteção da defesa do consumidor, inclusive do poder de polícia administrativa para tutelá-lo.

A Lei n.º 8.078, de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor - CDC, veio atender ao comando constitucional, disciplinando, entre outras questões, em seus artigos

²⁵⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

55 a 59, o rol de sanções aplicáveis em face das infrações consumeristas que tipifica²⁵⁶, inaugurando, assim, os parâmetros de tutela do que autores defendem como um direito administrativo do consumidor, a partir do qual a Administração Pública atuará de forma preventiva e repressiva na verificação dos atos praticados pelas sociedades empresariais (AZEVEDO F. C., 2008).

O CDC foi regulamentado, por sua vez, pelo Decreto n.º 2.181, de 1997, o qual estabeleceu as regras de funcionamento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) que congrega Procons, Ministério Público, Defensoria Pública, Delegacias de Defesa do Consumidor, Juizados Especiais Cíveis e Organizações Cíveis de defesa do consumidor que, atuando em conjunto com a Secretaria Nacional de Consumidor (SENACOM)²⁵⁷, sustentam o poder de polícia administrativa na defesa do consumidor (AZEVEDO F. C., 2008).

Foi o Código de Defesa do Consumidor que sedimentou no direito brasileiro a teoria da imputação objetiva de culpa à pessoa jurídica como regra ao prever a responsabilidade administrativa objetiva da empresa nos casos decorrentes de responsabilização do fornecedor. Nesse sentido, o CDC dispõe no *caput* de seus artigos 12 e 13 que a pessoa jurídica sujeita à

²⁵⁶ Assim dispõe o Código de Defesa do Consumidor sobre o rol de sanções administrativas aplicáveis em face de infração consumerista: Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços. [...] Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

²⁵⁷ A Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), criada pelo Decreto nº 7.738, de 28 de maio de 2012, integra o Ministério da Justiça e Segurança Pública e tem suas atribuições estabelecidas no art. 106 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 3º do Decreto nº 2.181/97. A atuação da Senacon concentra-se no planejamento, elaboração, coordenação e execução da Política Nacional das Relações de Consumo, com os objetivos de: (i) garantir a proteção e exercício dos direitos dos consumidores; (ii) promover a harmonização nas relações de consumo; (iii) incentivar a integração e a atuação conjunta dos membros do SNDC; e (iv) participar de organismos, fóruns, comissões ou comitês nacionais e internacionais que tratem da proteção e defesa do consumidor ou de assuntos de interesse dos consumidores, dentre outros. (BRASIL, 2021, p. 1).

legislação consumerista responde independentemente de culpa pelos danos que seus produtos ou serviços causar a consumidores.²⁵⁸

Note-se, dessa forma, que o CDC estabelece a adoção da responsabilidade objetiva pelas infrações administrativas na medida em que afasta a necessidade de comprovação de qualquer elemento de dolo ou culpa do agente infrator, notadamente, do fabricante, produtor ou construtor, sem prejuízo de eventuais sanções cíveis ou penais, voltadas para a proteção do consumidor. Destaca-se, ainda, que a desnecessidade de se aferir a culpa é reforçada em seguida no artigo 14 da Lei, que também prevê que a responsabilização se dará independentemente da existência de culpa.²⁵⁹

Ressalte-se que tal modelo de responsabilidade objetiva adotada pelo CDC está ancorada na Teoria do Risco-Proveito, segundo a qual o agente que auferir proveito ou vantagem do ato ilícito causador do dano, mesmo que indiretamente, deverá repará-lo e por ele responderá independente da culpa²⁶⁰. Ou seja, basta, para a configuração do ilícito e correspondentes responsabilização do agente infrator, a simples relação de causa e efeito entre a conduta e o dano, cabendo à autoridade administrativa demonstrar unicamente a conduta, ativa ou omissiva, o efetivo dano e a liame de causalidade entre ambos para configurar-se a responsabilidade do agente (NADER, 2015).

²⁵⁸ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. [...]

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis. -grifou-se.

²⁵⁹ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

²⁶⁰ Nesse sentido, a simples atividade econômica gera o dever objetivo de reparar os eventuais danos por esta causados, de modo que “pela teoria do risco-proveito, responsável pelos prejuízos individuais ou transindividuais é quem se beneficia das atividades de risco. Natural que o agente, a favor de quem todo um mecanismo é acionado e lhe traz resultados favoráveis, repare os danos causados a outrem” (NADER, 2015, p. 116).

À vista do que dispõe a legislação, não obstante o esforço de parte da doutrina de buscar construir hipóteses em que essa responsabilização exigiria o elemento subjetivo de culpa para configuração²⁶¹, o fato é que a jurisprudência, inclusive no âmbito dos tribunais superiores, se consolidou no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por infrações consumeristas. Merece destaque, nesse sentido, a ilustrar o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a decisão prolatada no julgamento do REsp 1784264/SP²⁶², relatado pelo Ministro Herman Benjamin, a qual, ao analisar controvérsia sobre a existência de

²⁶¹ Veja, por exemplo, a ponderação trazida por Marques, Benjamin e Miragem, segundo os quais as sanções por infrações consumeristas previstas no Código de Defesa do Consumidor dividem-se em duas espécies: i) sanções administrativas objetivas que, na contramão da lógica reparatória e inibitória das sanções administrativas, pretendem preservar o consumidor de eventuais riscos em detrimento da submissão imediata do infrator ao prejuízo decorrente da conduta ilícita; e ii) sanções administrativas subjetivas, assim descritas “porque visam não a proteção do consumidor em relação a produto ou serviço que eventualmente ofereça risco, mas a própria atividade do fornecedor, cuja ilicitude em face às normas do CDC determina a sanção de modo mais amplo” (MARQUES, BENJAMIM, & MIRAGEM, 2010, p. 1388).

²⁶² PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA OBJETIVA E SOLIDÁRIA DE PESSOA JURÍDICA. AÇÃO ANULATÓRIA. MULTA ADMINISTRATIVA. PROCON. ARTS. 4º, I, II e VI, 6º, III, 30, 31, CAPUT, 37, § 3º, 55, 56 E 105 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DEVER INFORMAÇÃO PRÉVIA, ADEQUADA E CLARA. OFERTA ENGANOSA POR OMISSÃO. DADO ESSENCIAL DO PRODUTO OU SERVIÇO. INDUÇÃO DO CONSUMIDOR EM ERRO. 1. Trata-se, na origem, de Ação Anulatória proposta pela Fiat Chrysler impugnando Auto de Infração por descumprimento do art. 31, caput, do Código de Defesa do Consumidor - CDC. Incontroverso que o fornecedor deixou de informar sobre a incompatibilidade do dispositivo de comunicação bluetooth oferecido ("Fiat Connect") com alguns modelos de telefone celular. Voto-vista do Ministro Og Fernandes que substitui in totum o voto original do Relator, após reflexão e reposicionamento. 2. A responsabilidade administrativa no CDC é solidária, incluindo, no polo subjetivo, toda a rede de fornecedores - fabricante, importador, distribuidor e vendedor final. Limitá-la ao sujeito mais próximo do consumidor equivaleria a aceitar, por meio de extremado artificialismo, a utilização do poder de polícia para finalidade ilícita de blindagem de atores dominantes no mercado de consumo, de que decorreria o enfraquecimento do cânone da isonomia e a terceirização de infrações por meio de "laranjas". A imputabilidade concentrada serviria para isentar irrestritamente o fabricante e o distribuidor, despejando apenas contra o fornecedor derradeiro (amiúde o elo menos potente da corrente de fornecimento) todo o peso da reprimenda administrativa a vícios de qualidade, quantidade e informação. [...] **4. Exigir elemento subjetivo na responsabilidade administrativa de consumo - de pessoa jurídica -, além de agregar pressuposto não previsto pelo legislador, contraria o ethos, a lógica e a harmonia do microssistema normativo especial, lastreado no reconhecimento ope legis da vulnerabilidade do consumidor, em cujo interesse agem os Procons. A responsabilidade administrativa de pessoa jurídica e as sanções previstas no art. 56 do CDC seguem o regime objetivo e solidário da responsabilidade civil, dispensados dolo ou culpa e com incidência sobre todos aqueles que compõem a cadeia de fornecedores. Precisa, então, a posição do Ministro Og Fernandes, aqui inteiramente incorporada, no sentido de que, na matéria em discussão, o Recurso Especial merece provimento "para reconhecer a responsabilidade objetiva e solidária pela veiculação do anúncio publicitário", determinando-se, "por conseguinte, o retorno dos autos para que a instância de origem reavalie a sanção administrativa com base nas premissas jurídicas ora fixadas" (grifo acrescentado).** 5. Recurso Especial conhecido e parcialmente provido. (REsp n. 1.784.264/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/6/2019, DJe de 20/8/2020.) - grifou-se. Ressalte-se que, ao analisar o posicionamento do magistrado de primeira instância que aplicou a teoria da culpa, a Corte ponderou que, para além de inovadora, uma vez que inexistia previsão legal nesse sentido, a decisão do TJSP afrontou o eixo normativo da proteção dos interesses dos consumidores, visto que a atuação dos Procons na aplicação das sanções administrativas possuem como função precípua a tutela da hipossuficiência e vulnerabilidade dos consumidores em face dos fornecedores de produtos e serviços a exigir, portanto, a incidência da responsabilidade objetiva, que dispensa a aferição de culpa ou dolo

solidariedade entre a cadeia de fornecedores e sobre a natureza da responsabilidade administrativa da empresa, se objetiva ou subjetiva, fixou a tese de que o CDC não diferenciou os elementos da responsabilidade dos fornecedores pessoas jurídicas de produtos e serviços em razão da autoridade legalmente incumbida de cobrá-la civil ou administrativamente (BRASIL, 2019), de modo que “os fundamentos jurídicos da responsabilidade a serem considerados em cada ocasião, se com base na teoria da culpa ou na responsabilidade objetiva, devem ter por norte a natureza da infração cometida (se civil e administrativa de um lado e, do outro, penal), e não a autoridade competente para atuar diante de violação de dever previsto” (BRASIL, 2019, p. 9).

Ou seja, na esfera do direito administrativo do consumidor, a “índole objetiva” da responsabilização da pessoa jurídica, que prescinde da verificação dos elementos de culpabilidade do agente infrator, mostrar-se-ia indiscutível no “microsistema do CDC” (BRASIL, 2019, p. 11), bastando, nos termos expostos, que seja comprovada a existência do dano ou do risco de lesão ou prejuízo ao consumidor para que a responsabilidade seja objetivamente considerada (PINHO, 2018).

5.1.2 A responsabilidade objetiva da empresa por infração a licitações ou inexecução de contratos administrativos

O atual regime de responsabilização das pessoas jurídicas por infrações a licitações ou por vícios na execução dos contratos administrativos encontra-se previsto na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 14.133/2021) que, ao substituir a Lei n.º 8.666/1993, conferiu maior centralidade ao procedimento de apuração dos ilícitos contratuais e licitatórios. A Lei n.º 14.133/2021²⁶³ promove, concomitantemente, maior detalhamento das sanções licitatórias e contratuais, dispondo sobre os objetivos do processo e os procedimentos de condução e instrução, ao mesmo tempo em que consolida em seu texto dispositivos antes

²⁶³ Uma vez que a nova Lei de Licitações substituiu o regime anterior previsto na Lei n.º 8.666/1993, essa será analisada de maneira tangencial e comparativa, notadamente, no que se refere às principais diferenças entre a lei antiga e a nova legislação quanto aos instrumentos sancionatórios.

previstos em outras normas que orientavam os processos licitatórios e contratuais da Administração²⁶⁴.

Nesse contexto de uniformização e consolidação do regime jurídico sancionatório, faz-se necessário analisar, sem a pretensão de esgotamento do tema, a ampliação da importância conferida pela nova lei às sanções licitatórias e contratuais em relação à Lei n.º 8.666/1993, o incremento dos ilícitos passíveis de sanções, bem como a ausência de menção expressa sobre a natureza da responsabilidade da empresa por infrações a licitações ou inexecução de contratos administrativos para, por fim, avaliar de que maneira o reconhecimento dos programas de integridade e a exigência do compliance nas contratações públicas surge como um importante mecanismo para a gestão do processo de contratações da Administração Pública.

Isso posto, registra-se inicialmente que a Lei n.º 8.666/1993 já previa em seus artigos 86, 87 e 88 o rol de sanções administrativas decorrentes de atraso ou inexecução contratual aplicáveis também às empresas que tenham praticado ilícitos com o objetivo de frustrar os procedimentos de licitação.²⁶⁵ De forma geral, a mencionada lei previa a aplicação das sanções de advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e declaração de inidoneidade como consequência do atraso injustificado ou da inexecução parcial ou total do contrato firmado com a Administração Pública sem, contudo, se debruçar de forma apropriada sobre os ilícitos cometidos na fase pré-contratual, limitando-se, nos termos do

²⁶⁴ A Lei n.º 14.133/2021 incorpora normas antes previstas na Lei do Pregão (Lei n.º 10.520/2002), bem como na Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei n.º 12.462/2011), avançando, assim, na unificação do regime jurídico e na uniformização das sanções licitatórias e contratuais.

²⁶⁵ Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. [...] Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. [...] Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

mencionado artigo 88, inciso II, a estender as mesmas sanções previstas nos incisos III e IV às infrações anticompetitivas.

Por sua vez, a nova lei de licitações e contratos inova ao estabelecer um rol de doze ilícitos²⁶⁶ sujeitos a sanções administrativas²⁶⁷, ao mesmo tempo em que confere maior atenção às sanções aplicadas à empresa responsável pelas infrações administrativas. Assim, mantendo as sanções já previstas na Lei n.º 8.666/1993, quais sejam, advertência, multa, impedimento de licitar e contratar, e declaração de inidoneidade, a Lei n.º 14.133/2021 apresenta um rol de sanções gradativas diretamente vinculadas ao grau de lesão da infração cometida pelos licitantes e contratantes.

Com efeito, a ausência de pressupostos para a aplicação das sanções administrativas era apontado pela doutrina como um dos principais problemas do regime sancionatório da Lei n.º 8.666/1993, o qual levou, inclusive, o Tribunal de Contas da União, no julgamento do paradigmático Acórdão 536/2011²⁶⁸, a determinar a previsão no edital da licitação e no contrato administrativo das infrações administrativas, suas sanções correspondentes e a respectiva graduação.

²⁶⁶ Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: I - dar causa à inexecução parcial do contrato; II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; III - dar causa à inexecução total do contrato; IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame; V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado; VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

²⁶⁷ Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: I - advertência; II - multa; III - impedimento de licitar e contratar; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar [...].

²⁶⁸ No julgamento do Acórdão, firmou-se enunciado: “Devem ser previstas claramente no edital da licitação, e no contrato decorrente, as situações que ensejarão a aplicação de sanções e a respectiva graduação, de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser apenada.” BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão nº 536/2011. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 02 de março de 2011.

Assim, a Lei nº 14.133/2021 não só ataca esse problema nos parágrafos do art. 156, mas estabelece, no parágrafo primeiro,²⁶⁹ as balizas para a fixação das penalidades, prevendo, de forma inédita,²⁷⁰ a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle, como critério de atenuação da sanção, ao passo que, nos parágrafos segundo a quinto,²⁷¹ estabelece uma relação de correspondência entre as infrações administrativas e as consequentes sanções cabíveis, instituindo pirâmide de gravidade gradual das infrações e sanções administrativas.²⁷²

Desse modo, com a possibilidade de que programas de integridade de empresas sejam considerados na aplicação da sanção, conforme se observa do inciso VII do mencionado artigo 156, a nova Lei de Licitações acaba por introduzir elementos de avaliação do comportamento da empresa, ou seja, de sua culpabilidade na prática da infração, o que de certa forma mitiga o caráter objetivo de responsabilização da pessoa jurídica por infrações licitatórias

²⁶⁹ Art. 156 [...] § 1º **Na aplicação das sanções serão considerados:** I - a natureza e a gravidade da infração cometida; II - as peculiaridades do caso concreto; III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes; IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública; **V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle** - grifou-se

²⁷⁰ O ineditismo aqui se refere às disposições legais que disciplinam as licitações e contratos no âmbito da Administração Pública Federal, pois, nos últimos anos, diversos entes estaduais e municipais instituíram a necessidade de adoção de programas de compliance nas contratações públicas, como a Lei n.º 7.753/2017, do Estado do Rio de Janeiro, a Lei n.º 6.112/2018, do Distrito Federal, as quais estabelecem a obrigatoriedade da implementação de programa de integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública. Para melhor compreensão da atuação dos entes federados na temática, recomenda-se a leitura da obra Exigência de Compliance nas licitações e Contratações Públicas em Estados e Municípios, disponível em: <http://www.braganascimento.com.br/informativo/2018/02/licitacoes.pdf>.

²⁷¹ “Art. 156. [...] § 2º A sanção prevista no inciso I do caput deste artigo será aplicada exclusivamente pela infração administrativa prevista no inciso I do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave. § 3º A sanção prevista no inciso II do caput deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei. § 4º A sanção prevista no inciso III do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos. § 5º A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.”

²⁷² Não obstante o avanço empreendido pela Lei nº 14.133/2021 na regulamentação da matéria, a correspondência dos tipos e sanções, todavia, permaneceu sujeita à discricionariedade administrativa. A análise conjunta dos dispositivos indica que a infração do inciso I é respondida, por exemplo, com advertência e/ou multa, mas todos os outros tipos podem ser respondidos com a sanção mais grave declaração de inidoneidade, sem prejuízo da aplicação de multa, condicionada à justificativa de aplicação de sanção mais grave.

e contratuais. Observa-se, ainda, o reconhecimento do legislador acerca da importância dos programas de compliance ao prever a utilização desses como critério mandatório para reabilitação do licitante ou contratado sancionado²⁷³ e como exigência na contratação de obras de grande vulto²⁷⁴, bem como critério mandatório para reabilitação do licitante ou contratado, como também critério de desempate entre duas ou mais propostas de contratação²⁷⁵.

Com isso, os programas de integridade passam a ser considerados como instrumento de avaliação do comportamento e do grau de culpabilidade da empresa na prática da infração e como elemento apto a limitar sua responsabilidade administrativa objetiva na medida em que revelam o esforço ativo da pessoa jurídica para evitar e prevenir falhas de organização que propiciam desvios de conduta e, conseqüentemente, o cometimento de ilícitos em nome ou em benefício da pessoa jurídica (LOSINSKAS & FERRO, 2022).

Contudo, embora a nova Lei de Licitações estabeleça parâmetros mais claros acerca do procedimento de condução, instrução e julgamento do processo sancionador por ilícitos licitatórios e contratuais, bem como detalhe as potenciais condutas infracionais, ela mantém a lacuna normativa já constante da Lei n.º 8.666/1993 acerca da definição do regime de responsabilização administrativa dela decorrente.

É verdade que, ao estabelecer um modelo responsivo escalonável de punição, a Lei nº 14.133/2021 parece, implicitamente, reconhecer a incidência da culpabilidade do sancionado na fixação dos elementos atenuantes que devem ser considerados na aplicação das sanções em cada um de seus patamares. No entanto, diante da ausência de disposição expressa sobre a

²⁷³ Art. 163. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente: [...] Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do caput do art. 155 desta Lei exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

²⁷⁴ Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento. [...] § 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

²⁷⁵ Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem: [...] IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

natureza de tal responsabilidade administrativa, há correntes doutrinárias que defendem que a natureza objetiva do regime jurídico de responsabilização por infrações licitatórias e contratuais pode ser extraída da simbiose entre disposições da nova Lei de Licitações e da Lei n. 12.846/2013, Lei Anticorrupção (CAPAGIO & COUTO, 2021).²⁷⁶

Isso porque a Lei Anticorrupção prevê, em seu artigo 5º, inciso IV, alíneas “a” a “g”, que uma das hipóteses de responsabilização da pessoa jurídica por atos lesivos contra a Administração Pública é exatamente o cometimento de fraudes no processo licitatório ou na execução de contratos²⁷⁷. Nesse contexto, a LAC, ao dispor sobre a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas por ilícitos cometidos durante o processo licitatório e no decorrer da execução contratual, funcionaria como elemento densificador da consideração da responsabilidade administrativa objetiva das pessoas jurídicas, na medida em que prevê expressamente em seu artigo 2º que, no âmbito administrativo e civil, a empresa responderá objetivamente pelos atos lesivos praticados na LAC, sendo inexigível, portanto, qualquer comprovação do dolo ou da culpa da empresa.

Percebe-se, nesse sentido, que a nova Lei inaugura um novo regime jurídico de responsabilização²⁷⁸ por infrações licitatórias e contratuais ao prever que o comportamento da

²⁷⁶ Ressalte-se que o art. 159 da Lei nº 14.133/2021 determina que as infrações administrativas em licitações e contratos da Administração que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei n. 12.846/2013 e serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos

²⁷⁷ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: [...] IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

²⁷⁸ Ressalte-se que, na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, o debate sobre a mitigação da responsabilidade administrativa objetiva foi objeto de análise, ainda que superficialmente, por ocasião do julgamento do TC 015.239/2012-8 (Acórdão 754/2015). Ao analisar o caso, ainda sob a vigência da Lei n.º 8.666, a Ministra Relatora Ana Arraes entendeu que, apesar da desnecessidade de se aferir o dolo ou a má-fé do agente, seria necessário analisar a dimensão culposa da conduta do agente que inexecutar, total ou parcialmente, contrato firmado com a Administração Pública. Nesse sentido, ao analisar sanção prevista na Lei do Pregão, apontou que: “30. Para a aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002, a norma não requer a comprovação de dolo ou má-fé no cometimento dos ilícitos nela elencados. É suficiente que o licitante tenha se conduzido

empresa licitante ou contratada pela Administração Pública, externado por meio de seu programa de integridade, antes desconsiderado no processo sancionador, deverá ser objeto de avaliação na dosimetria da sanção administrativa, estabelecendo, nos mesmos moldes do quanto previsto na Lei Anticorrupção, conforme será detalhadamente analisado no tópico adiante que tratará da responsabilidade da pessoa jurídica na Lei nº 12.846/2013, um modelo de responsabilização administrativa objetiva mitigado, que flexibiliza o tradicional regime de responsabilidade sem culpa.

5.1.3 A responsabilidade objetiva da empresa por descumprimento de obrigações regulatórias nos processos sancionadores conduzidos pelas Agências

Inseridas no contexto de reformulação do papel do Estado na ordem econômica, às agências reguladoras foi delegado um amplo rol de possibilidades e competências de intervenção na atividade econômica. À vista disso, conferiu-se às agências poderes de coordenação, intervenção e regulação de áreas sensíveis de setores econômicos, bem como funções normatizadoras e sancionatórias, valendo-se, assim, tanto de competências normativas e judicantes, quanto daquelas atinentes à administração do setor regulado (ARAGÃO A. S., 2013).

Nesse cenário de evolução do grau de relevância da atuação das agências, ganha destaque o poder sancionatório a elas atribuído que, inserido em um contexto de imprecisão quanto ao alcance e a natureza da responsabilidade administrativa por descumprimento de obrigações regulatórias, merece ser apropriadamente examinado tanto a luz do que prevê a Lei Geral das Agências Reguladoras, Lei n.º 13.848/2019²⁷⁹, quanto pelas sistemáticas legais

culposamente ao cometer uma das irregularidades elencadas no dispositivo. As condutas de ‘fraudar na execução do contrato’ e de ‘cometer fraude fiscal’, constituem exceções, pois suas tipologias requerem a presença de elemento subjetivo caracterizado pelo dolo (parágrafo 61). [...] 32. Em face do exposto, é oportuno registrar que a presença da conduta dolosa se faz necessária não para a caracterização do cometimento de infração prevista no art. 7º da Lei do Pregão, mas sim para a comprovação de fraude à licitação, ilícito que pode resultar na declaração da inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do art. 46 da Lei 8.443/1992 (esse tema é tratado mais detidamente em tópico adiante – Da fraude à licitação).” - grifou.se

²⁷⁹ Com a edição da Lei n.º 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, uniformizou-se os parâmetros de atuação de todas as agências federais, padronizando, em seus sete capítulos, os preceitos centrais para o exercício de sua autonomia funcional, bem como diretrizes para a atuação decisória e administrativa (HARB & GONÇALVES, 2022).

internas adotadas pelas principais agências reguladoras²⁸⁰ para, ao fim, averiguar em que medida a construção da consensualidade nas agências representa uma alternativa à consideração da natureza estritamente objetiva da responsabilidade administrativa.

Entre os elementos inovadores trazidos pela Lei das Agências Reguladoras, constata-se que a norma buscou, concomitantemente, fortalecer a atuação das agências reguladoras através da previsão expressa de integração entre as agências federais, bem como entre os órgãos de regulação estaduais, distritais e municipais²⁸¹, ao mesmo tempo em que dispôs de forma sintética, mas coesa, sobre as diretrizes que devem ser seguidas por todas as agências na imposição de obrigações, restrições ou sanções aos agentes econômicos sujeitos à regulação setorial.

Contudo, apesar de estabelecer as premissas gerais para a condução do processo sancionador das agências reguladoras, a norma foi silente quanto ao regime de responsabilidade administrativa²⁸², limitando-se a estabelecer as diretrizes gerais a serem seguidas pelas agências no que tange à aplicação de sanções.²⁸³ A ideia é que a aplicação de punições constitui “requisito

²⁸⁰ Diante da necessidade de delimitação do objeto da discussão, serão selecionadas dentre o rol de agências previstas no artigo 2º da Lei n.º 13.848/2013 aquelas que, até o presente momento, avançaram na consecução das normas internas de instrução e condução dos processos sancionadores por descumprimento de obrigações regulatória. Contudo, merece destaque que, nos termos do mencionado artigo, consideram-se agências reguladoras: [...] I - a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); II - a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); III - a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); VI - a Agência Nacional de Águas (ANA); VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); IX - a Agência Nacional do Cinema (Ancine); X - a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); XI - a Agência Nacional de Mineração (ANM).

²⁸¹ Sublinhe-se que os capítulos III, IV, V e VI da Lei das Agências buscam induzir tanto a interação entre as agências reguladoras e o CADE, quanto à articulação dessas com os órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente, visando, nos termos da própria lei, a eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência e da proteção e defesa do consumidor. Ressalte-se, ainda, que a norma introduz no âmbito de atuação das agências a necessidade de promoção da articulação de suas atividades tanto com as demais agências ou órgão de regulação estaduais, municipais e distritais, quanto entre as próprias agências reguladoras que, no exercício de suas competências, poderão “editar atos normativos conjuntos dispondo sobre matéria cuja disciplina envolva agentes econômicos sujeitos a mais de uma regulação setorial.”

²⁸² Apesar da Lei n.º 13.848/2019 dispor expressamente sobre o regime de colaboração e interação entre a atividade das agências e os órgãos de defesa da concorrência, do consumidor e do meio ambiente, vê-se que a norma não avançou na especificação da interlocução entre os processos sancionatórios regulatório e aqueles eventualmente adotados nas esferas consumerista, ambiental e concorrencial, os quais, conforme demonstrado neste trabalho, possuem especificidades no que se refere a responsabilização das pessoas jurídicas por infrações administrativas.

²⁸³ Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

de eficácia da atividade regulatória” e se apresenta como instrumento pelo qual “o órgão regulador se afirma frente aos atores privados regulados (...) e perante os administrados (consumidores)” (MARQUES NETO, 2000, p. 356). Dessa maneira, as multas aplicadas pelas agências reguladoras não devem ser vistas como receitas esperadas pelo poder público, mas sim resultados de uma determinada modelagem regulatória que tem por objetivo promover o acompanhamento conjuntural do setor de que se ocupa, e não arrecadar rendas para os cofres públicos.

É este, inclusive, o posicionamento do TCU sobre a matéria: o Tribunal reconhece as sanções aplicadas pelas agências, especialmente as multas pecuniárias, são instrumentos fundamentalmente regulatórios que devem estar atrelados ao atendimento das finalidades institucionais das agências reguladoras, seja no incremento da qualidade de serviços públicos, na garantia de sua efetiva prestação e continuidade, ou em outros elementos.²⁸⁴ Nesse sentido, o TCU admite a possibilidade de que as agência reguladoras lancem mão de outros instrumentos de *enforcement* regulatório, caso a sanção se revele insuficiente ou incapaz de atender às finalidades regulatórias desejadas²⁸⁵.

Tal compreensão vem na esteira da constatação, por parte do TCU, de que para além de avaliar a quantidade de multas aplicadas e o valor arrecadado é preciso também

²⁸⁴ “[A] multa pecuniária, como sanção, desempenha funções imprescindíveis à atuação do órgão regulador, tais como reprimir o infrator, recompor a legalidade, prevenir novas infrações, dar eficácia às medidas regulatórias, fortalecer a posição do órgão regulador perante os atores regulados e os administrados. Portanto, as multas aplicadas pela Anatel não podem ser analisadas unicamente pelo aspecto arrecadatório. (...) Isso porque, desde a sua instauração até o seu trânsito em julgado, o procedimento de apuração de descumprimento de obrigações (Pado) percorre um longo caminho, marcado pela intempestividade e ineficiência em retornar recursos para o setor ou forçar mudança de conduta dos regulados – situação já apontada pelo Tribunal em reiteradas oportunidades desde 2004. [...] Na busca pela melhoria da qualidade dos serviços de telecomunicações, a efetividade da atividade regulatória não deve ser avaliada pela quantidade de multas ou de recursos arrecadados, mas pelo aperfeiçoamento do serviço por meio da correção e não reincidência das desconformidades identificadas. Ou seja, a multa não é instrumento arrecadatório, mas regulatório” - grifou.se. (TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017. Em sentido semelhante: TCU, Acórdão 729/2020, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 01.04.2020; TCU, Acórdão 84/2014, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. 22.01.2014; TCU, Acórdão 925/2097, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, julg. 23.05.2007; TCU, Acórdão 643/2005, Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, julg. 25.05.2005.) - grifou.se.

²⁸⁵ “Exatamente pelo fato de a multa ser primariamente um instrumento regulatório e não meramente arrecadatório, acaso essa se mostre ineficaz e o ordenamento permita seja convertida em obrigação de fazer, existe aí um espaço de decisão discricionária do regulador para alcançar os objetivos do setor. Em outras palavras, o interesse primário do regulador deve ser ajustar a conduta, seja por meio de multa ou obrigação de fazer” (TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017).

considerar a necessidade de constante aperfeiçoamento dos serviços e das motivações de cumprimento das obrigações regulatórias, de tal maneira que a aplicação de medidas como obrigações de fazer em lugar de multas serviria para conferir maior eficiência à atuação regulatória (FREITAS, FILHO, *et al.*, 2019)²⁸⁶.

Impende notar que, muito embora o Tribunal admita a implementação de medidas alternativas à sanção – especialmente por intermédio de TACs, tal posicionamento não atribui às agências total discricionariedade na aplicação dessas medidas. Segundo o TCU, a substituição de sanções por medidas alternativas de conformação de condutas exige constante e rigoroso acompanhamento da execução dos compromissos firmados, por intermédio de mecanismos de fiscalização que igualmente superem as estratégias tradicionalmente implementadas pelo ente regulador²⁸⁷. Ou seja, o TCU autoriza a estruturação de medidas alternativas tanto à aplicação de sanções quanto à deflagração de processos sancionadores, desde que observadas duas condições: a) a justificação de que as medidas alternativas são capazes de adequadamente atender às finalidades regulatórias perseguidas no caso concreto; e b) a instituição de mecanismos procedimentais para a implementação, o acompanhamento e a fiscalização dessas medidas alternativas, guardando correspondência às feições que as

²⁸⁶ Pode-se mencionar, nesse sentido, precedentes do TCU em que se admitiu a não aplicação de multas em virtude da tomada de providências – notadamente o endereçamento dos problemas dos casos concretos por intermédio de Termos de Ajustamento de Condutas, por ser o Tribunal “sensível ao fato de que a imposição de pesadas multas sem a prévia tentativa de erguer o combalido setor ferroviário pode significar a derrocada das concessionárias” (TCU, Acórdão 3068/2012, 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 05.06.2012; TCU, Acórdão 6615/2009, 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 17.11.2009). Daí a razão pela qual, ainda segundo o TCU, “deve-se buscar a utilização de medidas alternativas à simples aplicação de multas, de forma a trazer maior efetividade às decisões regulatórias e evitar a continuidade da prática de condutas semelhantes no futuro e, consequentemente, proporcionar melhorias que não seriam obtidas com a aplicação de sanções ordinárias” (TCU, Acórdão 732/2020, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 01.04.2020).

²⁸⁷ “Tratando-se de substituição de processos sancionatórios, é imperioso perceber a fiscalização como um mecanismo intrínseco à efetividade dos acordos e à tutela do interesse público. Ao abrir mão das multas decorrentes dos Pados para a celebração dos TACs, a Anatel se incumbe de reforçar o controle e fiscalização dos compromissos assumidos, sobretudo por serem as compromissárias infratoras contumazes das normas regulatórias. Cabe à Anatel a execução de uma série de atividades de fiscalização, acompanhamento e controle não previstos nas atividades tradicionais do órgão regulador, ensejando um acompanhamento mais rigoroso do cumprimento das obrigações ajustadas, sob pena de estimular a impunidade e reforçar a possibilidade de enriquecimento ilícito das empresas infratoras às custas do descaso regulatório.” (TCU, Acórdão 618/2020, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 18.03.2020). - grifou.se.

caracterizam, e não às que são próprias de modelos tradicionais de acompanhamento dos setores regulados.

Isso posto, passa-se a seguir à análise das normas específicas de regulamentação do processo administrativo sancionador de diferentes agências reguladoras a fim de se examinar a natureza do regime de responsabilização da pessoa jurídica adotado na apuração de violação de deveres de cumprimento de obrigações regulatórias.

Iniciando-se o exame do marco normativo que regulamenta a aplicação de sanções pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), observa-se que esse está consubstanciado na Resolução n.º 589, de 07 de maio de 2012, que aprovou o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas e definiu os parâmetros e os critérios para aplicação de sanções administrativas por infrações à Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997 e demais normas aplicáveis, bem como por inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão, dos atos de designação ou dos atos e termos de permissão, de autorização de serviço, de autorização de uso de radiofrequência, de direito de exploração de satélite, ou ainda dos demais atos administrativos de efeitos concretos expedidos pela Agência. Além da mencionada Resolução, destaca-se como uma das principais normas de estruturação da ação fiscalizatória e sancionatória da Anatel, o Regimento Interno da Agência, aprovado pela Resolução n.º 612, de 29 de abril de 2013, o qual também será objeto de análise, a fim de se verificar, para além do rol de sanções previstas e dos parâmetros de definição e instrução do processo sancionador, a existência de definições ou evidências quanto ao regime de responsabilidade administrativa adotado pela Anatel na aplicação de sanções às pessoas jurídicas.

A Resolução n.º 589/2012 dispõe de forma detalhada sobre o rol de sanções administrativas aplicadas no setor de telecomunicações²⁸⁸, bem como sobre a sua natureza e gravidade – se leve, média ou grave,²⁸⁹ além de elencar os parâmetros e critérios para a

²⁸⁸ Nesse sentido, o artigo 3º da Resolução: Art. 3º Os infratores estão sujeitos às seguintes sanções, sem prejuízo das medidas previstas na legislação consumerista e das sanções de natureza civil e penal, inclusive a prevista pelo art. 183 da Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997: I - advertência; II - multa; III - suspensão temporária; IV - obrigação de fazer; V - obrigação de não fazer; VI - caducidade; e VII - declaração de inidoneidade.

²⁸⁹ Art. 9º As infrações são classificadas, segundo sua natureza e gravidade, em: I - leve; II - média; e III - grave.

definição das sanções.²⁹⁰ Entretanto, não há na Resolução a previsão do regime de responsabilidade administrativa, tampouco qualquer menção à consideração da conduta do eventual infrator.

Por seu turno, o Regimento Interno da Anatel, ao disciplinar o Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) dispõe, em seu artigo 80, que este destina-se a averiguar o descumprimento de disposições estabelecidas em lei, regulamento, norma, contrato, ato, termo de autorização ou permissão, bem como em ato administrativo de efeitos concretos que envolva matéria de competência da Agência, podendo ser instaurado de ofício ou mediante provocação²⁹¹. Limitando-se a indicar os objetivos da instauração do PADO e as fases do processo administrativo, inexistente no Regimento Interno da agência menção ou aprofundamento no que se refere às especificidades do regime de responsabilidade adotado na condução dos processos sancionatórios, não tendo sido o comportamento do agente tampouco objeto direto de disciplina pela norma.

Cabe ressaltar que o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), privilegiando a adoção de soluções negociais, prevê, em seu artigo 17-A, que a Anatel deverá, necessariamente, aplicar a sanção de multa nos casos em que o infrator não tenha atendido as medidas preventivas ou reparatórias a ele impostas²⁹². Embora a tímida, a introdução do incentivo à adoção de medidas de prevenção de ilícitos revela o esforço da

²⁹⁰ Art. 10. Na definição da sanção devem ser considerados os seguintes parâmetros e critérios: I - a classificação da infração; II - os danos resultantes para o serviço e para os usuários efetivos ou potenciais; III - as circunstâncias agravantes e atenuantes, conforme definições dos arts. 19 e 20 deste regulamento; IV - os antecedentes do infrator; V - a reincidência específica; VI - o serviço explorado; VII - a abrangência dos interesses a que o serviço atende; VIII - o regime jurídico de exploração do serviço; IX - a situação econômica e financeira do infrator, em especial sua capacidade de geração de receitas e seu patrimônio; X - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; e XI - o vulto da vantagem auferida, direta ou indiretamente, pelo infrator. Parágrafo único. O mesmo registro de sanção não pode ser utilizado como reincidência e antecedente na aplicação da sanção.

²⁹¹ Art. 80. O Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pado) destina-se a averiguar o descumprimento de disposições estabelecidas em lei, regulamento, norma, contrato, ato, termo de autorização ou permissão, bem como em ato administrativo de efeitos concretos que envolva matéria de competência da Agência, e será instaurado de ofício ou a requerimento de terceiros, mediante reclamação ou denúncia, compreendendo as seguintes fases: I - instauração; II - instrução; III - decisão; IV - recurso. Parágrafo único. Em se tratando de descumprimento de obrigações constatado em ação de fiscalização, o processo poderá iniciar-se com a emissão do Auto de Infração, a que se refere o art. 83, que valerá como o Despacho Ordinatório de Instauração.

²⁹² Nesse sentido, assim dispõe o mencionado dispositivo: Art. 17-A. A Anatel aplicará, necessariamente, a sanção de multa, quando: (Incluído pela Resolução nº 746, de 22 de junho de 2021) I - o infrator não tenha atendido as medidas preventivas ou reparatórias a ele impostas; ou, (Incluído pela Resolução nº 746, de 22 de junho de 2021).

Agência em obter avanços na implementação de um modelo regulatório mais responsivo, não limitado aos tradicionais instrumentos de comando e controle que privilegiam a sanção como forma de obtenção da conformação de condutas (ARANHA et al, 2020).²⁹³

Além disso, a Anatel vem investindo também nos últimos anos na adoção de mecanismos alternativos “consensuais em substituição aos modos terminativos convencionais de seus processos administrativos” (PALMA & MARQUES NETO, 2022, p. 316), por meio da celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC). Nesse sentido, a Agência editou a Resolução n.º 629/2013, que regulamenta o instrumento, partindo do diagnóstico de que a sanção por si própria não constitui instrumento plenamente eficaz para a adequação da conduta do regulado infrator²⁹⁴ e do pressuposto de que o fortalecimento da consensualidade em mercados altamente regulados respondem à necessidade de fortalecimento das medidas de solução das infrações administrativas que substituam ou mitiguem, através de cláusulas de compromisso, a ineficiência do modelo de imposição de altas multas pecuniárias sistematicamente adotadas no direito sancionador (PALMA & MARQUES NETO, 2022).

Já a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) regulamentou o seu processo administrativo sancionador por meio da Resolução n.º 846, de 11 de junho de 2019, na qual foram estabelecidos os parâmetros e critérios para a imposição de penalidades aos agentes do setor de energia elétrica, dispondo, ainda, sobre as diretrizes gerais da fiscalização da Agência. Da mesma forma que as normas que regulam o processo sancionador no âmbito da Anatel, a referida Resolução da Aneel não aborda aspectos ou definições acerca da natureza da responsabilidade administrativa, limitando-se a estabelecer as normas gerais para a condução do processo fiscalizatório, as infrações passíveis de cometimento e as penalidades²⁹⁵ aplicadas

²⁹³ Registre-se que a Anatel abriu, em 28 de julho de 2023, processo de Tomada de Subsídio nº 21 para a Reavaliação do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas.

²⁹⁴ Ao analisar o descompasso entre as multas aplicadas pela agência e o montante efetivamente arrecadado, Marques Neto e Palma apontam que “a maior parte do montante não é arrecadado porque são suspensas judicialmente.”. Assim, embora o percentual das multas judicialmente suspensas seja de aproximadamente 1,47%, elas perfazem cerca de 48,86% do valor devido de multa, sendo um indicativo de que as grandes empresas devedoras recorrem ao poder judiciário para a suspensão do pagamento, impactando diretamente a eficácia e a eficiência da aplicação da sanção de multa como resposta universal ao comportamento ilícito da empresa (PALMA & MARQUES NETO, 2022, p. 318).

²⁹⁵ Art. 5º As infrações à legislação setorial, bem como a inobservância aos deveres ou às obrigações decorrentes dos contratos de concessão e permissão, aos atos de autorização de serviços ou instalações de energia elétrica ou aos demais atos administrativos de efeitos concretos expedidos pela Agência sujeitarão o agente infrator às

em face da legislação setorial. Desse modo, observa-se que não há na norma menção expressa à consideração de qualquer patamar da subjetividade da conduta do agente no processo sancionador da Agência.

Nada obstante, analisando-se o que dispõem os artigos 2º e 3º da Resolução n.º 846/2019²⁹⁶, depreende-se que o modelo de fiscalização regulatória adotado pela Aneel contempla diretrizes que privilegiam o aspecto preventivo e inibitório da sanção, o que, a princípio, poderia sinalizar reflexamente a disposição da Agência em considerar o comportamento do regulado na apuração das infrações regulatórias. Todavia, ao se examinar os parâmetros e critérios para fixação do valor da multa, previstos no artigo 22 da norma²⁹⁷, constata-se que a disciplina da matéria ainda adota abordagem tradicional de dosimetria sancionatória que reverencia apenas os antecedentes relativos a punições aplicadas no passado e a reincidência na prática da infração, não levando em consideração medidas de prevenção e

penalidades de: I - advertência; II - multa; III - embargo de obras; IV - interdição de instalações; V - obrigação de fazer; VI - obrigação de não fazer; VII - suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como impedimento de contratar com a ANEEL e de receber autorização para serviços e instalações de energia elétrica; VIII - revogação de autorização; IX - intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; e X - caducidade da concessão ou da permissão.

²⁹⁶ Art. 2º A fiscalização visará, primordialmente, à educação e orientação dos agentes do setor de energia elétrica, à prevenção de condutas violadoras da lei, dos regulamentos e dos contratos e à descentralização de atividades complementares aos Estados. Art. 3º Como parte do processo fiscalizatório, as Superintendências de Fiscalização adotarão procedimento de monitoramento e controle, a fim de: I - subsidiar a ANEEL com dados ou informações relevantes; II - analisar o desempenho dos agentes na prestação dos serviços de energia elétrica; III - diferenciar o risco regulatório em face do comportamento dos agentes, de modo a alocar recursos e adotar ações compatíveis com o risco; IV - avaliar a atuação dos grupos econômicos controladores dos agentes setoriais; V - prevenir práticas irregulares e estimular a melhoria contínua da prestação dos serviços de energia elétrica; VI - atuar na busca da correção de práticas irregulares e da reparação ou minimização de eventuais danos à prestação dos serviços de energia elétrica ou aos seus usuários. - grifou-se.

²⁹⁷ Art. 22. Na fixação do valor das multas serão consideradas a abrangência, a gravidade, os danos resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida e as circunstâncias agravantes e atenuantes da infração. § 1º A multa será calculada a partir do seu valor base, ao qual serão acrescidos os percentuais de agravantes, sendo posteriormente reduzidos os percentuais de atenuantes. § 2º No cálculo do valor base da multa, devem ser considerados, para fins de aferição da abrangência da infração e da gradação da sua gravidade, entre outros, a proporcionalidade entre a gravidade da infração e a intensidade da penalidade, podendo ser adotados pisos e tetos. § 3º A abrangência e a gravidade da infração poderão ser graduadas em níveis, conforme a área de competência e o objeto da ação fiscalizadora. § 4º Os danos ao serviço, aos consumidores ou aos usuários, bem como a vantagem auferida pelo infrator, direta ou indiretamente, devem ser concretamente caracterizados. § 5º A aplicação da multa não afasta a obrigação de reparação aos consumidores ou usuários prejudicados. [...] Art. 23. [...] § 1º Considera-se: I - antecedente: registro de qualquer penalidade imposta pela Agência ao infrator, nos últimos quatro anos anteriores à lavratura do AI, das quais não caiba recurso na esfera administrativa; e II - reincidência específica: repetição, em até dois anos, de falta enquadrada no mesmo tipo infracional de decisão condenatória definitiva na esfera administrativa. - grifou-se.

mitigação de riscos que tenham sido eventualmente implementadas pela empresa para evitar o descumprimento da obrigação regulatória.

Nesse sentido, observa-se que, se, por um lado, o processo administrativo sancionador da Aneel ainda não contempla ferramenta que possa de algum modo avaliar a culpabilidade da pessoa jurídica na apenação, por outro lado, a existência de instrumentos normativos, que conferem caráter educativo e preventivo às inspeções, propiciam que a conduta da empresa seja considerada no contexto fiscalizatório ao se abrir a possibilidade de que a empresa seja notificada para corrigir eventuais falhas detectadas antes de se instaurar processo sancionatório em face de toda e qualquer infração às normas do setor elétrico.

Por sua vez, no âmbito da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) o processo de instrução e aplicação das sanções administrativas é regulado pela Resolução n.º 472, de 06 de junho de 2018, a qual dispõe sobre as providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização da aviação civil e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária sob competência da Agência. Baseando-se no conceito de cultura justa²⁹⁸, a Resolução confere especial relevância às providências administrativas preventivas²⁹⁹, de caráter mais brando, as quais devem ser imputadas à empresa previamente à adoção de medidas sancionatórias e mesmo essas somente devem ser aplicadas caso constatada infração que justifique sua adoção, sem dispor sobre o regime sancionatório.³⁰⁰

Com efeito, assim como a Aneel, a Anac formaliza na Resolução n.º 472/2018, com o objetivo de “estimular o cumprimento célere e eficaz dos ditames legais pelos regulados”

²⁹⁸ Compreendida como o rol de diretrizes institucionais que harmonizam as notificações dos colaboradores com um cenário de aprendizagem, no qual os profissionais se sintam confortáveis para relatar eventuais erros, ao passo em que a agência as absorve como incentivo à identificação e correção de eventuais falhas (ARANHA et al, 2020).

²⁹⁹ Assim dispõe a norma: “Art. 3º O resultado da fiscalização desencadeará a adoção de providência administrativa, caso constatada infração durante ou após a fiscalização. Parágrafo único. As providências administrativas de que tratam o caput deste artigo classificam-se em preventiva, sancionatória e acautelatória. [...] Art. 5º A aplicação de providência administrativa preventiva não constitui sanção ao regulado e tem por objetivo estimular o retorno ao cumprimento normativo de forma célere e eficaz. Art. 6º Constituem-se providências administrativas preventivas: I - Aviso de Condição Irregular - ACI; e II - Solicitação de Reparação de Condição Irregular - SRCI. [...] Art. 9º Constituem providências administrativas sancionatórias: I - multa; II - suspensão punitiva de certificados, licenças, concessões ou autorizações; e III - cassação de certificados, licenças, concessões ou autorizações”.

³⁰⁰ Art. 11. Constatada infração que justifique a adoção de providência administrativa sancionatória, será lavrado auto de infração, para fins de instauração de PAS.

(ARANHA et al, 2020, p. 186), a consensualidade administrativa no âmbito de competências da agência. Desse modo, tanto o Aviso de Condição Irregular (ACI), quanto a Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI), previstas no artigo 6º da referida Resolução³⁰¹ e voltadas para a correção da conduta antes da abertura de processo sancionatório, demonstram, sob a ótica da responsabilidade administrativa, um afastamento do modelo estritamente punitivo, em que a análise da conduta não é considerada e privilegia-se a responsabilidade do agente sem maior atenção ao comportamento, para uma aproximação de um modelo de conformação colaborativa da conduta da empresa.

No caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), instituída pela Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000 com o objetivo de regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades e as operadoras de planos de saúde (OPS), a matéria era disciplinada pela Resolução n.º 388, de 25 de novembro de 2015, que foi revogada pela Resolução Normativa n.º 483, de 29 de março de 2022, que trata dos procedimentos adotados pela ANS para a estruturação e realização de suas ações fiscalizatórias. Também no que toca à Agência Nacional de Saúde Suplementar, em que pese o detalhamento conferido pela norma ao iter de condução do processo sancionador, que prevê tanto a atuação preliminar da agência através do procedimento de Notificação de Intermediação Preliminar (NIP) e do Procedimento administrativo preparatório³⁰², anteriores à instauração do processo sancionador, quanto às diretrizes de instrução e julgamento dos autos dos processos administrativos instaurados para apuração de infração, vê-se que a Resolução Normativa deixa de abordar ou prever a natureza da responsabilidade administrativa do processo sancionador.

Tal omissão expressa, contudo, não representa óbice para a compreensão do atual cenário de responsabilização administrativas por infrações no sistema de saúde suplementar. Apesar dos argumentos que vêm sendo apresentados ao longo do texto acerca da vigência do tradicional modelo de responsabilização objetiva, é possível observar que a agência enfrenta, em certa medida, a lacuna normativa, a partir da adoção da fiscalização não como simples

³⁰¹ Colacionado acima.

³⁰² Art. 4º À ANS, compete, de ofício ou mediante provocação, cientificada do suposto cometimento de infração a dispositivos legais ou infra legais disciplinadores do mercado de saúde suplementar, instaurar: I - Procedimento de Notificação de Intermediação Preliminar - NIP; ou II - Procedimento administrativo preparatório, prévio à fase processual sancionatória.

instrumento para a punição das OPS, mas como verdadeiro mecanismo de indução ao bom comportamento das operadoras (ARANHA et al, 2020).³⁰³

É dizer, a consolidação da fase pré-processual como indutora da correção de eventuais ilícitos administrativos previamente à instauração do processo administrativo sancionador, possibilitando ao agente sanar a conduta e reparar eventual atividade lesiva, evidencia que o caminho adotado pela Agência, no caso, o da consensualidade (ARANHA et al, 2020), encontra-se alinhado com procedimentos adotados pela demais agências analisadas até o momento, nas quais, pode-se afirmar, o debate sobre a consensualidade administrativa como solução para problemas concretos afasta, sob a perspectiva normativa, o aprofundamento das diretrizes referentes à intenção e conduta do agente.

Já no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), criada pela Lei n.º 10.233, de 05 de junho de 2001 com o objetivo de regular o transporte aquaviário e terrestre, bem como a prestação dos serviços de transporte, é a Resolução n.º 5.083, de 27 de abril de 2016, que regulamenta o processo sancionador no âmbito da Agência, estabelecendo as normas para a apuração de infrações e aplicação de penalidades em decorrência de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitação, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização. Embora a norma adote descrições normativas claras no que se refere às fases de instauração, instrução e condução, infere-se que também neste caso não há qualquer menção sobre a natureza da responsabilidade administrativa dela decorrente demonstrando, ao que

³⁰³ Isso fica muito evidente ao se examinar o que dispõe o art. 20 da Resolução que trata do mecanismo de Reparação Voluntária e Eficaz: “Art. 20. Considera-se reparação voluntária e eficaz - RVE a adoção pela operadora de medidas necessárias para a solução da demanda, resultando na reparação dos prejuízos ou danos eventualmente causados e no cumprimento útil da obrigação. § 1º Nos casos tratados através do procedimento NIP, a reparação voluntária e eficaz somente será reconhecida caso a operadora adote as medidas previstas no caput deste artigo nos prazos definidos no art. 10 desta Resolução. § 2º Nos demais casos, somente será reconhecida a RVE caso a operadora adote as medidas previstas no caput em data anterior à lavratura do auto de infração ou de representação. § 3º Na hipótese de cobrança de valores indevidos ao beneficiário diretamente pela operadora, a prova inequívoca deverá ser feita por meio de apresentação de documentação que comprove a devolução em dobro da quantia paga, acrescida de juros e correção monetária, quando será reconhecida a RVE, desde que observados os prazos previstos nos parágrafos 1º e 2º deste artigo.”

parece, ser a praxe nas resoluções que estruturam o processo sancionador das agências reguladoras federais.

Apesar disso, note-se que, se, por um lado a norma prevê a obrigação da autoridade³⁰⁴ que tiver ciência ou indícios de infrações de promover a sua imediata apuração através de procedimento de averiguação preliminar ou processo administrativo, por outro, insere em seu artigo 17 a possibilidade³⁰⁵ de instauração de procedimento de averiguação preliminar quando indícios suficientes da prática da infração que justifiquem a instauração do processo sancionador. Além disso, o art. 20 da Resolução prevê expressamente o comando de que a autoridade competente, em atendimento ao caráter preventivo e orientador da atuação fiscalizatória do regulador, poderá, antes da instauração de procedimento de averiguações preliminares ou de processo administrativo para apuração de infração alertar o regulado quanto às inconformidades verificadas, indicando o prazo previsto para que sejam sanadas, nos casos previstos em regulamento específico ou contrato, e determinar a imediata cessação e correção da inconformidade, inclusive, aplicando as demais medidas administrativas previstas em regulamento específico ou contrato.

Nesse cenário de flexibilização da utilização do processo sancionador como único instrumento de *enforcement* regulatório, destaca-se a previsão da possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com a empresa infratora antes ou durante a condução do processo administrativo, nos termos da Resolução ANTT n.º 5.823, de 2018, que dispõe sobre os requisitos e procedimentos para celebração e acompanhamento de TACs no âmbito da Agência para correção ou compensação de descumprimentos de obrigações contratuais, legais ou regulamentares. Ao tornar o ajustamento da conduta um elemento central para a conformação da atividade dos regulados, a ANTT avança, ainda que de forma gradual, consoante abordado alhures, para considerar o comportamento da empresa no âmbito do processo sancionador, mesmo não sendo ele ainda considerado para fins de verificação de

³⁰⁴ Art. 2º A autoridade que tiver ciência de infrações legais ou contratuais, ou de indícios de sua prática, é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante instauração de procedimento de averiguações preliminares ou de processo administrativo, assegurados, nesta hipótese, o contraditório e a ampla defesa. - grifou-se.

³⁰⁵ Art. 17. A autoridade competente poderá, de ofício ou à vista de representação, efetuar averiguações preliminares, quando os indícios da prática de infração não forem suficientes para a instauração de processo administrativo. §1º O procedimento de averiguações preliminares será concluído em até trinta dias úteis, prorrogáveis, em caso de justificada necessidade.

eventual dolo ou culpa do agente regulado seja na celebração dos termos de ajustamento de conduta, no procedimento de averiguação preliminar ou na instrução do processo administrativo sancionador.

Por fim, a aplicação das sanções pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) é prevista na Resolução n.º 3.259, de 30 de janeiro de 2014, que dispõe sobre as diretrizes de fiscalização e condução do processo sancionador da Agência, regulando a prestação de serviços portuários e de transporte aquaviário e à exploração da infraestrutura portuária e aquaviária. Ao detalhar as sanções administrativas e as etapas procedimentais da verificação da infração à legislação do setor aquaviário, a norma em comento, apesar de prever expressamente a punição das pessoas jurídicas por infrações administrativas, aborda a necessidade de se verificar a culpa ou dolo unicamente em relação aos administradores ou controladores que, por ação ou omissão, sujeitam-se à sanção de multa imposta à empresa. Denota-se, portanto, que a norma é clara quanto à exigência de comprovação do elemento subjetivo da conduta da pessoa física, mas não prevê a mesma ponderação em relação à pessoa jurídica, indicando, desse modo, uma omissão intencional em relação à consideração do comportamento da empresa, bem como a vigência do modelo de responsabilização objetiva.

Importa destacar, ainda, que não há previsão quanto à natureza da responsabilidade administrativa nas leis setoriais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)³⁰⁶, Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e Agência Nacional de Águas (ANA), tampouco avanços significativos na introdução da consensualidade em suas regulações setoriais.

Portanto, tendo em vista as normas setoriais analisadas sobre o processo sancionador no âmbito de cada Agência por infrações às normas regulatórias, é possível afirmar

³⁰⁶ A ANP não prevê o TAC como um acordo substitutivo/suspensivo do procedimento administrativo. Contudo, a Resolução n.º 32, de 15 de outubro de 2012, estabelece os casos nos quais os agentes econômicos poderão executar ações reparadoras a fim de adequar sua conduta aos termos da legislação aplicável e evitar a aplicação das sanções previstas na Lei n.º 9.847, de 26 de outubro de 1999, e no Decreto n.º 2.953, de 28 de janeiro de 1999. Esta resolução define estas ações como aquelas que permitem ao agente econômico reparar o descumprimento de um disposto da legislação pertinente em um período pré-fixado, cumprindo-o integralmente e evitando as penalidades.

que, não obstante o avanço notado no que diz respeito à implementação de estratégias de regulação e fiscalização responsivas e baseadas na consensualidade, as quais levam em consideração o comportamento da empresa, essas não são capazes de, por si só, responder à demanda por um maior aprofundamento acerca da avaliação da culpabilidade da pessoa jurídica no processo de responsabilização administrativa, a qual continua sendo prescindida da exigência de culpa ou dolo do agente, nos termos defendidos pela corrente doutrinária tradicional, e ainda prevalente, que propugna a tese da responsabilidade administrativa objetiva.

5.1.4 A responsabilidade objetiva da empresa por infrações tributárias

Passando-se ao exame da responsabilização da pessoa jurídica por infrações tributárias, registra-se de saída que o tema da natureza dessa responsabilidade, se objetiva ou subjetiva, é objeto de intenso, e já duradouro, debate em sede doutrinária e jurisprudencial, acerca da interpretação mais adequada a ser conferida ao artigo 136 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172/1966), já que esse prevê que a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente.³⁰⁷

A controvérsia gira em torno da possibilidade de se adotar a teoria da responsabilidade subjetiva em matéria de infrações tributárias, ainda que com temperamentos, considerando-se tanto o grau de intensidade da lesão ao bem jurídico protegido, quanto eventual culpabilidade da pessoa física ou jurídica potencialmente infratora, exigindo-se, nesse sentido, um patamar de mínimo de subjetividade no processo de verificação da conduta do agente.

Nesse sentido, estudos doutrinários que tem discutido, sob diferentes prismas, a extensão e o significado, no âmbito do direito tributário sancionatório, do artigo 136 do CTN e a modalidade de responsabilidade nele prevista, podem ser classificados em três³⁰⁸ principais

³⁰⁷ “Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. - grifou-se.”

³⁰⁸ Importa destacar que há, na doutrina pátria, defensores da tese da inconstitucionalidade do artigo 136 do CTN. Em artigo que aborda a controvérsia, Eduardo F. Bim defende que “*tendo a culpabilidade raízes constitucionais, afigura-se inconstitucional qualquer disposição que institua a responsabilidade objetiva no direito sancionador, incluindo o tributário sancionador*” (BIM, 2001, p. 236). Nesse sentido, deveria o referido artigo ser retirado do

vertentes teóricas: a primeira, que adota a natureza objetiva da responsabilidade administrativa, suprimindo qualquer elemento subjetivo de responsabilização, predominante na doutrina clássica e, durante muitos anos, na jurisprudência nacional; a segunda, que propõe a ponderação da responsabilidade objetiva das infrações administrativas tributárias, indicando a necessidade de se aplicar temperamentos que amorteçam a objetividade absoluta; e a terceira, que considera imprescindível perquirir o elemento subjetivo da conduta do agente na aplicação da sanção fiscal, ante a presunção relativa de culpa adotada pelo CTN.

À vista disso, passa-se a expor as interpretações doutrinárias vigentes, bem como as abordagens do tema pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para, ao final, demonstrar as particularidades do rito de condução e instrução do processo administrativo sancionador decorrente de infrações tributárias.

Defensores da natureza objetiva da responsabilidade administrativa no direito tributário sancionador – que constituem parte significativa da doutrina nacional – sustentam que a redação do artigo 136 é clara ao indicar que nas sanções de natureza tributária mostra-se desnecessária a comprovação do dolo ou da culpa na prática do ato, bem como a comprovação de efetivo prejuízo à Fazenda Pública (TORRES, 2011), sendo suficiente a voluntariedade do ato (SOUSA, 1975)³⁰⁹. Ou seja, não haveria dúvida acerca da responsabilidade estritamente

ordenamento jurídico através da declaração de sua inconstitucionalidade, ante a suposta afronta aos princípios da boa-fé, da pessoa humana e da dignidade (BIM, 2001). Abordagem similar é realizada por Luiz Flávio Gomes, que entende que a norma padece de vício de inconstitucionalidade, uma vez que não teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, nem como por supostamente violar o princípio da responsabilidade subjetiva, dado que, para o autor, inexistente divergência ontológica entre a sanção penal e a administrativa, devendo a esta última aplicar-se as mesmas garantias do direito penal. Para o autor: *"A responsabilidade 'objetiva' tampouco deve encontrar espaço dentro do chamado 'direito administrativo tributário'. Pensamos que é absolutamente inconstitucional (tecnicamente: não foi recepcionado) o art. 136 do CTN exatamente porque viola o princípio da responsabilidade – qualquer que seja – subjetiva. [...] Exatamente porque não existe diferença ontológica entre crime e infração administrativa ou entre sanção penal e sanção administrativa é que irrefutavelmente temos que concluir: todas as garantias do Direito Penal devem valer para as infrações administrativas. Princípios como o da legalidade, tipicidade, proibição da retroatividade, da analogia, do 'ne bis in idem', da proporcionalidade, da culpabilidade etc. valem integralmente inclusive no âmbito administrativo."* (GOMES, 1995, pp. 95-96). Infere-se dos elementos trazidos pelos ora citados autores, que, embora haja certo consenso acerca da desnecessidade de se aferir a intenção do agente, há quem defenda que a previsão legal insculpida no artigo 136 do CTN sequer teria sido recepcionada pela CF/88.

³⁰⁹ Rubens Gomes de Sousa, em sua obra "Compêndio de legislação tributária", busca diferenciar a aplicação da sanção administrativa daquela imposta em decorrência de eventual descumprimento da norma penal. Nesse sentido, a responsabilidade administrativa objetiva decorreria da interpretação literal do caput do artigo 136 do CTN. Destaca-se que o posicionamento adotado pelo doutrinador vigeu como regra, conforme se depreende das obras de Bernardo Ribeiro de Moraes e Ricardo Lobo.

objetiva em matéria tributária (SPAGNOL, 2004, p. 205).³¹⁰ Ademais, sustentam que eventual adoção da teoria da responsabilidade subjetiva imporia árduos obstáculos à solução das infrações, uma vez que impor à autoridade fiscal a obrigação de escrutinar a culpa do eventual infrator tornaria o processo lento e complicado, comprometendo, assim, sua eficácia (BERTI & LUSTOZA, 2009).

Ressalte-se que tal entendimento, embora tenha prevalecido durante anos na jurisprudência, nos últimos anos passou a ser corroborado apenas parcialmente na medida em que se tem reconhecido que, não obstante o artigo 136 do CTN seja claro ao impor a responsabilidade administrativa objetiva do agente por infrações à legislação tributária, esse não se mostra capaz de afastar o direito de defesa do agente infrator e seu direito de contraprova, visto que se impõe na esfera do direito tributário sancionatório a presunção *juris tantum* a obrigação.³¹¹

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, revisitando o entendimento adotado a partir do REsp n.º 117.301, tem aplicado o entendimento³¹² defendido por essa segunda corrente doutrinária que adota a tese da mitigação da responsabilidade objetiva, reconhecendo, portanto, temperamentos a aplicação estrita da responsabilidade objetiva, conforme se nota na ocasião do julgamento do REsp n.º 267.546³¹³, julgado em 2006, em que expressamente se reconheceu temperamentos, notadamente nos casos em que não restou comprovada a má-fé do agente

³¹⁰ Para o autor: “Nas hipóteses de sujeição passiva direta, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato, salvo disposição de lei em contrário (art. 136). Referido dispositivo consagra, em termos nítidos e sem restrições, o critério da responsabilidade objetiva para a configuração das infrações tributárias (SPAGNOL, 2004, p. 205).

³¹¹ Veja nesse sentido a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, por ocasião do julgamento do REsp n.º 117.201, firmou o seguinte entendimento: PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA: ART. 136 DO CTN. 1. É dever do contribuinte ou responsável portar a documentação da mercadoria que transporta. 2. Justificada, no processo administrativo, a ausência dos documentos, por razão relevante, não houve oportunidade de o contribuinte provar a alegação. 3. Cerceamento de defesa que afasta a responsabilidade objetiva do art. 136 do CTN. 4. Recurso especial não conhecido. (REsp n.º 117.301/RS, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 7/11/2000, DJ de 4/12/2000, p. 57.)

³¹² RE n.º 53.339, de 10.03.1966, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; RE n.º 57.904, de 25.04.1966, RTJ 37/296, Rel. Evandro Lins; RMS n.º 14.395, SP, 30.11.1967 Rel. Aliomar Baleeiro.

³¹³ A discussão acerca de eventuais temperamentos à responsabilidade administrativa tem sido travada pelo STJ em diversos outros julgados, conforme se observa dos acórdãos prolatados nos autos REsp n.º 699.700/RS, julgado em 2005 e relatado pelo Ministro Francisco Falcão; REsp n.º 68.087/SP, julgado em 2004 e relatado pelo Ministro Castro Meira; REsp n.º 602.305/SP, julgado em 2004 e relatado pelo Ministro José Delgado; REsp n.º 175.204/SP, julgado em 1998 e relatado pelo Ministro José Delgado.

infrator³¹⁴. Apesar da controvérsia versada nos autos dispor sobre infração cometida por pessoa física, o STJ entendeu que, apesar do que dispõe o artigo 136 do CTN, a responsabilidade do agente infrator deverá ser analisada com temperamentos, sob o argumento de que eventual responsabilidade objetiva pode ser afastada quando não comprovada a má-fé da conduta infracional, uma vez que a interpretação do artigo 136 requer harmonização com o que dispõe o artigo 137³¹⁵ do CTN que, nos termos do voto relator, define a natureza subjetiva da responsabilidade administrativa, devendo ser aferida, portanto, a culpa em sentido estrito. Importa destacar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento relevante acerca das infrações administrativas que, embora existentes, não causaram danos ao erário ou tiveram provada a má-fé na conduta do agente, anulando as sanções administrativas aplicadas.

Nesse caso, apesar da controvérsia versada nos autos dispor sobre infração cometida por pessoa física, o STJ entendeu que a responsabilidade do agente infrator deverá ser analisada com temperamentos, nos termos do voto relator, define a natureza subjetiva da responsabilidade administrativa, devendo ser aferida, portanto, a culpa em sentido estrito. Importa destacar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento relevante acerca das infrações administrativas que, embora existentes, não causaram danos ao erário ou

³¹⁴ TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA. QUEBRA DO DIFERIMENTO. COMPRADOR IRREGULAR. VENDEDOR DE BOA-FÉ. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 128 DO CTN. REEXAME DE LEI ESTADUAL. SÚMULA 280/STF. **1. A responsabilidade pela prática de infração tributária, malgrado o disposto no art. 136 do CTN, deve ser analisada com temperamentos, sobretudo quando não resta comprovado que a conduta do vendedor se encontrava inquinada de má-fé. Em hipótese como tais, tem emprego o disposto no art. 137 do CTN, que consagra a responsabilidade subjetiva. Precedentes.** 2. A questão relativa à verificação da existência de responsabilidade do vendedor no caso de diferimento do ICMS e, por conseguinte, a adequação do contexto fático ao comando normativo do art. 128 do CTN, por importar na interpretação da legislação estadual de regência, atrai a aplicação do óbice previsto na Súmula n. 280/STF. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (REsp n. 267.546/MG, relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 6/12/2005, DJ de 1/2/2006, p. 473) - Grifou-se.

³¹⁵ Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente: I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito; II - quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar; III - quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico: a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem; b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores; c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.

tiveram provada a má-fé na conduta do agente, anulando as sanções administrativas aplicadas.³¹⁶

Merece destaque, ainda, o entendimento firmado pelo STJ nos autos do REsp n.º 743.839/RS de relatoria do Ministro Luiz Fux³¹⁷ que, ao analisar a “*aplicação acrítica*” e literal do artigo 136 do CTN, apontou que este deve ser pautado pelas balizas hermenêuticas previstas no artigo 112³¹⁸ do CTN. Em seu voto, ao entender pela atenuação na aplicação da multa, o relator indicou, a partir da citação de entendimentos doutrinários³¹⁹, a impossibilidade de se considerar a responsabilidade administrativa estritamente objetiva, posto que este não

³¹⁶ Nesse sentido, o seguinte precedente: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AUTO DE INFRAÇÃO FISCAL. MERCADORIA TRANSPORTADA COM NOTA FISCAL IRREGULAR. CONTRIBUINTE. CARACTERIZAÇÃO. BOA FÉ. REGULARIDADE CONTÁBIL DA OPERAÇÃO. PREJUÍZO PARA O FISCO. INEXISTÊNCIA. I - Observado o erro consubstanciado no nome do destinatário do produto, equívoco que pode ser saneado a qualquer tempo, bastando para tanto uma simples verificação contábil, não há de ser prejudicado o comerciante que, de boa-fé, acreditou nas informações contidas no documento, inexistindo, ademais, qualquer prejuízo para o Fisco. II - Precedentes. III - Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 253.061/PR, relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 6/8/2002, DJ de 30/9/2002, p. 165.)

³¹⁷ REsp n. 743.839/RS, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14/11/2006, DJ de 30/11/2006, p. 154.

³¹⁸ Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I - à capitulação legal do fato; II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; III - à autoria, imputabilidade ou punibilidade; IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

³¹⁹ Dentre as citações trazidas pelo relator no referido julgado, destacam-se os entendimentos de Ruy Barbosa Nogueira e Luciano Amaro que defendem a verificação de, no mínimo, um dos três graus de culpa, bem como a consideração do princípio da boa-fé como possível fundamento para a exclusão da culpa do agente, nos seguintes termos, *in litteris*: “9. Outrossim, a responsabilidade objetiva e gravosa, preconizada pelo recorrente, não encontra respaldo na justa aplicação do direito tributário, nem na doutrina sobre o tema, que leciona: “... o que o art. 136, em combinação com o item III do art. 112, deixa claro é que para a matéria da autoria, imputabilidade ou punibilidade, somente é exigida a intenção ou dolo para os casos das infrações fiscais mais graves e para as quais o texto da lei tenha exigido esse requisito. **Para as demais, isto é, não dolosas, é necessário e suficiente um dos três graus de culpa. De tudo isso decorre o princípio fundamental e universal, segundo o qual se não houver dolo nem culpa, não existe infração da legislação tributária.**” (Ruy Barbosa Nogueira, Curso de Direito Tributário, 14ª edição, Ed. Saraiva, 1995, p. 106/107) - “... independe da intenção do executor material ou do representado (do mandatário ou do administrado, gerido, mandante).” (...) “... o dispositivo não diz que a responsabilidade por infrações independa da culpa. Ele diz que independe da ‘intenção’. Ora, intenção, aqui, significa vontade: eu quero lesar o Fisco. Eu quero ludibriar a arrecadação do tributo. Isto é vontade. Isto é intenção. (...) O Código não está aqui dizendo que todos podem ser punidos independentemente de culpa.” (Luciano da Silva Amaro, Infrações Tributárias, Revista de Direito Tributário n.º 67, Ed. Malheiros, p.32133) - “Se ficar evidenciado que o indivíduo não quis descumprir a lei, e o eventual descumprimento se deveu a razões que escaparam a seu controle, a infração ficará descaracterizada, não cabendo, pois, falar-se em responsabilidade.” (AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro, 2ª ed., Ed. Saraiva, 1998, p. 418). => Boa-fé. “É exatamente com fundamento no princípio da boa-fé, e, portanto, pela exclusão de culpa, que não pode o contribuinte ser punido quando agiu baseado em instrução ou informação da autoridade competente, quando sob consulta oponível ou quando eficazmente autodenúcia.” (Ruy Barbosa Nogueira, Curso de Direito Tributário, 14ª edição, Ed. Saraiva, 1995, p. 195/6). Obs: Diz isso após ressaltar que a infração pressupõe um mínimo de culpabilidade.” (BRASIL, 2006, p. 12-13) - grifou-se.

encontraria respaldo doutrinário e tampouco na “*justa aplicação do direito tributário*”, citando posicionamento da doutrina sobre o tema da culpabilidade para qual a aferição da autoria somente exige dolo nos casos das infrações fiscais mais graves e naqueles em que lei tenha exigido esse requisito. Nas demais situações, isto é, não dolosas, é necessário e suficiente um dos três graus de culpa em sentido estrito. Ou seja, se ficar evidenciado que o indivíduo não quis descumprir a lei e o eventual descumprimento se deveu a razões que escaparam a seu controle, a infração ficará descaracterizada por não ter havido dolo nem culpa, não cabendo, pois, falar-se em responsabilidade.

Vê-se, nesse sentido, que o STJ fixou o entendimento de que a mera adoção da responsabilidade objetiva de forma acrítica não encontra respaldo na doutrina e jurisprudência nacionais, devendo ser verificado, para além de um dos três graus de culpa, no caso, negligência, imprudência ou imperícia, o que dispõe o artigo 136 combinado com o artigo 112 do CTN.

Note-se, no entanto, que essa tese de mitigação da teoria da responsabilidade objetiva sob o fundamento da observância à equidade foi desenvolvida não apenas no âmbito doutrinário, mas também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em diversos julgados, decidiu pelo cancelamento de multas impostas pelo Fisco nos casos em que comprovada a boa-fé do contribuinte, conforme se observa do acórdão proferido no julgamento do RE n.º 55.906³²⁰ e do RE n.º 60.694³²¹.

³²⁰ MULTA FISCAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL QUANTO A PODER, OU NÃO, O JUIZ REDUZIR A MULTA IMPOSTA PELO FISCO DENTRO NOS LIMITES LEGAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DA FAZENDA CONHECIDO E NÃO PROVIDO, POIS O QUE FEZ A SENTENÇA, RESTAURADA AFINAL EM GRAU DE EMBARGOS, FOI O SEGUINTE: CONSIDERANDO QUE A AUTORIDADE FISCAL IMPUSERA NO GRAU MÍNIMO A MULTA EM SUA PARTE VARIÁVEL E QUASE NO MÁXIMO EM SUA PARTE FIXA, DECIDIU, QUANTO A ESTA, REDUZÍ-LA TAMBÉM AO MÍNIMO. SOLUÇÃO RAZOÁVEL, QUE NÃO FERE A LEI NEM EXCEDE O PODER, CONFIADO AO JUIZ, DE DAR AOS LITÍGIOS A SOLUÇÃO MAIS JUSTA. (RE 55906, Relator(a): LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/1969, DJ 05-08-1965 PP-01863 EMENT VOL-00624-03 PP-00777)

³²¹ MULTA FISCAL. I. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO CORRIGE INJUSTIÇA DA LEI SE NÃO É INCONSTITUCIONAL, NEM DO EXECUTOR, SE NÃO HÁ ILEGALIDADE. II. **EM PRINCÍPIO NÃO EXORBITA A JUSTIÇA LOCAL, SE INTERPRETANDO A LEI FISCAL DO ESTADO, REDUZ MULTA, FUNDADA EM DISPOSITIVO QUE INSINUA REDUÇÃO OU REVELAÇÃO SE NÃO OCORRE DOLO NEM MÁ-FÉ.** III. DOLO E MATÉRIA DE FATO, QUE, COMO INTERPRETAÇÃO DE DIREITO ESTADO, NÃO SE CONCILIA COM O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (RE 60964, Relator(a):

Desse modo, adotar-se-ia no âmbito do direito tributário uma teoria da responsabilidade objetiva com temperamentos que nega a possibilidade de que o ilícito tributário seja classificado como exclusivamente objetivo, uma vez que a objetividade estrita da infração decorreria apenas de uma interpretação restritiva do caput do artigo 136 do CTN, o qual, apesar de prever expressamente a desnecessidade de se aferir a intenção do agente, comporta temperamentos tanto pela possibilidade de inclusão da responsabilidade subjetiva por meio de leis federais, estaduais e municipais, quanto pela necessidade de se atentar, na ocasião do julgamento da infração tributária, aos comandos previstos nos artigos 108, inciso IV, e 112 do CTN, que preveem, respectivamente, a observância da equidade e do princípio *in dubio pro contribuinte* (COELHO, 2020).

Para a referida corrente doutrinária, é imprescindível, portanto, se aferir um elemento mínimo de subjetividade na conduta do infrator. Desse modo, a análise da culpabilidade seria uma consequência natural do direito administrativo sancionatório, posto que não houve por parte do legislador vedação a verificação da culpabilidade do agente, sendo incabível, portanto, sanção sem a presença dos elementos ensejadores da culpa.³²²

ALIOMAR BALEEIRO, Segunda Turma, julgado em 07/03/1967, DJ 10-05-1967 PP-01322 EMENT VOL-00690-03 PP-00970) - grifou-se.

³²² Nesse sentido é a lição de Luciano Amaro para quem “quando cometo uma infração por engano, um erro material que não dependeu da minha vontade, que pode ter decorrido da minha imperícia, da minha negligência, mas não decorreu da minha intenção, a coisa parece que muda um pouco de figura. O Código não está aqui dizendo que todos podem ser punidos independentemente de culpa. Ele está dizendo que a aplicação penal independe de intenção, o que libera o Fisco de obter a prova diabólica de que, em cada situação de infração fiscal, o indivíduo queria mesmo descumprir a lei. O Fisco não precisa fazer essa prova”. (AMARO, 1996, p. 25) A adoção de meio-termo entre a responsabilidade objetiva e subjetiva é defendida também por Hugo Brito Machado Segundo que, em oposição a adoção da responsabilidade objetiva estrita - que exclui qualquer necessidade de perquirir a culpa do agente - sustenta que vige no direito tributário sancionatório a noção de culpa assumida, sendo possibilitado ao acusado da infração administrativa demonstrar no iter processual a vontade de obedecer a norma. Nesse sentido: **“Aliás, o art. 136 do CTN não pode ser interpretado isoladamente, sem se considerar a Constituição Federal, que repele a responsabilidade objetiva em matéria penal, e que, além disso, impõe que as sanções sejam proporcionais à repulsividade do ilícito a que visam repelir.** Ninguém ousaria negar que não seria proporcional (nem isonômico) punir da mesma maneira um contribuinte que, por engano, usou uma nota fiscal “vencida”, mas pagou todos os tributos decorrentes da operação, e um outro contribuinte, que não só fraudou as notas fiscais utilizadas como deixou de recolher o tributo encoberto pela fraude. O elemento subjetivo e a extensão dos danos causados ao Fisco, no caso, são essenciais à aplicação, e à quantificação da penalidade aplicável. E nem poderia ser mesmo diferente, pois o art. 136 do CTN não pode ser interpretado como se o art. 112 do CTN não existisse, eis que nesse último consta que a lei tributária que define infrações, ou lhes comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos, e ainda quanto à autoria, imputabilidade ou punibilidade. Como observa Hugo de Brito Machado, em trecho já referido no capítulo deste livro dedicado à responsabilidade tributária, “o art. 136 do CTN não estabelece responsabilidade objetiva em matéria de penalidades tributárias, mas a

Em que pese os precedentes citados que reconheceram temperamentos à responsabilidade objetiva, importa destacar, contudo, a completa inexistência de critérios legais e objetivos capazes de estabelecer os parâmetros norteadores do referido temperamento da sanção tributária.³²³ Nesse contexto, face a ausência de critérios de dosimetria, remanesce a cada Estado-membro a faculdade de regular eventuais critérios balizadores do temperamento da responsabilidade objetiva, em função da possibilidade prevista no próprio artigo 136 do CTN de regulamentação concorrente da matéria, conferindo à autoridade sancionatória elevado grau de discricionariedade na aplicação, redução ou exclusão da sanção tributária, o que pode dar azo a punições desproporcionais e desarrazoadas.³²⁴

Diante dessa lacuna doutrinária e jurisprudencial no que se refere aos parâmetros de avaliação de eventual responsabilidade administrativa da pessoa jurídica por infrações administrativas tributárias³²⁵. A discussão atual limita-se a anuir com a possibilidade de punição das pessoas jurídicas nas modalidades de *culpa in vigilando* e *culpa in eligendo* sem, contudo, dispor sobre os critérios de avaliação de eventual elemento subjetivo, inexistindo elementos claros sobre os critérios de valoração da conduta da empresa.

responsabilidade por culpa presumida” (MACHADO SEGUNDO, 2018, pp. 549-550). Posicionamento idêntico é reforçado por diversos autores da doutrina nacional. Desse modo, eventual indica-se Rui Barbosa Nogueira. Para o autor, o artigo 136 do CTN é suficientemente claro no sentido de que se afasta a possibilidade de perquirir a intenção do agente, mas jamais a culpa (NOGUEIRA, 1995) - grifou-se.

³²³ A reflexão trazida por Paulo Roberto Coimbra Silva ilustra a completa inexistência de critérios dosimétricos capazes de orientar a adequada aplicação das sanções tributárias. O autor indica decisões do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais em que se verifica a inexistência de normas jurídicas, sequer abstratas, capazes de impor limites mínimos ou máximos “em cujas partes dispositivas, mesmo considerando configurada a infração, sob o pálio do mesmo dispositivo legal, foi promovido o cancelamento ou redução de multas, em percentuais diversos e sem qualquer justificativa específica a cada uma das conseqüências imputadas” (SILVA, 2005, p. 269-270). Nesse sentido, os seguintes precedentes indicados pelo autor: Acórdão n. 1.001./00/4 a 28; Acórdão n. 15.537/02/1 a 29; Acórdão n. 15.456/02/1 a 30; Acórdão n. 422/00/6 a ; e 31 Acórdão n. 15.630/02/1.

³²⁴ Neste ponto, destaca-se a advertência feita por Paulo R. C. Silva, segundo o qual, “a insuficiência, nos textos legislativos, de elementos subjetivadores nas normas tributárias repressivas dão azo a punições desproporcionais, desarrazoadas e, por vezes, quantificadas de forma discricionária, que não se coadunam com os diversos princípios e regras gerais da repressão.” (SILVA, 2005, p. 270).

³²⁵ Em que pese a inexistência de critérios dosimétricos, importa ressaltar a proposta trazida por Caio Augusto Takano. Para o autor, uma vez afastada a responsabilidade objetiva absoluta no direito tributário sancionador, seria necessária a instituição de critérios de fixação da penalidade. Nesse sentido, o autor propõe balizar materiais e quantitativas para se considerar a culpabilidade do infrator na fixação da dosimetria (TAKANO, 2017). Para maior aprofundamento da questão, recomenda-se o artigo “A Dosimetria das Multas Tributárias: Proporcionalização e Controle”, disponível em: <https://ibdt.org.br/RDTA/a-dosimetria-das-multas-tributarias-proporcionalizacao-e-controle/>.

Por seu turno, analisando a terceira corrente doutrinária, observa-se que há quem defenda a impossibilidade absoluta de aplicação da teoria da responsabilidade administrativa objetiva face aos princípios constitucionais, uma vez que a aplicação de sanções tributárias sob o prisma da responsabilidade administrativa estritamente objetiva estaria em desacordo com o rol de princípios vigentes sob a égide da Constituição Federal, bem como com os parâmetros de condução do direito administrativo sancionador. Sob essa perspectiva, não haveria como afastar deste a incidência do princípio da culpabilidade (BIM, A inconstitucionalidade da responsabilidade objetiva no Direito Tributário Sancionador, 2001).³²⁶

Nesse contexto, a análise do elemento subjetivo nas infrações tributárias capaz de demonstrar a existência ou inexistência de culpa do agente ganha relevância para essa terceira corrente doutrinária. Isto porque a temática da responsabilidade administrativa no direito tributário sancionatório passa a ser apreciada sob dois principais enfoques: *i*) a interpretação combinada dos artigos 136, 108, inciso IV, que dispõe sobre a equidade, e o art. 112, inciso III, que versa sobre o princípio do *in dubio pro* contribuinte, todos do CTN, bem como em harmonia com demais normas que dispõe sobre as sanções tributárias; e *ii*) a adequação do regime de responsabilidade previsto no artigo 136 ao arcabouço principiológico aplicável às sanções tributárias e as condicionantes do Estado Democrático de Direito.

Em harmonia com tais argumentos, os defensores da tese sustentam necessidade de observância, no direito administrativo sancionador em matéria tributária, dos princípios constitucionais da culpabilidade e da pessoalidade da pena, previstos no artigo 5º, inciso XLVI, da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da CF/88, bem como o princípio da vedação à autoincriminação, os quais são próprios do direito penal, mas cada vez mais reconhecidos como princípios que devem nortear a atuação do Estado sancionador em todas as

³²⁶ Ao discorrer sobre o tema, o Procurador aponta que “O caráter sancionador está presente em diversos ramos do Direito, por exemplo, Direito de Trânsito, Direito Penal, Direito Tributário etc. 33 Como acentuou Sacha Calmon Navarro Coêlho: “As sanções, vimos, são de diversas ordem: patrimoniais, privativas de liberdade, de direitos, da vida. Estão presentes, a seu turno, em todos os setores do Direito que, em essência, é uno, (ordo juris) ilusória a tese de que só o Direito Penal sanciona.” Assim, v.g., o princípio da culpabilidade permeia todos esses ramos, sendo que o motorista que estiver dirigindo sem habilitação, porque sua carteira (com os documentos) foi roubada num semáforo, instantes antes da autuação policial, não será punido administrativamente.” (BIM, 2001, p. 219).

esferas jurídicas³²⁷. Sob esse fundamento, uma vez que a atividade administrativa se encontra vinculada à Constituição, sendo orientada por seus princípios e valores, é inafastável a interpretação do poder punitivo da Administração Pública à luz dos princípios constitucionais. Tratar-se-ia, portanto, de verdadeiro óbice a tese da responsabilidade objetiva nas infrações tributárias: embora inexistentes normas claras acerca do caráter subjetivo da responsabilidade, os princípios constitucionais passariam a tensionar as sanções impostas em face do descumprimento de obrigações tributárias. (AZEVEDO, 2011)³²⁸.

³²⁷ Acerca da possibilidade de harmonização entre os princípios gerais do direito penal e sua admissão no direito administrativo sancionatório, sustenta Azevedo que: “O **princípio da culpabilidade** mostrou-se aplicável ao Direito Tributário Sancionador para o fim de conferir uma interpretação adequada ao contexto atual do art. 136, do CTN, impedindo-se a configuração da responsabilidade objetiva em matéria de infrações tributárias não delitivas de natureza pecuniária. O elemento subjetivo se fez indispensável em matéria de responsabilidade por ilícitos tributários, ainda que simplesmente seja necessária a verificação de culpa do agente calcada em negligência, imprudência ou imperícia. Além disso, entendeu-se possível a admissão da culpabilidade como fundamento da sanção, ou seja, como elemento integrante do conceito analítico do delito no Direito Tributário Sancionador. Nesse sentido, considerou-se possível a aplicação de conceitos como erro de tipo, erro de proibição, caso fortuito e força maior às sanções tributárias, ainda que com as particularidades que o regime jurídico diferenciado do Direito Tributário impõe. O **princípio da personalidade** das sanções administrativas também pode ser considerado aplicável ao Direito Tributário Sancionador, de forma que as multas fiscais, efetivamente, não podem passar da pessoa do infrator, com as ressalvas demonstradas acima, que, em síntese, são verificadas quando não se pode falar em uma efetiva transferência da pena. Quanto ao **princípio da individualização das sanções**, sua aplicação ao Direito Tributário Sancionador impõe, não só a necessidade de observância das particularidades de cada caso concreto para que se faça a dosimetria das penalidades aplicadas, mas também veda a possibilidade de adoção da responsabilidade solidária entre os supostos infratores no caso de sanções estritamente tributárias de caráter pecuniário. Outra norma geral da repressão aplicável ao Direito Tributário Sancionador foi o **princípio da presunção da inocência**. Com relação a ele, três aspectos foram estudados: o ônus da prova para imposição de sanções tributárias não delitivas, a possibilidade da utilização de provas indiciárias ou indiretas na aplicação de potestades sancionadoras em matéria fiscal e a adoção de provas ilícitas no processo de imposição de multas fiscais. [...] Por fim, o **princípio da vedação à autoincriminação** se mostrou aplicável, com grandes restrições ao Direito Tributário Sancionador, a fim de evitar coações indevidas quanto à obtenção de provas junto ao contribuinte, em especial no que se refere a apresentar planilhas, tabelas e quaisquer outras informações cruzadas, não previstas na legislação tributária, quando o fisco já está de posse de todos os documentos contábeis-fiscais relacionados com o objeto da investigação fiscal.” (AZEVEDO, 2011, pp. 248-249) - grifou-se.

³²⁸ Nesse sentido, discorre o autor: “No contexto de um Estado de Direito que pretende, cada vez mais, firmar a adjetivação democrática pretendida pelo legislador constituinte, não se pode olvidar a tarefa de construir uma teoria sobre a hermenêutica jurídica que se preocupe para além da mera facticidade do Direito e que leve a sério a questão da validade e legitimidade democrática das proposições jurídicas, calcadas em discursos lógico-argumentativos que tomem ordenamento jurídico como um sistema coerente e harmônico, centralizado no postulado da supremacia da Constituição. Tudo isso a fim de evitar a divisão do Direito em compartimentos estanques e incomunicáveis, portanto não capazes de fornecer respostas satisfatórias a casos difíceis, tendo o intérprete que frequentemente recorrer à discricionariedade para sua solução. Assim, torna-se necessário reconhecer não só a unicidade do sistema jurídico, mas a força cogente dos princípios constitucionais, aumentando-se a gama de argumentos jurídicos válidos para lastrear discursos de aplicação capazes de conferir interpretações mais coerentes e racionais aos problemas jurídicos, reforçando a validade e a legitimidade das decisões judiciais. Ademais, ao se adotar expressamente uma postura sancionista do Direito e em atenção às considerações realizadas acima, o aparato sancionador do Estado também deve ser analisado sob uma ótica que se afaste da simples imposição da força estatal, mas que, além disso, se abra ao diálogo jurídico, possibilitando a ampliação das

Denota-se, diante de todo o exposto que, a partir dos precedentes abordados e das vertentes doutrinárias adotadas pelo STF e pelo STJ, identifica-se uma tendência majoritária que reconhece o temperamento da sanção como elemento capaz de elidir a responsabilidade objetiva do agente, a partir de elementos que a mitigam ou flexibiliza, notadamente, a comprovação da boa-fé do agente ou o preceito da equidade, nas ocasiões em que as circunstâncias materiais ou pessoas do agente não estejam aptas a justificar maior rigor na sanção.

Por fim, registre-se que foi aprovada no ano de 2023 a Lei nº 14.689, o qual, entre outros assuntos, dispõe sobre a autorregularização de débitos e a conformidade tributária no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda. Além de permitir que a RFB ofereça métodos preventivos para encorajar a autorregularização de obrigações tributárias, tanto principais quanto acessórias, relacionadas a tributos administrados pelo órgão, a Lei estabelece medidas de incentivo à conformidade tributária – como procedimentos de orientação tributária e aduaneira prévia; não aplicação de eventual penalidade administrativa e concessão de prazo para o recolhimento de tributos devidos sem a aplicação de penalidades – e prevê que a Receita considerará, entre outros critérios, para avaliação da conformidade fiscal o histórico de regularidade fiscal do sujeito passivo.³²⁹

5.1.5 A responsabilidade objetiva mitigada da Lei Anticorrupção: a avaliação do comportamento da empresa começa a ser considerada no

possibilidades de aceitação racional das potestades punitivas necessárias para manutenção da coesão sistêmica do ordenamento.” (AZEVEDO, 2011, p. 247) - grifou-se.

³²⁹ Art. 7º Para aplicação das medidas de incentivo à conformidade tributária, a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil considerará os seguintes critérios: I – regularidade cadastral; II – histórico de regularidade fiscal do sujeito passivo; III – compatibilidade entre escriturações ou declarações e os atos praticados pelo contribuinte; IV – consistência das informações prestadas nas declarações e nas escriturações. § 1º Como incentivo à conformidade tributária, deverão ser adotadas as seguintes medidas, com vistas à autorregularização: I – procedimentos de orientação tributária e aduaneira prévia; II – não aplicação de eventual penalidade administrativa; III – concessão de prazo para o recolhimento de tributos devidos sem a aplicação de penalidades; IV – (VETADO); V – prioridade de análise em processos administrativos, inclusive quanto a pedidos de restituição, de compensação ou de ressarcimento de direitos creditórios; e VI – atendimento preferencial em serviços presenciais ou virtuais. § 2º (VETADO). § 3º Os benefícios previstos no § 1º deste artigo poderão ser graduados e condicionados em função de: I – apresentação voluntária, antes do início do procedimento fiscal, de atos ou negócios jurídicos relevantes para fins tributários para os quais não haja posicionamento prévio da administração tributária; II – atendimento tempestivo a requisição de informações realizada pela autoridade administrativa; ou III – recolhimento em prazos e em condições definidos pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. grifou-se.

Direito Administrativo Sancionador brasileiro por meio de programas de compliance

Os mecanismos de compliance ganharam mais relevância no Brasil a partir de 2013³³⁰, com a edição da Lei 12.846, conhecida como Lei Anticorrupção³³¹, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.³³² A Lei brasileira adotou como parâmetro de imputação do ilícito à pessoa jurídica o sistema de responsabilidade objetiva³³³, segundo o qual basta a constatação de que, no interesse ou benefício da empresa³³⁴, ainda que de forma não exclusiva, foram praticados atos ilícitos,³³⁵ para que se atraia a responsabilidade da pessoa

³³⁰ A Lei nº 9.613, de 1998, Lei de Lavagem de Dinheiro, foi o primeiro diploma legal a disciplinar o assunto, submetendo o setor financeiro e outras atividades e profissões não-financeiras, previstas em seu art. 9º, a uma série de deveres de compliance referentes à identificação dos clientes e manutenção de cadastros, ao registro das transações e à comunicação de operações suspeitas ao COAF, cujo descumprimento enseja a aplicação de sanções de natureza administrativa. Em 2012, a citada Lei foi alterada para, entre outras medidas, ampliar sobremaneira o rol dos sujeitos obrigados a cumprir as obrigações de prevenção à lavagem de dinheiro e impor novo dever aos agentes regulados, referente à implantação de políticas, procedimentos e controles internos que atendam aos objetivos da Lei e possibilitem a vigilância e fiscalização dos órgãos reguladores.

³³¹ A Lei nº 12.846/2013 criou um microssistema de responsabilização da pessoa jurídica por atos lesivos contra a Administração Pública (denominados pela opinião pública como “atos de corrupção” *latu sensu*), com autoridades, ilícitos e sanções próprios. No entanto, já existiam outras formas de investigar e sancionar empresas – ainda que imperfeitas – como a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei Antitruste e a Lei de Licitações.

³³² Art. 1º: “Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”; “Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

³³³ Para Dorival de Freitas Junior, a adoção da responsabilização objetiva da pessoa jurídica nas instâncias de combate à corrupção, além de demonstrar a adequação das normas nacionais aos principais institutos internacionais, consolida a ampliação da influência da esfera administrativa em face da legislação penal. Nesse sentido, “esta escolha pelo critério objetivo de responsabilização segue uma tendência internacional, professando uma orientação universal de ampliação e predomínio da jurisdição administrativa sobre a penal, tendo em vista que “os processamentos nas esferas administrativa e cível são mais ágeis e eficazes” (FREITAS JUNIOR, 2017, p. 173).

³³⁴ Constata-se, nesse sentido, que a Lei Anticorrupção brasileira adotou um modelo de responsabilização da pessoa jurídica que a pune por atos praticados por qualquer pessoa física que atue em seu nome ou em seu interesse ou benefício, independentemente de seu vínculo com a empresa ou de sua posição hierárquica na companhia, ainda que não detenha competência ou poder de representação. O objetivo do escopo bastante alargado é o de evitar que as empresas se valham de terceiros, como despachantes, consultores, advogados etc. para escamotear a prática de ilícitos.

³³⁵ A principal divergência entre o regime de responsabilidade adotado nas esferas ambiental e antitruste em detrimento daquele implementado na seara anticorrupção reside no fato de que as infrações previstas na Lei Anticorrupção prescindem da ocorrência efetiva do dano, vedando-se, nesse sentido, as sanções administrativas preventivas ou alheias ao dano ocorrido. Isto posto, conforme “as sanções da Lei nº 12.846/2013 não podem ser instaladas mediante a ameaça de lesão ao patrimônio público, por exemplo, diferenciando-se das sanções administrativas existentes no Direito Ambiental, do Consumidor e Antitruste, que permitem a existência de sanções administrativo que imponham responsabilidade objetiva da pessoa jurídica fundamentada somente no risco lesivo da conduta da pessoa jurídica” (PINHO, 2017).

jurídica. Todavia, como forma de valorizar o comportamento preventivo e atribuir tratamento diferenciado às empresas que possuam adequado compliance anticorrupção, a Lei estabelece que a existência e a efetividade de programas de *compliance* serão levadas em consideração na dosimetria das sanções.³³⁶

Na seara anticorrupção, os programas de *compliance* pressupõem a formulação e implementação de políticas e medidas no âmbito de empresas que, de forma permanente e sistemática, contemplem ações preventivas e de monitoramento, bem como ações reativas de detecção, apuração, correção e devida punição de condutas ilícitas praticadas por meio ou no âmbito da corporação, prevenindo riscos legais, regulatórios e reputacionais à empresa. Adotados de forma espontânea, estimulada ou cogente por corporações, esses códigos de conformidade passam a ser utilizados como instrumentos regulatórios para a promoção de um novo padrão de comportamento das empresas em suas relações com a Administração Pública.

³³⁶ A edição da Lei Anticorrupção deve ser compreendida no contexto de internacionalização do combate à corrupção que se deu por meio da aprovação de uma série de convenções multilaterais voltadas especificamente para o tema da corrupção e como resposta à crescente demanda social por respostas efetivas às práticas de corrupção (GUZELA, MOREIRA, & CANTO, 2020, p. 394). Algumas Convenções são de escopo regional – como a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da OEA, firmada em 1996, e a Convenção Relativa à Luta contra a Corrupção em Que Estejam Implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia, assinada em 1997 – e outras de âmbito geral, como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, de 1997, que obrigou os países signatários a incorporar em seus ordenamentos jurídicos normas punitivas da corrupção transnacional, dirigidas, inclusive e principalmente, a pessoas jurídicas, bem como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), celebrada em 2002 (DEMATTÉ, 2014); (FORTINI C. , 2018). No âmbito desse movimento, várias leis semelhantes foram aprovados por diversos países como o *Foreign Corrupt Practice Act (FCPA)*, formulando em 1977 e destinado a combater a corrupção de empresas norte-americanas, bem como de empresas estrangeiras que integrem o sistema de ações do país; e o *UK Bribery Act (UKBA)*, legislação promulgada em 2011 no Reino Unido com o objetivo de reprimir a corrupção de empresas britânicas ou que atuam em seu território. Com a promulgação da UNCAC, em dezembro de 2005, o debate sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção, bem como a adoção de medidas preventivas por parte das empresas, adquire definitivamente relevância e centralidade nos planos nacional e internacional. Ocorre, com isso, um reposicionamento da figura da empresa no processo de luta anticorrupção, uma vez que as corporações passam a ser vistas não só como beneficiárias, mas, também, como atores ou partícipes dos atos de corrupção e, portanto, corresponsáveis, com o Estado, pela prevenção e repressão da prática de ilícitos. Essa abordagem que enfatiza o papel das empresas no combate à corrupção foi, posteriormente, fortalecida com o lançamento, em 2000, do Pacto Global das Nações Unidas, o qual estabelece 10 (dez) Princípios universalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, meio ambiente, trabalho e combate à corrupção a serem seguidos por governos, empresas e sociedade civil. O 10º (décimo) princípio é exatamente o que dispõem sobre a estratégia anticorrupção, prevendo que as empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina. Observa-se, nesse contexto, que cada vez mais as empresas assumem um papel central no combate à corrupção e delas passa a ser exigida uma postura positiva e proativa na implementação de medidas que previnam a ocorrência do ilícito. Ou seja, ao mesmo tempo em que os diplomas internacionais ampliam as hipóteses de sanção pelos atos de corrupção e impõem o sancionamento, inclusive das pessoas jurídicas pela prática de delitos, eles também incentivam que empresas adotem programas de compliance, assumindo, de forma compartilhada com o Estado, sua parcela de responsabilidade no combate a esse mal (NIETO MARTÍN A. , 2013).

Isso porque o combate à corrupção, que alia o rigor do controle e intervenção estatal aos benefícios da autorregulação empresarial, consolida a concepção de que a corrupção é vista como séria ameaça aos países e à sociedade, os quais reconhecem os danos que as práticas corruptas podem acarretar ao Estado de Direito, à democracia e ao desenvolvimento econômico e social sustentável, bem como à realização dos direitos humanos e fundamentais como um todo (COCA VILA, 2013).

Desse modo, as diversas legislações anticorrupção aprovadas em dezenas de países ao redor do mundo nos últimos anos - ancoradas no discurso de contenção da corrupção como um risco da modernidade e na necessidade de proceder ao enfrentamento jurídico do problema, principalmente, sob a perspectiva da criminalidade empresarial – estabelecem não só regras rigorosas dirigidas à responsabilidade da pessoa jurídica, mas, também, atribuem às empresas o papel de coparticipes nesse processo de conformação do comportamento corporativo e na luta anticorrupção (NIETO MARTÍN A. , 2001).

Ocorre, assim, um alargamento do direito sancionatório voltado às empresas e as teorias de imputação objetiva de responsabilidade da pessoa jurídica ganham destaque, já que se considera que não há como pensar o desenvolvimento da atividade empresarial desacompanhado da gestão e contenção dos riscos que lhe são inerentes. Observa-se, também, o aumento da edição de leis que criam novos tipos de infração, em especial tipos de perigo abstrato, além do endurecimento das sanções já previstas (BADARÓ, BOTTINI, 2013).

É nesse contexto que a Lei 12.846/2013 introduz no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de responsabilização administrativa das pessoas jurídicas por atos lesivos contra a Administração Pública, dispondo expressamente sobre a desnecessidade de se perquirir o elemento subjetivo da conduta da empresa ao adotar o modelo de responsabilização objetiva, que requer tão-somente a constatação de que foram praticados atos ilícitos no interesse ou benefício da organização, ainda que de forma não exclusiva, ao mesmo tempo que adota também mecanismo regulatório fundamental de incentivo ao comportamento preventivo das empresas, ao prever tratamento diferenciado àquelas que possuam adequado compliance

anticorrupção, estabelecendo que a existência e a efetividade de programas de integridade serão necessariamente levadas em consideração na dosimetria das sanções.

Com isso, na linha do modelo adotado por diversos outros países (NIETO MARTÍN A. , 2020), os programas de compliance assumem, no modelo anticorrupção brasileiro, um papel determinante de instrumento indutor de um novo padrão de comportamento das empresas em suas relações com a Administração Pública, na medida em que são previstos como mecanismo de dimensionamento e mensuração da responsabilidade da pessoa jurídica e/ou de seus dirigentes, apto a afastar ou flexibilizar essa responsabilização quando demonstrado que a empresa implementou prévia e adequadamente medidas robustas para evitar a ocorrência do ilícito.

É verdade que o modelo de responsabilização administrativa adotado pela Lei n.º 12.846/2013 inspirou-se nos distintos ramos do direito administrativo brasileiro que já adotavam, conforme evidenciado nesta tese, a natureza objetiva da responsabilidade como parâmetro de aplicação das sanções administrativas.³³⁷ Todavia, destaca-se, no caso da Lei Anticorrupção, a abrangência punitiva,³³⁸ a previsão expressa da independência das instâncias de responsabilização de eventuais administradores, agentes ou dirigentes ou de qualquer pessoa natural em face de eventual comprovação de proveito decorrente do ato ilícito,³³⁹ o rigor das sanções previstas,³⁴⁰ a possibilidade de celebração de acordos de leniência³⁴¹ como mecanismo

³³⁷ Conforme já visto, a teoria da imputação objetiva fundamenta-se no risco que determinadas ações e omissões podem causar à sociedade e a determinado bem jurídico.

³³⁸ Além da abrangência subjetiva – a Lei aplica-se, segundo seu art. 1º, parágrafo único, 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 – destaca-se também a sua abrangência objetiva ao prever que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas pelos atos lesivos previstos praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (art. 2º).

³³⁹ Art. 3º: “A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. § 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput. §2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade”.

³⁴⁰ Há autores, como (BOTTINI & TAMASAUSKAS, 2014) que inclusive advogam a tese de que a gravidade das sanções administrativas impostas pela Lei nº 12.846/13 faz com que essa se constitua, na realidade, como verdadeira lei de caráter penal encoberto.

³⁴¹ É importante ressaltar que, pouco menos de dois meses após a entrada em vigor da Lei Anticorrupção, foi deflagrada, em 17 de março de 2014, a denominada “operação Lava Jato”, que se valeu, desde o primeiro momento, da celebração dos acordos de leniência ali previstos como um dos mais poderosos e fundamentais instrumentos

de colaboração das empresas com a detecção e investigação de ilícitos,³⁴² mas, principalmente, a possibilidade inédita de atenuação da sanção pecuniária de multa pela implementação de adequados programas de compliance – denominado na Lei de programas de integridade.³⁴³

Trata-se essa de uma das principais inovações legislativas operada pela Lei n.º 12.846/2013, que trouxe expressamente, a previsão de que os procedimentos e políticas internas de prevenção da corrupção implementadas pelas empresas em seu ambiente corporativo deverão ser levados em consideração por ocasião da dosimetria das sanções estabelecidas, sistemática que já era comum em outros países, como Estados Unidos e Reino Unido

para que o Ministério Público Federal e a Polícia Federal pudessem avançar nas investigações, desbaratamento dos esquemas, obtenção de provas, recuperação de ativos e ressarcimento de danos por atos de corrupção que beneficiaram as empresas investigadas, não obstante a ausência, naquele momento, de regulamentação da Lei e da competência exclusiva para a celebração desse tipo de acordo ter sido legalmente reservada à Controladoria-Geral da União – CGU. O Ministério Público Federal firmou o entendimento, na oportunidade, de que “as disposições da nova Lei 12.846, de 2013, compõem um microsistema sancionatório estabelecendo o acordo de leniência como ferramenta de solução extrajudicial no campo da responsabilização de índole civil, na linha do que já prevê a Lei 12.850, de agosto de 2013, na esfera penal”, sendo indiscutível, de outra parte, “a legitimidade do Ministério Público para celebrar termos de ajustamento de conduta, nos termos do artigo 5º, §6º, da Lei 7.347, de 1985” (*Fonte: Ata da 852ª Sessão Ordinária da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, de fevereiro de 2015*). Essa situação gerou, desde então, um cenário conturbado de multiplicidade e competição institucional que compromete a segurança jurídica e o avanço na implementação de uma efetiva política de leniência anticorrupção, o qual segue, ainda hoje, em aberto, à espera, agora, do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 1051 ajuizada no Supremo Tribunal Federal (STF), sob a Relatoria do Ministro André Mendonça, pelos Partidos Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e Partido Solidariedade para pedir a suspensão das multas estabelecidas nos acordos de leniência celebrados entre a União e as empresas da Operação Lava-Jato, tendo em vista a ausência de competência do Ministério Público para conduzir tais negociações e firmar os instrumentos (Cf. <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504928&ori=1>).

³⁴² Considerada como relevante alteração inserida pela Lei Anticorrupção, Amanda Athayde indica a similitude entre a previsão contida na LAC e aquela prevista na Lei de Defesa da Concorrência que, igualmente, confere destaque a celebração de programa de leniência. Nesse sentido, “a redação da referida lei, no que tange a esse instrumento, foi claramente inspirada na redação da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), que prevê os acordos de leniência antitruste (vide cap. 1, supra). [...] As pessoas jurídicas interessadas em firmar o acordo devem cooperar efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo a sua colaboração resultar na identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.” (ATHAYDE, 2021, pp. 474-475) - grifou-se.

³⁴³ Art. 7º **Serão levados em consideração na aplicação das sanções:** I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; **VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;** IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e X - (VETADO). Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal. [...] Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

(DEMATTE, 2014, p. 113).³⁴⁴ Com isso, a Lei Anticorrupção criou um novo modelo de responsabilidade objetiva, não mais ancorado tão-somente na aplicação automática do nexo causal entre a ação ou omissão da pessoa jurídica e o resultado produzido no seu interesse ou benefício, como é o caso dos demais modelos administrativos de responsabilização corporativa examinados neste tese, mas uma responsabilidade agora mitigada pela avaliação do comportamento da empresa revelado pela existência e qualidade de seu programa de compliance, elemento que passa a ser considerado na dosimetria da sanção.

Para regulamentar a Lei 12.846/2013, a União editou o Decreto Federal n.º 8.420/2015³⁴⁵, posteriormente substituído pelo Decreto n.º 11.129/2022³⁴⁶, estabelecendo o rol dos 16 (dezesesseis) parâmetros a serem avaliados na aferição dos programas de integridade eventualmente considerados como atenuantes no momento de aplicação das sanções administrativas (art. 42),³⁴⁷ seja no âmbito de processos administrativos de responsabilização - PAR ou de acordos de leniência.

³⁴⁴ Exemplificativo do movimento internacional de incentivo a criação de uma cultura empresarial pautada pela ética corporativa, importa ressaltar “a importância das US Sentencing Guidelines, promulgadas em 1991, que fomentaram ainda mais o processo em busca do compliance, ao estatuírem que a existência de programas dessa natureza poderia servir como uma atenuante na fixação de penalidades pela prática de crimes federais pela pessoa jurídica” (FRAZÃO & MARTINEZ MEDEIROS, 2018, p. 73).

³⁴⁵ Merece destaque a constatação de que, até a edição do Decreto n.º 8.420/2015, inexistiam no Brasil normas destinadas a dispor sobre quais os parâmetros deveriam ser considerados na construção de programas de integridade efetivos. A reflexão trazida por Frazão e Medeiros merece destaque, visto que: “[...] até a promulgação do Decreto no 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, não havia nem na lei, nem em atos infralegais a explicitação dos critérios a serem considerados para a formatação de um programa de compliance robusto. A previsão só foi instituída porque a Lei Anticorrupção, a exemplo das US Guidelines Sentencing, também previu a instituição dos programas de compliance como uma atenuante para a conduta” (FRAZÃO & MARTINEZ MEDEIROS, 2018, p. 93).

³⁴⁶ Entre as alterações trazidas pelo novo Decreto destacam-se a regulamentação da inserção dos acordos de leniência como mecanismo de apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica; a elevação do percentual máximo de redução da multa ante a comprovação de adoção de programa de integridade efetivo, majorando-se, para tanto, de 4% para 5%, mantendo-se, contudo, os mesmos critérios de avaliação da existência, aplicação e eficiência dos programas de integridades previstos no revogado Decreto n.º 8.420/2015.

³⁴⁷ Eis o teor dos parâmetros estabelecidos: Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros

Por sua vez, para detalhar as regras de avaliação dos programas de integridade, a CGU publicou a Portaria n.º 909/2015, que dispôs com maior atenção acerca dos critérios considerados na avaliação dos programas de compliance para fins de redução do percentual aplicado em razão da sanção imposta.³⁴⁸ Com a edição da Portaria, estabeleceu-se que deverão ser consideradas para a comprovação da existência e efetividade do programa de integridade a confiabilidade das informações prestadas pela empresa e, conseqüentemente, sua higidez; o grau de adequação do programa de integridade ao perfil da empresa; assim como a capacidade do programa de mitigar o risco de ocorrência de atos ilícitos. Para fins de avaliação, a pessoa

da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013 ; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos (BRASIL, 2015)

³⁴⁸ Ao descrever os critérios atenuantes da sanção, assim prevê a nova redação do Decreto regulamentador da Lei Anticorrupção: “Art. 23. Do resultado da soma dos fatores previstos no art. 22 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais da base de cálculo: [...] V - até cinco por cento no caso de comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo V.” (BRASIL, 2022) - grifou-se.

jurídica deve apresentar relatório de perfil e relatório de conformidade do programa³⁴⁹, devendo comprovar, pelos meios necessários, as informações apresentadas.³⁵⁰

Além disso, a CGU publicou também um Manual de Responsabilização de Entes Privados, que apresenta orientação acerca dos critérios para aplicação dos percentuais de agravantes e atenuantes; e Manual Prático de Avaliação de Programas de Integridade³⁵¹, a fim de uniformizar os critérios para concessão da atenuação referente à implementação de um programa de integridade pela pessoa jurídica. Outrossim, mais recentemente, a CGU disponibilizou calculadora eletrônica para fins de cálculo da sanção de multa.

É preciso, todavia, para melhor compreensão do desafio de se averiguar a eficácia dos programas de integridade e, conseqüentemente, da sua consideração como critério de atenuação da multa pecuniária, fazer breve menção ao processo administrativo de verificação da responsabilidade da empresa (PAR) previsto, em síntese, nos artigos 8º a 15 da Lei Anticorrupção e, detalhadamente, no referido Manual Prático de Avaliação de Programa de

³⁴⁹ O relatório de perfil tem por objetivo contextualizar o avaliador sobre as características da empresa e os riscos a que se submete para o exercício de suas atividades. Tais informações são importantes para que os avaliadores possam analisar as medidas apresentadas conforme sua aptidão para mitigar os riscos, de acordo com as especificidades da empresa. Já no relatório de conformidade do programa, por sua vez, a empresa deve descrever as medidas implementadas, em atendimento aos parâmetros do Decreto 8420/2015. Além disso, deve demonstrar a aplicação do programa em seu cotidiano – histórico de dados, estatísticas, casos concretos – e o funcionamento do programa, tudo com vistas a demonstrar que esse não foi implementado de modo meramente formal ou que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco de ocorrência de atos objeto de apuração. Os artigos 3º e 4º da Portaria dispõem sobre o conteúdo dos respectivos relatórios. Nesse sentido, no relatório de perfil, a pessoa jurídica deverá (i) indicar os setores do mercado em que atua no território nacional e, se for o caso, no exterior; (ii) apresentar sua estrutura organizacional, descrevendo a hierarquia interna, o processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores; (iii) informar o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores; (iv) especificar e contextualizar as interações estabelecidas com a administração pública nacional ou estrangeira; (v) descrever as participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada; e (vi) informar sua qualificação, se for o caso, como microempresa ou empresa de pequeno porte. Por seu turno, no relatório de conformidade do programa, a pessoa jurídica deverá: (i) informar a estrutura do Programa de Integridade, com indicação de quais parâmetros previstos no Decreto nº 8.420/2015 foram implementados e como foram implementados, bem como a explicação da importância da implementação de cada um dos referidos parâmetros frente às especificidades da empresa; (ii) demonstrar o funcionamento do Programa de Integridade na rotina da pessoa jurídica, com histórico de dados, estatísticas e casos concretos; e (iii) demonstrar a atuação do Programa de Integridade na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração. (BRASIL, 2015).

³⁵⁰ É o que dispõe o § 2º do artigo 5º da Portaria: “Art. 5º [...] § 2º O programa de integridade meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos da Lei no 12.846, de 2013, não será considerado para fins de aplicação do percentual de redução de que trata o caput (BRASIL, 2015) - grifou-se.

³⁵¹ A íntegra do Manual encontra-se disponível em: <<https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/centrais-de-conteudo/manual-pratico-integridade-par-pdf>>.

Integridade no Âmbito de Processos de Responsabilização – PAR. Segundo o referido Manual, a avaliação dos programas de integridade para fins de dosimetria utiliza como principal instrumento de análise técnica a aplicação de questionário - Planilha de Avaliação - em que constam os parâmetros que devem ser considerados na eventual redução da pena, no caso, a Cultura Organizacional de Integridade – COI, os Mecanismos, Políticas e Procedimentos de integridade – MPI e a Atuação da Pessoa Jurídica em relação ao ato lesivo – APJ.³⁵²

Nesse sentido, sendo o PAR o iter processual destinado a se avaliar o grau de responsabilidade administrativa da empresa, o mencionado Manual elenca o rol de questionamentos voltados à análise da correta aplicação dos programas de integridade. À vista disso, todos os questionamentos previstos nos blocos de avaliação, excetuados aqueles não aplicáveis, devem ser respondidos pelo avaliador com “sim” ou “não”, indicando-se expressamente os dados que comprovam o cumprimento dos requisitos e da efetivação do programa de compliance. A partir dessa análise, as respostas constantes nos blocos de avaliação serão multiplicadas pelo respectivo peso da pergunta resultando, assim, na pontuação final obtida e, consequentemente, na indicação do percentual de redução da multa aplicada (BRASIL, 2018).³⁵³

Feitas tais considerações sobre a avaliação dos programas de integridade, vê-se que após a edição da Lei n.º 12.846/2013 o comportamento da empresa passa a ser considerado no cálculo da dosimetria da sanção aplicável na esfera anticorrupção. Dessa forma, ao dispor sobre a natureza objetiva da responsabilidade administrativa e a possibilidade de atenuação da sanção

³⁵² Ressalte-se que a metodologia de avaliação de programas de integridade criada pela CGU se inspirou em grande medida no documento de orientação da Seção de Fraudes da Divisão Criminal do Departamento de Justiça americano – DOJ, que visa a auxiliar os procuradores nos processos em que precisam avaliar a efetividade dos programas de *compliance* das empresas. As três “questões fundamentais” postas nesse documento que os procuradores devem se perguntar na decisão sobre a efetividade do programa são: (i) o programa de *compliance* da organização é bem desenhado? (ii) o programa está sendo implementado efetivamente (aplicado seriamente e de boa-fé)? (iii) o programa funciona na prática. (Estados Unidos. (In *Department of Justice. Criminal Division. Fraud Section. Evaluation of Corporate Compliance Programs. Updated March 2023. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>*) Tal documento é útil não apenas para os procuradores, mas também sob a ótica das empresas, vez que serve de balizamento na estruturação e implementação dos mecanismos de *compliance*.

³⁵³ Cabe notar que à época da edição do Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade no Âmbito de Processos de Responsabilização a legislação aplicável para fins de redução do percentual da multa previa a variação de 1,0% a 4,0% do faturamento bruto, a depender do grau de efetividade do programa de integridade instituído. Com a edição do Decreto 11.129/2022, manteve-se a imprescindibilidade de se aferir a efetividade dos programas, elevando-se o percentual máximo de atenuação de 4% para 5% do valor da sanção aplicada.

com a consideração da implementação de programas de integridade, a Lei Anticorrupção adota um modelo misto de responsabilização, que abre a possibilidade de se ter a mitigação da responsabilidade administrativa objetiva.

Não obstante a previsão legal, no entanto, ainda existem dúvidas quanto à real valorização da implementação dos programas de integridade em face da responsabilidade objetiva presumida, uma vez que a coleta dos indícios do comportamento da empresa não é trazida pela norma como elemento da tipificação do ilícito, mas unicamente como critério a ser apurado *a posteriori*.

Nesse sentido, em importante estudo publicado em seus site, em julho de 2023 – Relatório de análise da dosimetria de sanções em Processos Administrativo de Responsabilização – por meio do qual analisou os 65 casos de sanções de multa, aplicadas pelo órgão desde o início da vigência da Lei Anticorrupção, a Controladoria-Geral da União verificou como se deu o cálculo da sanção que fundamentou cada uma das multas aplicadas para fins de análise da composição de suas alíquotas, bem como do estabelecimento de limites mínimos e máximos utilizados no caso concreto, evidenciando os impactos da metodologia de cálculo atenuantes e agravantes previstos na LAC nos processos nos quais os programas de integridade foram avaliados após o requerimento das empresas, nos termos dos critérios previstos no artigo 22 e 23 do Decreto n.º 11.129/2022.³⁵⁴

Os dados coletados pela CGU permitem a verificação de que a alíquota de multa calculada nos casos variou entre 0,1% e 10,0%, tendo como média o valor de 3,2% e como mediana o valor de 2,8%. Nessa linha evidencia-se que, apesar da previsão legal de um teto de alíquota de 20% da base de cálculo, o método regulamentado para a dosimetria apenas permitiu o estabelecimento de alíquotas na primeira metade de sua escala.

³⁵⁴ Rememora-se que a metodologia para realização do cálculo da sanção de multa foi inicialmente disciplinada pelos artigos 17 a 23, do Decreto nº 8.420/2015, revogado pelo Decreto nº 11.129/2022. Atualmente a regulamentação consta dos artigos 20 a 27, do Decreto nº 11.129/2022. O cálculo da multa é realizado pelo estabelecimento de base de cálculo, alíquota e verificação dos limites legais aplicáveis.

Considerando, no entanto, que foram estabelecidos limites mínimos e máximos para a definição do valor efetivo da multa, os quais não podem ser ultrapassados independentemente da alíquota estabelecida, calculou-se a alíquota efetiva da multa aplicada em cada um dos casos e variou entre 0,1% e 2.406,2%. Ou seja, apesar de apresentar média de 87,2%, a mediana de 4,2% da alíquota efetiva permite verificar que poucas multas de alíquota muito elevada, impactada pelo limite mínimo definido como o valor da vantagem indevida auferida, elevaram substancialmente a média.

Já quanto ao cálculo dosimétrico da multa, verificou-se que em 56,9% dos casos (“sem uso de limite” e “limite mínimo do faturamento”) a dosimetria foi determinante para o estabelecimento do valor da multa. Nos demais, os limites legais contiveram a aplicação dos efeitos das atenuantes e agravantes. Portanto, em que pese os limites estritos definidos pela legislação, constatou-se significativo impacto do método de dosimetria na definição da multa. Nesse diapasão, o estudo verificou as circunstâncias agravantes³⁵⁵ e atenuantes mais presentes no cálculo da alíquota de cada uma das sanções.

Em relação às atenuantes, vale destacar a baixa quantidade de casos em que houve ressarcimento do dano (em 36,9% dos casos inexistiu dano, em 15,4% houve ressarcimento, e em 47,7%, existindo dano, este não foi ressarcido), e de casos em que houve apresentação de programa de integridade: em um universo de 113 PARs julgados pela CGU, apenas em 9 processos houve detida análise dos programas de compliance para fins de atenuação da sanção aplicada.

³⁵⁵ Segundo o estudo da CGU, “tendo em vista que a dosimetria das sanções busca diferenciar situações concretas, induzindo comportamentos, destaca-se, na análise das agravantes, a inexistência de sanções aplicadas em que tenha sido identificada reincidência, apesar dos dez anos da LAC, bem como a pequena quantidade de casos em que esteve presente o agravante atualmente definido pelo inciso III, do art. 22, do Decreto nº 11.129/2022, como “interrupção no fornecimento de serviço público, na execução de obra contratada ou na entrega de bens ou serviços essenciais à prestação de serviços públicos ou no caso de descumprimento de requisitos regulatórios. Ainda que o agravante relacionado a interrupção de obras e serviços esteja presente em raros casos, consubstancia o maior impacto em alíquotas quando verificado, indicando sua capacidade de atribuir maior gravidade às sanções. Também merece ênfase a agravante relacionada à tolerância da alta gestão que, presente na quase totalidade das sanções, e com desvio padrão de apenas 0,4% quando empregada, indica que ela teve pouca variação na sua aplicação em face dos casos concretos.”.

Da análise dos casos, observou-se que em apenas 10,8% das sanções de multa foram atenuadas pela adoção de programas de integridade pelas empresas sancionadas. Isso significa dizer que apenas nesses casos a pessoa jurídica apresentou uma documentação mínima que a habilitasse a ter seu programa de integridade considerado como minimamente implementado. Nesses casos, em média, o programa de integridade apresentado não foi suficiente para atingir metade do valor total da atenuante e, ainda assim, quando a pessoa jurídica conseguiu demonstrar que possuía um programa minimamente implementado, o impacto de redução na multa foi de, em média, cerca de 1/4 de seu valor.

Quanto à efetiva aplicação da atenuante, foi observado que: (i) dentro da variação possível de 1 a 4%, a média do valor considerado foi de 1,6%, nos casos sob vigência do Decreto nº 8.420/2015; e (ii) dentro da variação de até 5%, a média do valor foi de 2,2%, quando regida pelo Decreto nº 11.129/2022.

Registre-se, ainda, que entre os 9 processos mencionados apenas dois interferiram no montante final atribuído à multa, reduzindo-a em 0,10% do faturamento bruto (base de cálculo) em ambos os casos. Diante disso, ainda que a avaliação dos programas de integridade seja apenas um dos critérios previstos na legislação aptos atenuar o percentual da multa, pode-se afirmar que neste item a valorização dos mencionados programas e, conseqüentemente, do comportamento da empresa, ainda é timidamente considerada e representa um pequeno recorte no universo de processos de responsabilização conduzidos pela CGU³⁵⁶.

Isto posto, a partir dos dados divulgados pela CGU, verifica-se que cerca de 75% das sanções de multa aplicadas se situaram em uma faixa de alíquotas efetivas entre 0,1% e 8,4% da base de cálculo. Essa observação lança luz sobre a assertiva de que os limites legais

³⁵⁶ Note-se que o artigo 23 do Decreto n.º 11.129/2022 impõe óbices a atribuição do percentual máximo de desconto, no caso, 5% para a implementação dos programas de integridade. Assim, só serão atribuídos os percentuais máximos se: *i)* ocorrer a devolução integral dos valores apurados em PAR; *ii)* quando a admissão ocorrer antes da instauração do PAR; e *iii)* quando o plano de integridade for anterior à prática do ato lesivo. Diante disso, em razão da limitação dos dados fornecidos pela CGU e da impossibilidade de acesso à íntegra dos autos dos processos administrativos, não se pode afirmar que o baixo ou percentual de atenuação se deu em decorrência da inobservância dos critérios previstos no artigo 23 do referido decreto, o que dificulta a verificação com precisão do impacto da adoção de programas de integridade sobre a sanção aplicada.

das sanções não têm atuado como um impedimento para a dosimetria efetiva, e, ademais, os parâmetros utilizados tendem a manter as multas em níveis consideravelmente inferiores ao limite estabelecido de 20% da base de cálculo.

A análise também revelou que as atenuantes vinculadas ao ressarcimento de danos e à adoção de programas de integridade têm sido aplicadas em proporções relativamente modestas. Embora tais atenuantes tenham o potencial de influenciar a dosimetria das penalidades, constatou-se que sua utilização ainda se mostra limitada, mesmo que sua implementação dependa, exclusivamente, das ações adotadas pelas pessoas jurídicas sancionadas. Faz-se relevante, portanto, maior entendimento acerca dos reais incentivos concedidos no âmbito da dosimetria da pena para a adoção da conduta, sobretudo em razão de a atenuante depender exclusivamente de ação das responsáveis pelos atos lesivos.

Buscou-se, dessa forma, evidenciar o impacto efetivo da adoção de programas de integridade nas multas, observando o seu peso dentre as atenuantes utilizadas em cada caso concreto, bem como o impacto das atenuantes na redução efetiva das multas

Em resumo, a análise minuciosa dos dados evidencia que a dosimetria das sanções administrativas sob a LAC tem sido conduzida de maneira criteriosa. No entanto, aspectos como a aplicação limitada das atenuantes e a implementação ainda insuficiente de programas de integridade destacam a necessidade de aprimoramentos no sistema. Surge, então, a relevância de uma norma geral que estabeleça deveres obrigatórios de compliance e critérios para a aferição da culpabilidade em cenários de déficit de autorregulação permanente das pessoas jurídicas. Esta norma, por sua vez, alinhada à Lei de Processo Administrativo, asseguraria uma abordagem uniforme no tratamento de infrações cometidas por pessoas físicas e jurídicas, refletindo uma maior equidade no sistema regulatório. Ademais, a corresponsabilidade entre empresas privadas e o poder público se apresenta como um princípio fundamental para coibir infrações administrativas e promover um ambiente de negócios mais íntegro.

5.2 O debate chega à esfera concorrencial e os programas de compliance passam a ser considerados pelo CADE na celebração de Termos de Compromisso de Cessação, inclusive no cálculo da contribuição pecuniária devida pela empresa

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi instituído³⁵⁷ pela Lei n.º 8.884/1994, a qual foi, posteriormente, substituída pela atual Lei de Defesa da Concorrência, Lei 12.529/2011, que será objeto de análise neste tópico. No que tange ao regime de responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, a referida Lei, reproduzindo a sistemática do art. 20 da Lei n.º 8.884/1994, adotou, em seu art. 36, *caput*, a responsabilidade objetiva para configuração da infração à ordem econômica,³⁵⁸ trazendo como única exceção ao regime de responsabilização objetiva a hipótese expressamente prevista no art. 37, III, da Lei³⁵⁹,

³⁵⁷ Na verdade, a Lei 8.884/1994 sistematizou em uma única norma a legislação que tratava do direito concorrencial no ordenamento jurídico brasileiro há décadas e aperfeiçoou as regras de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, com ênfase no controle de concentrações empresariais e de combate aos cartéis, além de ter transformado o CADE em autarquia federal, dotado de autonomia administrativa e orçamento próprio (MISALE, 2019, pp. 118-119).

³⁵⁸ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados. [...]” – grifou-se.

³⁵⁹ “Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: (...) III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.” – grifou-se.

relacionado à aplicação de multa³⁶⁰ aos administradores da pessoa jurídica, os quais podem ser responsabilizados desde que comprovada a sua culpa ou dolo na prática da infração.³⁶¹

O reconhecimento da responsabilidade objetiva por parte do CADE pode ser ilustrado pelo voto-vista do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, no julgamento do PA nº 08012.003048/2003-01, o qual se tornou, desde então, importante precedente balizador das discussões acerca da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por asseverar que, para a caracterização dos ilícitos antitruste, o próprio texto legal afasta os elementos subjetivos do tipo infracional, fazendo com que o juízo acerca da licitude de determinada conduta independa da discussão de sua reprovabilidade, a qual se relaciona à etapa

³⁶⁰ Há um debate no âmbito do Direito Concorrencial acerca da natureza da responsabilidade dos administradores da pessoa jurídica no que toca à aplicação das demais penalidades que não a sanção pecuniária, bem como acerca da natureza objetiva da multa aplicada a outras pessoas físicas que não os administradores (art. 37, II), como os empregados da empresa, por exemplo, já que a Lei exige a comprovação de culpa ou dolo tão-somente dos administradores para a aplicação de multa (art. 37, III). Há autores que entendem que tivesse o legislador a intenção de transformar a responsabilidade objetiva em subjetiva, teria alterado o caput do art. 36 (configuração da conduta) e não somente o inciso III do art. 37, o que permitiria ao CADE, como vem fazendo, adotar a interpretação isolada da Lei n. 12.529/11 para restringir a responsabilização subjetiva apenas para os administradores e somente para efeitos de aplicação de multa. Todavia, prevalece o entendimento na doutrina de que não é possível afastar a culpabilidade por tratar-se de princípio constitucional, decorrente inclusive da regra do art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”), tornando-se indispensável a comprovação do elemento subjetivo para a caracterização das infrações competidas por indivíduos ao menos naquelas hipóteses em que se deve levar em consideração a intenção do agente. (RIBAS, 2016, p. 50) No mesmo sentido, apontam Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande: “[...] embora a lei não preveja explicitamente o mesmo requisito de comprovação de culpa ou dolo para aplicação a outros indivíduos eventualmente envolvidos em infrações concorrenciais – notadamente empregados (art 37, II), seria de todo inconsistente não aplicar o mesmo requisito de culpabilidade a indivíduos presumidamente mais sujeitos à subordinação hierárquica dentro de empresas e outras organizações” (PEREIRA NETO & CASAGRANDE, 2016, p. 99), bem como a agentes intermediários, como ressalta a a doutrina de Ana Paula Martinez: “E quanto às pessoas físicas, apenas a alta hierarquia da companhia estaria sujeita à força da lei ou qualquer pessoa física pode ser investigada pelo CADE por conduta anticompetitiva? (...) A lei tem texto claro ao prever em seu artigo 31 que se aplica a qualquer pessoa física ou jurídica, e mais adiante, ao prescrever as sanções para práticas anticompetitivas, referindo-se separadamente a administradores e a “outras pessoas físicas”. Com o requisito da existência de dolo ou culpa aplicando-se a qualquer pessoa física investigada por infração à ordem econômica, afasta-se aquela situação enfrentada pelo CADE anteriormente de não impor sanção aos agentes “intermediários” da conduta. Já se viu que muitas vezes são os funcionários de baixo escalão, especialmente gerentes comerciais, quem se envolvem na conduta colusiva, sem que necessariamente haja autorização, envolvimento ou política da alta administração que promova esse tipo de conduta.” (MARTINEZ, 2013, p. 148) – grifou-se.

³⁶¹ Destaca-se, nesse aspecto, o caráter inovador da Lei ao prever explicitamente a previsão de independência das esferas no tocante a responsabilização da pessoa física e da pessoa jurídica. Conforme se observa da redação do artigo 32 da Lei nº 12.529/2011: “Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente,” adequando-se, nesse sentido, ao que dispõe a Constituição Federal no §5, do artigo 173: “§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.” Esse modelo de dupla, mas de independente responsabilização foi, inclusive, identicamente adotado pela Lei 12.846/2013, Lei Anticorrupção, conforme já analisado.

seguinte da atuação cognitiva da autoridade à aplicação de sanções e à dosimetria da pena – especialmente no que toca ao critério de “boa-fé do infrator”, que já era previsto no art. 27, inc. II, da Lei nº 8.884/94 e foi repetido no art. 45, II, da atual Lei nº 12.529/2011.³⁶²

Ocorre que, na oportunidade, o voto vencedor foi o proferido pelo Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcelos, o qual estabeleceu critérios de análise configuradores da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica a fim de qualificar o nexo de causalidade entre a conduta do agente e a responsabilização da empresa. Em síntese, o entendimento firmado definiu como requisitos para a imputação do ilícito (i) que a atuação do agente tenha sido no interesse e (ii) na esfera da atividade da empresa, (iii) sendo necessário ainda haver alguma ligação entre ele e a empresa; e, por último, (iv) “o auxílio do poderio da pessoa coletiva”.³⁶³

³⁶² “Relembro, ainda, que o instituto da responsabilidade objetiva não é algo privativo da responsabilidade civil, e que vem sendo utilizado como importante instrumento de efetividade na aplicação da Lei, especialmente quando o bem jurídico protegido atinge interesses coletivos relevantes. Nesse sentido, destacam-se a responsabilidade por infrações da legislação tributária (art. 136 do Código Tributário Nacional) e aquela instituída pela Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), também referentes à esfera do direito administrativo sancionador. Assim, **quanto à caracterização dos ilícitos antitruste, o próprio texto legal afasta os elementos subjetivos do tipo infracional, fazendo com que o juízo acerca da licitude de determinada conduta independa da discussão de sua reprovabilidade, que se relaciona à etapa seguinte da atuação cognitiva da autoridade à aplicação de sanções e à dosimetria da pena – especialmente no que toca ao critério de “boa-fé do infrator” trazido pelo art. 27, inc. II, da Lei nº 8.884/94 (e repetido no art. 45, II, da atual Lei nº 12.529/2011).** (Voto-vista do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, no julgamento do PA nº 08012.003048/2003-01). – grifou-se.

³⁶³ “De fato, foi o que determinou expressamente o legislador ao utilizar no art. 20 da Lei 8.884/94 a expressão “independente de culpa”, foi a responsabilização objetiva nas infrações à ordem econômica. Os instrumentos de direito penal podem servir subsidiariamente à análise antitruste, porém não com um viés de garantia individual. Mesmo os doutrinadores penalistas, ao falarem de responsabilidade penal da pessoa jurídica, referem-se, no máximo, a um tipo especial de culpabilidade, que gira em torno da ideia de culpa organizacional, cuja responsabilidade pela infração advém do dever de vigilância do responsável da empresa. Em outros casos, sequer admitem que a ideia de culpabilidade seja compatível com a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Ademais, deve-se perscrutar em que medida a responsabilidade pelo que ocorreu na reunião de 27.07.1999 é individual (dos participantes) ou coletiva (das empresas). O que tentam as representadas fazer crer no presente processo administrativo, é que os funcionários não possuíam poder de representação e que o que fizeram foi por sua própria conta e risco. João Castro e Souza propôs **razoáveis e úteis critérios para que se possa apurar a responsabilidade da pessoa jurídica: 1. a infração individual há de ser praticada no interesse da pessoa coletiva**: A preocupação com a entrada dos genéricos no mercado, com os prejuízos certos dessa entrada como fartamente ilustrado nas seções acima, e também com a atuação de laboratórios concorrentes, como o Teuto e a Neoquímica, comprova que a conspiração refletia interesses comerciais das empresas envolvidas. **2. a infração não pode situar-se fora da esfera da atividade da empresa**: A reunião entre concorrentes se deu em uma sala de responsabilidade da empresa Janssen-Cilag, na FGV, em dia útil, no horário de expediente, tendo sido previamente divulgada pauta com os assuntos a serem discutidos, dentre eles os mercados de distribuição, Unimed e a Lei dos Genéricos. **3. a infração cometida pela pessoa física deve ser praticada por alguém que se encontre estreitamente ligado à pessoa coletiva**. É o empregado ou preposto, no exercício de suas funções, que comete o crime para a empresa. O sistema americano fala em “executivo de nível médio” como o agente responsabilizado por algum fato delituoso. Pode-se pensar em diretores ou executores (gerente, por

Desse modo, percebe-se que, não obstante a jurisprudência pacífica construída ao longo do tempo no âmbito do CADE e também de forma majoritária³⁶⁴ pela doutrina especializada³⁶⁵ acerca da natureza objetiva da responsabilidade da pessoa jurídica, ou seja,

exemplo) como pessoas responsáveis para agir em nome da empresa. Desse modo, havendo ligação permanente com a empresa, o que se caracteriza pela relação empregatícia, assim considerada em um sentido amplo, haverá confluência de interesses entre pessoas física e jurídica, beneficiária do ilícito: Das 25 pessoas participantes da reunião, a maioria absoluta era de gerentes nacionais de vendas e outros cargos de gerência como gerente nacional de negócios, gerente de desenvolvimento de vendas, gerente de desenvolvimento de vendas e propaganda, gerente nacional de contas especiais, um diretor regional de vendas, sendo que algumas das empresas se fizeram representar por mais de um funcionário, como são os casos da Merck Sharp & Dohme (dois), Eurofarma (dois), Roche (dois) e Janssen-Cilag (dois). **4. a prática da infração deve ter o auxílio do poderio da pessoa coletiva, o que verdadeiramente caracteriza e distingue as infrações das pessoas coletivas é o poderio que atrás delas se oculta, resultante da reunião de forças econômicas, o que vem a provocar que estas infrações um volume e intensidade superior a qualquer infração da criminalidade tradicional:** A soma da participação dos laboratórios envolvidos na reunião variava entre 47% e 45% do mercado total de medicamentos à época no Brasil e tal poderio seria capaz de dar força ao boicote.” – grifou-se. (Voto do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcelos – que já havia sido externado por ocasião do julgamento do cartel contra genéricos, Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48, julgado em 13/10/2005).

³⁶⁴ Nesse sentido, Leonor Cordovil e outros afirmam que “o coração da ação repressiva da Lei 8.884/1994, o seu art. 20, é reproduzido pela Lei 12.529/2011, em seu art. 36. De acordo com a redação de ambas as leis, é indiferente na apuração de prática uma infração à ordem econômica, a existência de culpa ou dolo. É a responsabilidade objetiva prevista expressamente pela legislação, com a única exceção observada à prática de infração pelo administrador, quando deve ser verificada, no mínimo, a existência de culpa (art. 37, III)” (CLODOVIL et al, 2011, p. 101). Também manifestando posição semelhante, Ana Paula Martinez afirma que “Ao prever o tipo de conduta sujeito à repressão estatal, a lei [Lei 12.529/2011] estipula no caput do artigo 36 que a configuração do ilícito independe de culpa, caracterizando, portanto, responsabilidade objetiva” (MARTINEZ, 2013, p. 144). – grifou-se.

³⁶⁵ Apesar de reconhecer o entendimento majoritário quanto à natureza objetiva da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica no direito concorrencial, Ana Frazão, por exemplo, pontua a necessidade de se rever o entendimento adotado pela autoridade concorrencial, adequando-o aos princípios constitucionais e aos princípios aplicados ao Direito Administrativo Sancionador. Nesse sentido: “[...] a autoridade antitruste terá de avaliar necessariamente a reprovabilidade da conduta. O fato de a Lei n. 8.884/94 e de a atual Lei n. 12.529/2011 terem previsto que as infrações à ordem econômica independem de culpa, não invalida a conclusão. Ambas, aliás, parecem ter acolhido uma espécie de presunção de excludente de ilicitude, ao explicitarem no § 1º do art. 36 (Lei n. 12.529/2011) e no art. 18, § 1º (Lei n. 8.884/94) que “a conquista de mercado resultado de processo natural, fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores” não caracteriza o domínio abusivo de mercado. Não se ignora que vem prevalecendo na jurisprudência do CADE o entendimento de que a Lei n. 12.529/2011, ao mencionar que a infração se configura “independentemente de culpa”, acolhe a responsabilidade objetiva pela conduta antitruste, da mesma forma que a lei anterior. Entretanto, entende-se que tal postura precisa ser revista, por ser manifestamente incompatível com a Constituição Federal e com os princípios mais básicos do Direito Administrativo Sancionador (FRAZAO, 2017, p. 261). Já Calixto Salomão Filho observa que a Constituição Federal, segundo uma análise mais apurada do art. 173, §3º, parece exigir a existência de um elemento volitivo para ocorrência de prejuízo à ordem econômica: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Nesse sentido, complementa o autor, é “inegável a presença da intenção nos atos direcionados a um objetivo. Ao invés simplesmente de refutar sua existência, parece necessário determinar o significado específico dessa intenção. Os dispositivos do art. 36, da Lei Antitruste, e do art. 173, §3º da Constituição Federal são plenamente compatíveis entre si, pois a Lei brasileira não impõe a necessidade de produção de certos efeitos para a ocorrência/consumação do ato ilícito. Ao efetuar esse tipo de exigência, de que os atos seriam condicionados aos efeitos anticoncorrenciais, já que todo ato que vise, de qualquer forma, dolosa ou culposa a prejudicar à concorrência, visará um “objetivo predeterminado e anticoncorrencial” (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 96) – grifou-se.

independentemente de culpa³⁶⁶, o entendimento fixado foi no sentido de que essa responsabilização não ocorre de modo automática, fazendo-se necessário examinar a representatividade da conduta da pessoa física junto à pessoa jurídica: se o agente interno agiu em nome e no interesse da pessoa coletiva, na esfera de atuação da empresa, em razão do seu estreito vínculo com ela e sob o auxílio de seu poderio econômico. Ou seja, a jurisprudência do CADE flexibilizou o caráter objetivo da responsabilidade da pessoa jurídica, adotando nítido modelo de heteroresponsabilização ao exigir que se apure a conduta dos indivíduos autores do ato lesivo e se avalie a posição que ocupam na organização como condição para imputação de ilícito à empresa.

É nesse contexto que o CADE passou, há alguns anos, a considerar os Programas de Compliance Antitruste³⁶⁷ como elementos aptos a ensejar descontos no pagamento das multas devidas por empresas sancionadas ou por empresas participantes de seu programa de leniência. Esse movimento iniciou-se ainda no ano de 2004 quando a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – que naquele momento compunha o tripé do Sistema

³⁶⁶ Ressalte-se que há autores que defendem que a responsabilidade objetiva no sentido conferido pela Lei Antitruste brasileira se diferenciaria do modelo adotado pela Lei Anticorrupção por ter sido impingida certa flexibilização das exigências para a ocorrência do ilícito concorrencial em detrimento do ilícito erigido na Lei nº 12.846/2013. Ou seja, “o ilícito concorrencial seja ele cartel, fixação do preço de revenda, dentre outras práticas, guarda semelhança com o ilícito penal no sentido de poder ser configurado mediante mera conduta (mas dele se afasta, por outro lado, porque o ilícito concorrencial caracteriza-se de forma objetiva, isto é, independentemente de dolo ou culpa, que, no entanto, são essenciais à caracterização do ilícito penal e, em regra, também ao civil)”. (GÂNDARA, 2012, p. 335). Por outras palavras, a Lei Antitruste, neste ponto, parece se distanciar da legislação anticorrupção brasileira, pois a Lei nº 12.529/11 exige critérios objetivos para a ocorrência do ilícito concorrencial, e não meios de responsabilização objetiva da pessoa jurídica por atos anticoncorrenciais. Ou seja, os critérios de ocorrência do ilícito concorrencial são objetivos, independem, mesmo, da existência de um dano material, diferentemente da Lei Anticorrupção. “Assim, sob o aspecto formal, não nos parece correta a aplicação indiscriminada da responsabilidade objetiva no tocante à responsabilização civil decorrente da prática de ilícitos concorrenciais” (GÂNDARA, 2012, p. 336) fato de as hipóteses de responsabilização objetiva na Lei Antitruste se localizam nos art. 37, I e II, em relação às condutas que o acusado seja a pessoa física agindo em nome próprio, ou seja, que poderiam ser relacionados ao empresário individual, ou a pessoa jurídica com ou sem atuação no mercado. Nesse sentido, seria empregada pela Lei Antitruste “uma técnica de responsabilização objetiva, que torna o exercício da função repressiva pelo CADE muito mais simples e menos custosa em termos de prova” (MARRARA, 2015, p. 211).

³⁶⁷ Na lição de Sérgio Varella Bruna “[o]s programas de compliance antitruste, também conhecidos como programas de prevenção a infrações à ordem econômica ou de conformidade à legislação de defesa da concorrência, são adaptações de programas empresariais voltadas para prevenir a ocorrência de práticas ilícitas ou inapropriadas no cotidiano de uma determinada empresa ou associação de empresas”. Quanto ao emprego do termo “compliance”, Sérgio Varella Bruna observa que “parece-nos justificável a licença para utilização do termo inglês para nos referirmos aos programas de prevenção de práticas anticoncorrenciais. Com efeito, a denominação programas de *compliance* já é consagrada em âmbito internacional e se fez conhecida no âmbito das empresas que adotam tal espécie de programa. Não parece haver qualquer razão para substituir o termo *compliance* por outro em português, afora o apego ao purismo linguístico” (BRUNA, 2001, p. 177).

Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) – editou, inspirada pelas experiências norte-americana e europeia e aproveitando-se de um contexto em que o CADE começou a priorizar a atividade de repressão aos cartéis - especialmente os nacionais, e, dentre eles, os cartéis em licitações³⁶⁸ - a Portaria nº 14, de 9 de março de 2004, a qual definia as diretrizes gerais para a elaboração dos chamados “Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica” (PPI),³⁶⁹ considerados o embrião dos atuais programas de *compliance* concorrencial a fim de “orientar o público sobre os modos de prevenção das diversas formas de infração à ordem econômica previstas na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994” (MISALE, 2019).³⁷⁰

³⁶⁸ Exemplo da centralidade conferida à atuação de combate aos cartéis, destaca-se a celebração do primeiro acordo de leniência firmado pelo CADE no ano de 2003, em que dezesseis empresas de segurança privada foram condenadas pela prática. Antes disso, a atenção do CADE restava basicamente centralizada sobre o controle de estruturas (análise de atos de concentração econômica). (MARTINEZ, 2013, p. 131).

³⁶⁹ Com a centralidade conferida no combate aos cartéis, pretendeu-se, à época, engendrar um cenário de conscientização empresarial acerca da relevância dos postulados da livre concorrência para o incremento do ambiente empresarial brasileiro. Desse modo, “argumenta-se que esse contexto de priorização de esforços no combate a cartéis influenciou na discussão dos programas de *compliance* concorrencial, inclusive para estimular que as empresas investissem em métodos educativos e de conscientização no tocante à importância da livre concorrência a fim de fortalecer os negócios e a economia” (MISALE, 2019, pp. 120-121).

³⁷⁰ Cf. Portaria 14/2004 da SDE: “Art. 4º. O requerimento de depósito do PPI deverá ser protocolado no Setor Processual da SDE, acompanhado das seguintes informações e documentos: I – qualificação completa do depositante, de seu representante legal e de seus sócios; II – especificação do grupo econômico ao qual o depositante pertence, bem como indicação das atividades econômicas que exerce, discriminando produtos e serviços; III – histórico da atuação do grupo econômico ao qual o depositante pertence junto ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) nos últimos 5 (cinco) anos, incluindo as seguintes informações sobre todas as sociedades que compõem o grupo econômico: (a) a quantidade de averiguações preliminares e processos administrativos em curso e julgados; (b) os atos de concentração apresentados; e (c) multas impostas pelo SBDC e seus respectivos pagamentos; IV - descrição do PPI, que deverá conter, entre outros, os seguintes elementos: (a) criação de padrões e procedimentos claros com relação à observância da legislação de defesa da concorrência por parte do quadro de funcionários do depositante; (b) indicação e qualificação de dirigente com autoridade para coordenar e supervisionar os objetivos propostos no PPI; (c) indicação do grau de delegação e fiscalização, pelos dirigentes do depositante, dos poderes de negociação, bem como de efetiva prestação de contas por parte dos funcionários responsáveis pelos contatos com os agentes dos mercados onde atua o depositante; e (d) mecanismos de disciplina eficientes para identificação e punição dos envolvidos com reais ou potenciais infrações à ordem econômica; V - descrição do material de apoio utilizado para o PPI, tais como vídeos, manuais, folhetos, palestras, programas de computador, regulamento e relatórios de comissão ou grupo responsável pela punição dos eventuais envolvidos em infrações à ordem econômica, regulamento de programas de destruição de documentos e arquivos e sistemas de monitoramento de potenciais e reais infrações à ordem econômica; VI - instrumento de contratação de serviços de auditoria externa e independente sobre matérias relacionadas à defesa da concorrência, que deverá ser realizada em um intervalo máximo de 2 (dois) anos entre cada uma das auditorias; VII - declarações dos ocupantes de cargo de administração, direção, gerência, chefes de equipes de vendas e participantes de reuniões de associações de classe ou quaisquer outras formas de associação existentes nos mercados de atuação ou de interesse do depositante, atestando o conhecimento do PPI; e VIII - declaração de associações de classe atestando que, sob seus auspícios, seus associados não se utilizam de ações anticoncorrenciais, tais como fixação de preço e definições de política comercial comum.” - grifou-se.

Note-se que, embora não houvesse qualquer previsão legal específica que dispusesse sobre a implementação de programas de *compliance* antitruste pelas empresas, a referida Portaria previu a possibilidade da SDE conferir um “Certificado de Depósito do PPI”, que ficou conhecido como “ISO Antitruste,”³⁷¹ às empresas que voluntariamente aderissem ao Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI), após averiguação da existência e cumprimento dos requisitos mínimos implementados, as quais passariam a contar com a chance de que tal certificado fosse considerado como elemento atenuante³⁷² de sanção a ser imposta em eventual processo administrativo sancionador junto ao CADE (MISALE, 2019).³⁷³

Embora a iniciativa de se beneficiar empresas que efetivamente adotassem Programas de Integridade tenha se mostrado uma iniciativa positiva e com efetivo potencial para a conformação da conduta das empresas, uma vez que a recomendação poderia impactar diretamente as penas aplicadas, vê-se que essa, na época, teve seus efeitos limitados,³⁷⁴ em

³⁷¹ Vide ANDRADE, Maria Cecília; VIEIRA, Caroline Sanselme; PASTORE, Ricardo Ferreira. A responsabilidade dos administradores perante a Lei de Defesa da Concorrência e o Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica - “Iso Antitruste”. Migalhas, 28 maio 2004.

³⁷² Nesse sentido, o artigo 9º, §4º da Portaria n.º 14/2004, previa que: “Art. 9º A SDE, mediante requerimento do depositante, procederá à análise da efetividade do PPI para fins de recomendação de redução das penas aplicadas pelo CADE nos termos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994. [...] § 4º Poderá beneficiar-se da sugestão de redução de pena objeto deste artigo qualquer empresa que, mesmo não possuindo o Certificado de Depósito do PPI concedido pela SDE, comprove ter implementado um PPI quando do início das investigações de infrações contra a ordem econômica pela SDE. Comprovada a existência do PPI, caberá a SDE proceder à análise de sua efetividade, observados os §§ 1º e 2º deste artigo.” - grifou-se.

³⁷³ Contudo, importa destacar que a consideração dos programas de compliance como elementos atenuantes da sanção não representava, necessariamente, garantia de redução da penalidade imposta. Desse modo, ao “aferir a efetividade do PPI, a SDE deveria levar em conta a existência do CD, a efetiva aplicação do programa, bem como a adoção de medidas apropriadas por parte do depositante caso fossem identificadas infrações à ordem econômica. A recomendação de redução ficaria prejudicada caso a potencial ou real infração à ordem econômica tivesse contado com anuência ou clara omissão do dirigente da empresa depositante, ou ainda se a infração à ordem econômica não fosse comunicada à SDE no prazo de trinta dias a contar do seu conhecimento pelo dirigente da empresa depositante. Como se deduz, o papel dos administradores era realçado, ventilando a ideia do “tone at the top”. Vale comentar que mesmo aquelas empresas que não possuísem o CD poderiam se beneficiar da eventual sugestão de redução de pena caso comprovassem a implementação do PPI quando do início das investigações de infração à ordem econômica pela SDE. Duas exceções eram apontadas para a concessão do certificado: (i) caso o requerente tivesse sido condenado pelo CADE por infração à ordem econômica ou por violação à Lei 8.884/1994 nos dois anos anteriores ao protocolo do PPI; e (ii) caso o requerente estivesse sendo investigado pela SDE, CADE ou SEAE em sede de processo administrativo. A SDE dispunha de discricionariedade para, a qualquer tempo, revogar o certificado de PPI se identificasse: (i) ausência dos requisitos mínimos previstos na Portaria; (ii) que o depositante descumpriu qualquer obrigação assumida no PPI; (iii) que o depositante omitiu informação relevante durante o procedimento de depósito do PPI; (iv) se o depositante fosse condenado judicial ou administrativamente por qualquer das infrações prevista na Lei 8.884/1994 ou legislação correlata (MISALE, 2019, p. 123).

³⁷⁴ Conforme bem explica Guilherme Misale, “caso a empresa tivesse interesse, poderia requerer à SDE que analisasse a efetividade do seu programa, de modo a eventualmente recomendar a redução das penas aplicadas pelo CADE na hipótese de condenação. Igualmente, vale esclarecer que se tratava de mera sugestão de redução de pena, ou seja, não era garantia que o CADE acataria a recomendação. Para aferir a efetividade do PPI, a SDE

virtude da baixa adesão do setor empresarial.³⁷⁵ Posteriormente, em 2007, o CADE editou a Resolução nº 46, de 04 de setembro, que aprovou a Emenda Regimental 01/2007 e disciplinou alguns elementos que deveriam constar dos Termos de Compromisso de Cessação (TCC), entre eles “a possibilidade de adoção de um programa de prevenção de infrações à ordem econômica” (art. 129-A, inciso III). Como se depreende da leitura do inciso, a inclusão do programa de compliance antitruste não era condição obrigatória para fins da proposta de TCC, ao contrário de outros requisitos.

Assim, foi apenas a partir do advento da Lei Anticorrupção, em 2013 e, no ano seguinte, dos primeiros desdobramentos da Operação Lava Jato, que o debate sobre os programas de compliance efetivamente ganha força na seara concorrencial,³⁷⁶ em especial

deveria levar em conta a existência do CD, a efetiva aplicação do programa, bem como a adoção de medidas apropriadas por parte do depositante caso fossem identificadas infrações à ordem econômica. A recomendação de redução ficaria prejudicada caso a potencial ou real infração à ordem econômica tivesse contado com anuência ou clara omissão do dirigente da empresa depositante, ou ainda se a infração à ordem econômica não fosse comunicada à SDE no prazo de trinta dias a contar do seu conhecimento pelo dirigente da empresa depositante. Como se deduz, o papel dos administradores era realçado, ventilando a ideia do “tone at the top”. Vale comentar que mesmo aquelas empresas que não possuísem o CD poderiam se beneficiar da eventual sugestão de redução de pena caso comprovassem a implementação do PPI quando do início das investigações de infração à ordem econômica pela SDE (MISALE, 2019, p. 123).

³⁷⁵ Na ocasião, uma única empresa se submeteu à avaliação com o objetivo de receber o selo e durante o processamento do pedido, a Associação Brasileira de Importadores de Produtos Populares desistiu do requerimento de análise do programa. Segundo Guilherme Misale, “dentre as razões que podem ajudar a explicar o fenômeno da baixa adesão empresarial, cogita-se tanto o aspecto dos incentivos, quanto o momento histórico do país. Explicasse: provavelmente, a mera recomendação de redução não representava incentivo suficiente aos olhos dos agentes econômicos para investirem recursos no PPI. Outrossim, e talvez mais relevante, a cultura da concorrência ainda ganhava tração no Brasil e a noção do compliance concorrencial era um conceito etéreo e incipiente. Isso implica dizer que, muito possivelmente, a Portaria veio na vanguarda de seu tempo e talvez por isso não foi frutífera do ponto de vista da mobilização empresarial. Assumindo, assim, que o incentivo econômico para as empresas aderirem ao PPI já era baixo, em 2009 ele foi extinto, uma vez que a Portaria 48 revogou a possibilidade de redução da multa” (MISALE, 2019, p. 123).

³⁷⁶ Ao investigar a evolução jurisprudencial do tema no CADE, Misale aponta para uma crescente consideração do programa de compliance como medida a ser recomendada às empresas: “no âmbito da Lei 8.884/1994, foram identificados sete precedentes, sendo apenas um em sede de condenação e os outros seis no âmbito de TCCs. No âmbito da decisão condenatória, fez-se claro o entendimento de que o programa de compliance não seria medida impositiva, mas sim uma possível recomendação para os condenados no ilícito. Não houve qualquer discussão acerca da recompensa. No âmbito dos TCCs, a discussão relacionada à eventual recompensa direta (desconto) foi muito incipiente. Em apenas um precedente foi possível verificar um arrazoado de considerações mais gerais para justificar posicionamento contrário à inclusão do programa de compliance no bojo do TCC, ressalvadas circunstâncias excepcionais, e, nesse contexto, foram ventilados comentários pontuais sobre a eventual contrapartida financeira da Administração à empresa que implementa o programa de compliance, refutando essa hipótese. Nos demais TCCs o programa de compliance foi considerado, não havendo qualquer discussão de mérito acerca de eventual recompensa pecuniária. A partir da vigência da Lei 12.529/2011, foram identificados vinte e três precedentes, sendo cinco em sede de condenação e dezoito no âmbito de TCCs. **A discussão foi sendo gradualmente refinada em termos qualitativos e ganhou mais tração após a edição dos Guias de Compliance e de TCC. De todo modo, a discussão travada até o momento, a nosso ver, não pode ser considerada realmente expressiva e consolidada, de sorte que ainda há muito a se percorrer se o objetivo for fincar**

porque houve, a partir de então, uma verdadeira aproximação entre a pauta de combate a corrupção e a política de combate aos cartéis.³⁷⁷

Nesse contexto, com o rigor acentuado pela severidades das sanções previstas na Lei n.º 12.529/2011³⁷⁸ e pelo fortalecimento da leniência antitruste³⁷⁹ que essa também operou, o CADE, a partir desse período, passa a endurecer as penalidades aplicadas nos processos administrativos, a aumentar o valor das multas aplicadas aos agentes, bem como a investigar cartéis nacionais recentes, elevando, com isso, a apreensão de eventuais envolvidos acerca do risco decorrente de práticas porventura ilícitas e contribuindo, portanto, para um aumento expressivo no montante de acordos de leniência firmados com cartéis nacionais, estrangeiros ou mistos, sendo responsável por investigar 30,7% dos acordos de leniência firmados pela autoridade no período compreendido entre 2003 e 2020 e 50,8% dos acordos assinados entre 2015 e 2020 (ATHAYDE, 2021).³⁸⁰

entendimentos mais firmes e lineares, especialmente a respeito do desconto pecuniário ao programa de compliance. A propósito, como comentou a Conselheira Cristiane Schmidt em artigo, “o Guia [de Compliance] parece deixar muito a desejar, pois este não indica especificamente como as empresas podem ter redução de penas” (MISALE, 2019, p. 187) - grifou-se.

³⁷⁷ A Operação Lava Jato promoveu “[...] uma espiral ascendente de acordos de leniência e TCCs na esteira da citada operação, que igualmente repercutiu nas contribuições pecuniárias arrecadadas. Apenas para citar uma estatística, em complementação àquelas já citadas anteriormente neste trabalho, no que concerne à celebração de TCCs e arrecadação pecuniária, o CADE celebrou, somente em novembro de 2018, 16 TCCs relacionados a seis investigações conduzidas no âmbito da operação Lava Jato. No total, os acordos em questão estabeleceram o pagamento de contribuições pecuniárias que somam R\$ 897,9 milhões. [...] Entre os anos de 2003 a 2011, o CADE celebrou 23 acordos de leniência, [...] de 2012 até junho de 2017, foram celebrados 65 acordos [...] Entre os anos de 2009 a 2011, o CADE firmou 20 TCCs, ao passo que de 2013 até julho de 2017 foram celebrados, no total, 235 compromissos” (MISALE, 2019, p. 129; 144).

³⁷⁸ “Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.” – grifou-se.

³⁷⁹ Segundo salienta Amanda Athayde, a Lei do 12.529/2011 inaugurou a chamada segunda fase dos programas de leniência no Brasil: “o programa de leniência foi introduzido, no Brasil, pela Lei no 10.149/2000, que alterou a Lei no 8.884/94 (artigos 35-B e C), com o objetivo de fortalecer a atividade de repressão de infrações à ordem econômica do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Essa foi a primeira legislação a trazer esse tipo de acordo para o Brasil, inspirada nas experiências exitosas em outras jurisdições estrangeiras. Atualmente, o programa de leniência antitruste brasileiro encontra-se previsto nos artigos 86 e 87 da Lei no 12.529/11.394” (ATHAYDE, 2021, p. 238).

³⁸⁰ É a partir desse período e, notadamente, do surgimento dos acordos decorrentes da Operação Lava Jato que autores defendem a existência de uma terceira fase no programa de leniência do CADE. Conforme expõe Athayde: “Nessa linha, Craveiro propõe a existência de uma Fase 3 no programa de leniência do Cade. Para além da Fase 1 (2000-2011) e da Fase 2 (2012-2014) propostas por Athayde e Fidelis, a autora aduz a existência de uma nova Fase 3 (2015-2019). ParOpa Craveiro, o marco inicial seria o primeiro acordo de leniência antitruste assinado na

Todo esse movimento influenciou decisivamente o desenvolvimento de uma agenda sobre compliance no âmbito do CADE, tendo o Plano Estratégico 2013/2016 do órgão estabelecido inclusive meta relacionada ao tema.³⁸¹ Assim, em janeiro de 2016, o CADE aprovou, após submeter à consulta pública, o seu Guia de *Compliance*, dispondo sobre a estruturação e os benefícios da adoção desse instrumento na esfera concorrencial. Com isso, embora o tema do compliance não tenha sido disciplinado via legislação, seja em sede legal - a Lei 12.529/2011 - ou infralegal - o Regimento Interno do CADE, tampouco Resoluções editadas pela autarquia trazem qualquer referência expressa a programas de compliance ou congêneres - o CADE regulamentou o assunto por meio de guia específico (MISALE, 2019).

O Guia de *Compliance* do CADE apresenta um formato aberto no sentido de não fixar um rol estanque de elementos (*checklist*) que devem constar do programa.³⁸² Ao contrário, o documento apresenta um conceito macro de programa de compliance que reforça não existir modelo único, devendo ser lido como um “menu de opções”, com definições e sugestões que podem ou não ser acatadas, considerando a realidade da organização. A premissa é de que o programa de compliance concorrencial deve ser desenhado em face dos riscos aos quais a empresa se sujeita no ecossistema do direito da concorrência, por isso o Guia explica que a adoção de um programa de *compliance* não garante que violações serão eliminadas, mas frisa que a grande vantagem no caso de infrações é que o programa permite a sua rápida identificação e tomada de providências pela empresa. Donde se conclui que não apenas as grandes, mas também as pequenas e médias empresas são incentivadas a implementar programas de

esteira da eração Lava Jato, em março de 2015. Trata-se de uma nova fase de escalada nas propostas de negociação de acordos, marcada, segundo a autora, tanto pela Operação Lava Jato quanto pela alteração legislativa que estendeu a proteção do acordo de leniência para crimes relacionados a cartel. Assim, o maior foco dos acordos da Fase 3 seria em cartéis em licitações públicas (63% do total). Ademais, a proporção de acordos inseridos no âmbito de investigações da Lava Jato em relação ao total assinado durante a Fase 3 passa a ser de cerca de 52%. Como consequência, a proporção de acordos relativos a cartéis internacionais se torna menos representativa, de aproximadamente 12%. Assim, a autora conclui que, embora os dados analisados limitem-se aos anos de 2015 a 2019, a Fase 3 ainda estaria em curso, apresentando, entretanto, indícios de declínio, porquanto a tendência pareceria ser de queda de proposituras relacionadas a casos da Lava Jato” (ATHAYDE, 2021, p. 241).

³⁸¹ “revisão dos programas de leniência e de *compliance*, incentivando a adesão dos agentes econômicos a esses programas com vistas a tornar mais efetiva a prevenção e a repressão de infrações à ordem econômica”. Cf. Plano Plurianual 2012/2015.

³⁸² Trata-se de modelo diferente daquele adotado pela Lei 12.846/2013, em particular no Decreto 8.420/2015, o qual é mais direto e objetivo, estipulando um rol de parâmetros. (MATTIUZZO, 2017)

compliance, ainda que com orçamentos mais modestos, a par de diferentes realidades e perfis corporativos (MISALE, 2019).

Ademias, o Guia apresenta quatro grandes eixos sob os quais devem ser estruturados os programas de *compliance* antitruste: (i) comprometimento, englobando envolvimento da alta direção; recursos adequados; e autonomia e independência; (ii) análise de riscos; (iii) mitigação de riscos, englobando treinamentos e comunicação interna; monitoramento do programa; documentação e punições internas; e (iv) revisão do programa. O documento também aborda algumas situações específicas e relevantes sob o prisma concorrencial, indicando como os programas de compliance podem ser estruturados para responder a riscos particulares com o fito de (i) ressaltar as características que contribuem para amplificar o risco de infração; e (ii) sugerir parâmetros para estruturação do programa de compliance caso a empresa se depare/encontre em alguma das situações/atue em mercados sensíveis. Sob tal enfoque, o Guia trata de cartéis, cartéis em licitação, associações, sindicatos e *Standard Setting Organizations* (SSOs), e condutas unilaterais e restrições verticais (MISALE, 2019).

Por fim, o Guia versa sobre os impactos do programa de compliance para efeitos das penalidades administrativas, reconhecendo que a adoção desses programas pode ter impactos positivos para as empresas, mesmo quando não consigam evitar a ocorrência de práticas ilícitas. Nesse aspecto, o Guia lista quatro possíveis principais efeitos do programa para as empresas: (i) adesão ao programa de leniência; (ii) celebração de TCC; (iii) submissão de consultas ao Tribunal; e (iv) dosimetria das penalidades aplicadas. Sobre a leniência, o Guia pontua que um programa bem estruturado é capaz, ainda que não evite a conduta, de identificar agilmente distorções e tomar conhecimento dos ilícitos, o que possibilita a pronta administração da situação, permitindo que o infrator procure o CADE para a celebração de acordo de leniência, de modo a evitar uma série de penalidades. O programa não assegura que a leniência será assinada, mas pode aumentar “substancialmente” as chances de a empresa poder contar com tal ferramenta.³⁸³ Sobre o TCC, o Guia esclarece que a celeridade na identificação do ilícito e a

³⁸³ Vale lembrar que o acordo de leniência só está disponível no âmbito concorrencial para o primeiro a denunciar o ilícito, o que reforça a importância de mecanismos de controle bem estruturados a fim de que a empresa, no caso

tomada da decisão é fundamental para garantir os melhores benefícios financeiros no bojo desse instrumento.³⁸⁴ Novamente, a mesma ressalva é feita no sentido de que o programa de compliance não garante que o termo será assinado, mas pode aumentar “substancialmente” as chances de que isso ocorra (MISALE, 2019).³⁸⁵

Já no que diz respeito ao impacto dos programas de compliance antitruste na dosimetria da sanção, objeto de interesse deste trabalho, o Guia reconhece que esses programas podem impactar de modo favorável a determinação de penalidades, afastando, por exemplo, certas proibições ou até mesmo reduzindo o valor da multa aplicável,³⁸⁶ e define que a

da violação, seja efetiva na qualificação para a leniência e se beneficie com a imunidade nas esferas administrativa e criminal (para as pessoas físicas) ou com a redução de um a dois terços as penalidades administrativas aplicáveis.

³⁸⁴ Na negociação do TCC, aqueles que não se qualificaram para a leniência são colocados em uma espécie de “fila de espera”, que funciona com base em um sistema de senhas (*marker*). Também há requisitos cumulativos para a celebração do TCC, que para os casos de cartel são: (i) reconhecimento de participação na conduta; (ii) colaboração com as investigações; (iii) obrigação de não praticar a conduta investigada; e (iv) pagamento de contribuição pecuniária, a qual varia, a depender da ordem de chegada e da colaboração prestada pelo multa esperada, a saber: (a) redução percentual de 30% a 50% da multa esperada para o primeiro proponente; (b) redução percentual de 25% a 40% da multa esperada para o segundo proponente; (c) redução percentual de até 25% da multa esperada para o terceiro proponente (regras válidas para negociação de TCCs junto à SG). A proposta de TCC só pode ser apresentada uma vez. Diferentemente da leniência, não há imunidade no caso de TCC, bem como seus efeitos são restritos à esfera administrativa, donde o signatário não está automaticamente isento da acusação na esfera criminal. Cf. Guia Termo de Compromisso de Cessação para os casos de cartel.

³⁸⁵ Registre-se que a legislação antitruste permite também a celebração de um acordo de leniência *plus* no caso de uma empresa não ter sido a primeira a se habilitar para o acordo de leniência, mas ter relatado uma outra infração desconhecida pelo CADE. Nessa hipótese, há efeitos de duas ordens: (i) em relação ao *marker* da leniência original que já havia sido concedido quando a empresa e/ou pessoa física foi denunciar o ilícito; e (ii) em relação à nova infração noticiada. Para o primeiro caso é possível obter redução de até um terço da pena, enquanto para o segundo caso haverá imunidade para o signatário. Da oportunidade da leniência *plus* decorre igualmente um valioso benefício para o signatário, repisando a importância do programa de compliance para conferir condições às empresas de detectar e investigar casos de ilícitos que devam ser reportados às autoridades.

³⁸⁶ Ressalte-se, contudo, que o Guia de Compliance do CADE esclarece que esses programas não são suficientes para afastar por completo a imposição de penalidades em razão do regime de responsabilização objetiva adotado pela Lei n.º 12.529/2011, ou seja, para excluir a responsabilidade da pessoa jurídica diante da não comprovação de sua culpabilidade. Essa posição é objeto de crítica por parte de alguns doutrinadores que entendem que ela funciona, na verdade, como um contra incentivo para as empresas investirem nos programas de compliance, os quais são, pela sua própria natureza, complexos, custosos e trabalhosos. A esse respeito, Ana Frazão tece críticas ao anotar que, sob os pressupostos da imputação automática (*vicarious liability*), os programas de compliance tem sua importância sobremaneira diminuída do ponto de vista dos incentivos, vez que jamais afastam a imputação e somente podem ser considerados, no melhor cenário, como atenuantes ou fatores de diminuição da pena. Por conta disso, Frazão entende que esse regime de responsabilização não propicia os incentivos adequados para a adoção de programas de compliance, e mais, que não se oferece um critério idôneo para resolver complexas questões de culpabilidade da pessoa jurídica. Sob essa ótica, em contraposição à teoria dos órgãos (*vicarious liability*), a proposta de Frazão é de abordar o tema, na linha do quanto propugnado na presente Tese, com base na teoria do defeito da organização, a partir de um critério de culpabilidade próprio, isso porque, diferentemente da lógica da *vicarious liability* (heterorresponsabilização), sob a lente da teoria do defeito de organização (autorresponsabilização) seria possível afastar a responsabilidade penal ou administrativa de pessoa jurídica se fosse possível aduzir que a empresa envidou esforços de boa-fé e fez tudo o que estava ao seu alcance para evitar o ilícito (e.g., estruturação de programa de compliance robusto) e, nada obstante, o ilícito ocorreu. Logo, se o

existência de programa de compliance que tenha “relação direta com a decisão de propositura do TCC e/ou que tenha resultado na colaboração apresentada” poderá ser considerada evidência da boa-fé do agente infrator.³⁸⁷ Vale sublinhar que no Guia de Compliance resta expressa a possibilidade de considerar o compromisso de adoção do programa (e não apenas o programa preexistente) para fins de dosimetria, dispondo que “a existência do compliance ou o compromisso com sua adoção/atualização pode ter influência na alíquota aplicada”, analisada em bases discricionárias pelo Tribunal do CADE.³⁸⁸

Com isso, quanto ao momento de implementação do programa de compliance, o CADE pode considerar dois grandes marcos: a existência do programa previamente à ocorrência do ilícito ou a sua implementação apenas após a descoberta do ato lesivo e, nesse caso, se a adoção se deu antes da instauração da investigação, no curso da investigação, ou ainda tão-somente como parte de um compromisso futuro.

Denota-se, portanto, que, apesar da inexistência de previsão legal acerca dos parâmetros de consideração de eventual Programa de Compliance na dosimetria da sanção aplicada pelo CADE, é possível notar que os referidos Programas podem ser considerados no cálculo dosimétrico, uma vez que se encontra presente no Guia margem para a consideração do

injusto da pessoa jurídica decorre de defeito da organização, não haveria reprovabilidade ou culpabilidade por parte da empresa que justificasse a imposição da sanção, mas não se eliminaria a responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica nem a responsabilidade penal ou administrativa de pessoas naturais que agiram em nome da pessoa jurídica para o cometimento do ilícito (FRAZÃO A. , *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*, 2017).

³⁸⁷ Vale mencionar que há um debate na doutrina acerca da adoção da própria boa-fé como elemento balizador da configuração do ato ilícito praticado pela pessoa jurídica, na medida em que a boa-fé é tradicionalmente considerado um critério subjetivo, relativo à figura do infrator. Nesse sentido, pontua-se que a boa-fé é um elemento de certo modo estranho em um modelo sancionador que se baseia na responsabilidade objetiva do acusado, isto é, que não apura sua intenção real. Assim, no âmbito da defesa da concorrência, a boa-fé (ou má-fé) haveria de ser extraída com base em dados concretos e objetivos, e não na intenção do infrator (GILBERTO, 2017), p. 266.

³⁸⁸ Em especial no que se refere à repercussão do programa de compliance no contexto da negociação de TCC, o Guia pontua que o percentual de desconto (com relação à alíquota) pode atingir o máximo permitido. Nesse tocante, é válido fazer referência ao Guia de TCC para casos de cartel (Guia de TCC). No ponto que interessa ao exame em comento, o CADE vem aplicando, para efeitos da definição da contribuição pecuniária em negociação de TCC, uma alíquota de 15% sobre a base de cálculo no caso de cartéis hard core. Tal alíquota pode ser reduzida até o patamar mínimo considerado adequado pelo CADE para dissuasão desse tipo de conduta (em regra 12%) ou elevá-la até o máximo previsto em lei (20%), a depender das atenuantes ou agravantes no caso concreto à luz dos critérios de dosimetria (art. 45), além de outros fatores atinentes aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia (MISALE, 2019).

Compliance antitruste “*enquanto elemento caracterizador de boa-fé do infrator*” (FRAZÃO & ATHAYDE, 2018, p. 299).

Todavia, não obstante a possibilidade aberta pelo Guia de Compliance e a relevância que foi conferida à boa-fé como elemento subjetivo da conduta da empresa infratora, o número de julgados em que o programa de compliance foi aventado como hipótese de desconto da contribuição pecuniária devida em TCC ou redução da multa imposta em leniência

sob a égide das Leis nº 8.884/1994 e nº 12.529/2011, é bastante baixo³⁸⁹, cerca de 30 casos³⁹⁰, e não existe um padrão jurisprudencial sobre a consideração do impacto do programa de

³⁸⁹ “No âmbito da Lei 8.884/1994, foram identificados sete precedentes, sendo apenas um em sede de condenação e os outros seis no âmbito de TCCs. No âmbito da decisão condenatória, fez-se claro o entendimento de que o programa de compliance não seria medida impositiva, mas sim uma possível recomendação para os condenados no ilícito. Não houve qualquer discussão acerca da recompensa. No âmbito dos TCCs, a discussão relacionada à eventual recompensa direta (desconto) foi muito incipiente. Em apenas um precedente foi possível verificar um arrazoado de considerações mais gerais para justificar posicionamento contrário à inclusão do programa de compliance no bojo do TCC, ressalvadas circunstâncias excepcionais, e, nesse contexto, foram ventilados comentários pontuais sobre a eventual contrapartida financeira da Administração à empresa que implementa o programa de compliance, refutando essa hipótese. Nos demais TCCs o programa de compliance foi considerado, não havendo qualquer discussão de mérito acerca de eventual recompensa pecuniária. No âmbito da Lei 12.529/2011, foram identificados vinte e três precedentes, sendo cinco em sede de condenação e dezoito no âmbito de TCCs. A discussão foi sendo gradualmente refinada em termos qualitativos e ganhou mais tração após a edição dos Guias de Compliance e de TCC. De todo modo, a discussão travada até o momento, a nosso ver, não pode ser considerada realmente expressiva e consolidada, de sorte que ainda há muito a se percorrer se o objetivo for fincar entendimentos mais firmes e lineares, especialmente a respeito do desconto pecuniário ao programa de compliance. A propósito, como comentou a Conselheira Cristiane Schmidt em artigo, “o Guia [de Compliance] parece deixar muito a desejar, pois este não indica especificamente como as empresas podem ter redução de penas”. Em que pese esse fato, foi possível identificar algumas sinalizações úteis para a reflexão e organização de ideias, a seguir sintetizadas. Quanto às decisões condenatórias, não se identificou discussão sobre eventual recompensa direta por força do programa de compliance. Como comentado, tal possibilidade está prevista genericamente no Guia de Compliance ao referenciar à evidência da boa-fé daquele que adota um programa de compliance (critério para dosimetria). Da mesma sorte, o contrário não ocorreu, isto é, discussões relacionadas à ausência de boa-fé (ou suposta má-fé) em virtude da implementação de programa de fachada. Outrossim, foi possível verificar que, atualmente, o entendimento que se entremostra dominante no Tribunal é no sentido da inadmissibilidade de obrigar o condenado a implementar um programa de compliance, tal como uma sanção não-pecuniária no bojo de uma obrigação de fazer. Eventualmente, admitir-se-ia o programa de compliance em caráter de recomendação no âmbito da decisão condenatória (medida optativa, mas não impositiva), e, mesmo assim, sugerindo sopesar a proporcionalidade da medida. Quanto aos TCCs, nos últimos tempos anteviu-se mais desenvolvimento da discussão, porém não de maneira sólida e efetiva. Restou corroborada a possibilidade de recompensa direta prevista nos Guias de Compliance e de TCC, mas consideramos que ainda faltam balizas mais seguras a respeito, principalmente, (i) do quantum do desconto; (ii) das hipóteses de não desconto (ou de sua limitação); (iii) de eventuais consequências concretas do programa de fachada em termos de dosimetria; e (iv) do momento considerado para o desconto vis-à-vis a adoção do programa. Alguns casos expressamente aludiram ao programa de compliance concorrencial como fator levado em consideração no cálculo da contribuição pecuniária, sendo possível argumentar, com base apenas nesses precedentes, que o desconto poderia ser de até 4%. Para tanto, ficou clara a necessidade de uma análise caso a caso, sem garantia de que o programa de compliance, per se, motivaria o potencial desconto. Além disso, em termos de marco temporal para efeitos do desconto, o CADE, por ora, considerou compromissos futuros de implementação do programa de compliance, exigindo cronograma detalhado, relatórios e monitoramento a ser apresentado pelo compromissário e atestado pela ProCADE, para além de estabelecer multas pecuniárias em caso do não cumprimento das obrigações de compliance, sendo algumas bastante graves e que podem, inclusive, no agregado, ensejar o fim do TCC, retomando o trâmite do processo em face do infrator. Em conclusão, respondendo objetivamente ao questionamento formulado no início, com base na análise de jurisprudência realizada, a resposta objetiva é de que não foi possível observar um padrão jurisprudencial sobre programa de compliance concorrencial no ordenamento antitruste brasileiro, notadamente sob o ângulo da recompensa direta a esse instrumento (MISALE, 2019, pp. 186-189)..

³⁹⁰ O autor atribui a baixa incidência de programas de compliance antitruste a uma cultura ainda não consolidada no Brasil acerca da concorrência como valor e à imprecisão de seu tratamento - e de incentivos - na esfera normativa, ensejando insegurança jurídica junto aos agentes econômicos. A esse respeito, Ana Frazão e Ana Rafaela Medeiros comentam que a falta de clareza sobre o impacto do programa de compliance no que se refere à sanção aplicada pelo CADE não favorece a estruturação de bons programas de compliance (FRAZÃO & MARTINEZ MEDEIROS, 2018). No mesmo sentido, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, para quem “o fato ganha relevância na medida em que parte significativa das empresas sancionadas pelo CADE foram atraídas para

compliance concorrencial na dosimetria da sanção aplicada pelo CADE, conforme análise do acervo jurisprudencial da autarquia, realizada em trabalho inédito e de fôlego de Guilherme Misale, no qual se buscou averiguar o tratamento dispensado pelo CADE ao programa de compliance concorrencial, em específico no que diz respeito à vertente da recompensa direta, leia-se, eventual desconto pecuniário atribuído pelo CADE como contrapartida à empresa que dispunha ou se comprometeu a adotar/aperfeiçoar instrumentos de conformidade na esteira de uma infração concorrencial (MISALE, 2019).

Dito isto, cabe trazer à baila o caso da proposta de Termo de Compromisso de Cessação firmado entre o CADE e a Construtora Norberto Odebrecht³⁹¹, no qual foi inserida como cláusula do acordo o compromisso da empresa de estabelecer Programa de Integridade Concorrencial no âmbito do Programa de Integridade já implementado pela signatária. Na ocasião, considerou-se a obrigação de implementar um Programa de Integridade especificamente concorrencial como cláusula apta a aumentar o percentual de desconto decorrente do TCC. Nesse sentido, ao justificar a possibilidade de se considerar o Programa de

a competência do órgão em decorrência dos desdobramentos das investigações pautadas pela Lei Anticorrupção. Desse modo, viam-se diante de dois regimes jurídicos distintos: um primeiro na esfera concorrencial, que desconsidera a existência dos Programas de Conformidade na aplicação da sanção; e um segundo, disciplinado pela Lei Anticorrupção, que confere centralidade aos supracitados programas na dosimetria da sanção administrativa. Nesse sentido, destaca-se a reflexão trazida por, no sentido de que: “No Brasil, a nova lei de defesa da concorrência (Lei no 12.529/2011), assim como a revogada Lei no 8.888/1994, não contempla expressamente os programas de conformidade. A extinta Secretaria de Direito Econômico chegou a editar norma específica a respeito, mas depois a revogou. É certo que o Guia de Compliance recentemente editado pelo CADE alude à possibilidade teórica de que um programa de compliance robusto possa ser considerado como evidência da boa-fé do infrator, o que poderia levar a uma redução da pena ou a uma redução da contribuição pecuniária, no caso de TCC. Mas o art. 45 da Lei da Concorrência, que trata da dosimetria das penas, não prevê expressamente os programas de conformidade, fazendo referência apenas à boa-fé, em caráter geral, o que torna improvável, na prática, que o agente público, atrelado à legalidade estrita, venha a conceder algum benefício ao infrator que demonstre ter ocorrido a infração a despeito da existência de sólido programa de conformidade. Não há, portanto, sinalização clara na legislação que incentive o agente econômico a adotar programa de prevenção e detecção de ilícito concorrencial” (CUEVA R. V., 2018, p. 66)(CUEVA, 2018, p. 66). Ou seja, a falta de um disciplinamento claro sobre o tema foi inclusive apontada em voto-vogal proferido pela Conselheira Cristiane Alkmin no requerimento no 08700.004602/2016-26, no qual se defendeu que “remédios comportamentais e/ou estruturais devem se refletir nos descontos a serem concedidos às Compromissárias de TCCs, e não na expectativa de multa” (MISALE, 2019, p. 183).

³⁹¹ Trata-se do processo administrativo n.º 08700.002086/2015-14, em que o CADE celebrou o Termo de Compromisso de Cessação n.º 08700.004337/2016-86 com a Construtora Norberto Odebrecht, empresa investigada na Operação Lava Jato. O referido caso é paradigmático na medida em que se debruça sobre uma mesma conduta que afetou bens jurídicos distintos e são processados concomitantemente em esferas distintas. Nessa esteira, “[...] além do CADE, também havia negociação paralela junto à CGU (e eventuais outros reguladores), onde o programa de integridade da empresa (de caráter mais amplo) já tinha sido analisado, inclusive com monitores externos independentes acompanhando o desenvolvimento do programa por força de acordo firmado com outros reguladores, i.e., DoJ e MPF” (MISALE, 2019, p. 185).

Compliance no cálculo da multa, concedeu-se um desconto de 2% sobre o valor total devido sob a premissa de que a implementação do Programa proporcionaria uma melhor governança e gestão de riscos à empresa, ao mesmo tempo em que reduziria a possibilidade de reincidência na conduta infracional.³⁹²

Diante de todo o exposto, observa-se que, embora a Lei Antitruste brasileira tenha estabelecido expressamente a natureza objetiva da responsabilidade da pessoa jurídica por ato lesivo à ordem econômica e não tenha previsto a existência de programas de compliance como circunstância atenuante da sanção – como o fez a Lei Anticorrupção – o CADE, ao tratar do tema no seu Guia de Compliance, considerou que tais programas podem ser avaliados como elementos aptos a indicar a boa-fé do acusado e, portanto, funcionar como critério de desconto na dosimetria da penalidade a ser imposta à empresa.

Não obstante isso, a invocação da existência de programas de compliance como argumento de defesa das empresas não tem sido sequer observada, conforme se viu, no curso de processos de responsabilização ou de celebração de acordos de leniência e de termos de compromisso de cessação de conduta firmados pelo CADE, havendo poucos precedentes em que o debate tenha ocorrido e que as medidas de prevenção e gestão de riscos implementadas pela pessoa jurídica tenham sido consideradas, o que sinaliza a necessidade de que aprimoramentos normativos sejam realizados a fim de suportar o desenvolvimento de estratégia regulatória que efetivamente incentive as empresas a adotarem programas de compliance antitruste. A edição de um Guia de Compliance foi, sem dúvida, importante para disseminar o tema e conscientizar e orientar as empresas sobre a implementação de tais programas, mas a

³⁹² “38. Quanto à possibilidade de se considerar tal forma de colaboração, a SG/Cade entendeu que poderia ser admitido como forma de colaboração o compromisso da Requerente de implementar um Programa de Integridade Concorrencial, nos termos da cláusula 3.4 do TCC. 39. A SG/Cade entendeu que o Programa de Integridade Concorrencial a ser implementado no âmbito do Programa de Integridade mais amplo já em implementação pela Requerente, poderá melhor identificar, gerir e mitigar riscos especificamente associados a condutas anticoncorrenciais, reduzindo a possibilidade de reincidência e oferecendo maior segurança de que o Termo de Compromisso será cumprido em sua integralidade, ao longo de todo o período de pagamento da contribuição pecuniária. [...] 43. Trata-se, portanto, de incentivo a adoção de um efetivo programa de integridade, que se soma ao enforcement antitruste na forma da própria contribuição pecuniária, calculada sobre uma multa esperada proporcional e dissuasória. 44. Assim, no caso em tela, foi concedido um desconto de 2%, respeitando os limites dos demais descontos discriminados no Guia de TCC do Cade. Importa destacar que o descumprimento das obrigações previstas na Cláusula 3.4, implicará na imposição de multa à Compromissária no valor correspondente ao dobro do desconto obtido, corrigido pela SELIC.”

não definição de requisitos, critérios e parâmetros objetivos para fins de consideração e avaliação das medidas mantém um cenário de incerteza e imprevisibilidade que compromete o engajamento das empresas que ainda encaram o compliance apenas como custo e espécie de seguro a ser eventualmente utilizado como redutor de sanções pecuniárias.

5.3 O tema avança na regulação do sistema financeiro: deveres de compliance e reprovabilidade da conduta da empresa como critérios para a instauração de processos e para a aplicação de sanções pelo BACEN, CVM e COAF

O tema do compliance surgiu, no campo criminal, no âmbito das medidas preventivas da lavagem de dinheiro. O crime de lavagem de dinheiro corresponde à prática de ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Considerando-se que essa modalidade delitiva se opera sempre de forma encoberta ou camuflada e está, em regra, associada a outras práticas ilícitas, a sua inibição esbarra nas dificuldades de detecção e investigação próprias de ilícitos dessa natureza. Nesse sentido, a imposição às empresas do dever de prevenir e detectar tentativas de lavagem de dinheiro, implantando medidas de gestão de riscos e de controle, assume papel central nas políticas de enfrentamento desses crimes.

A implantação de deveres de compliance é vinculante para o sistema financeiro em todos os países que integram o GAFI. A Força-Tarefa de Ação Financeira (GAFI) é o órgão intergovernamental de formulação de políticas com o mandato de desenvolver e promover implementação efetiva da lavagem de dinheiro e combate à corrupção financiamento de padrões de terrorismo.³⁹³ O regime de combate ao financiamento do terrorismo (ABC / CFT) contempla

³⁹³ Constituído em 1989 em caráter provisório pelo G7, que foi se tornando, progressivamente, reconhecido, alcançando autonomia, e conseguindo prorrogar sucessivamente os seus mandatos, esse grupo de trabalho elaborou e mantém atualizadas 40 Recomendações que são reconhecidas internacionalmente, por mais de 198 países, como padrão global de medidas contra a lavagem de dinheiro (AML) e o financiamento terrorista (CFT), sendo consideradas também ferramentas poderosas e eficazes na luta contra corrupção, na medida em que contribuem para impedir que o produto da corrupção seja lícitamente reinserido e utilizado no sistema financeiro. Para garantir o cumprimento dessas recomendações, o GAFI faz uso de mecanismos de persuasão (com a elaboração de manuais

uma ampla gama de medidas de supervisão financeira que incluem medidas preventivas, corretivas e sanções, as quais devem atender às necessidades de gerenciamento e mitigação dos riscos próprios e específicos do país. Também o modelo e arranjos institucionais de supervisão ABC / CFT não se constitui um padrão ou é objeto de prescrição ou recomendação do GAFI. Ao contrário, a decisão nacional acerca do desenho regulatório adotado deve levar em consideração a estrutura, complexidade e risco que caracterizam o setor financeiro de cada país.³⁹⁴

Já no que toca à regulação do Sistema Financeiro Nacional (SFN), esse é estruturado e regulado pela Lei nº 4.595/1964 – a qual dispõe, entre outras coisas, sobre a competência regulatória, fiscalizatória e sancionadora do Banco Central, pela Lei nº 6.385/1976 – que criou a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e disciplina também a sua atuação regulatória, fiscalizatória e sancionadora junto ao mercado de valores mobiliários, e pela Lei nº 9.613/1998 – que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos na Lei e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. Assim, tendo em vista o objeto que interessa à presente pesquisa, serão examinados neste tópico o conjunto normativo que orienta a condução dos processos administrativos sancionadores contra pessoas jurídicas que se sujeitam à regulação do BACEN, da CVM e do COAF.

Até o advento da Lei 13.506/2017, que dispõe atualmente sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, as leis mencionadas acima estabeleciam, cada qual, as regras relativas à aplicação de penalidades em seus respectivos âmbitos. A edição da Lei 13.506/2017 suscitou mudanças profundas no procedimento de instauração e condução do processo administrativo

de tipologias e guias de orientação para os diferentes setores obrigados aos deveres de compliance) e instrumentos de pressão política, consubstanciados em avaliações mútuas (*peer review*), pressões exercidas pelos pares (*peer pressure*), inclusão em listas públicas (*public statements*) e a aplicação da Recomendação 19, que impõe a adoção de procedimentos reforçados de diligência às relações negociais e transações financeiras com pessoas físicas e jurídicas e instituições financeiras do país identificado como de maior risco, que pode de ser seguida, ainda, do chamado aos países para a aplicação de contramedidas. (DE CARLI, 2016)

³⁹⁴ Existem diferentes modelos e abordagens distintos de supervisão financeira e o ponto crucial analisado pelo GAFI é se o sistema escolhido dispõe dos instrumentos necessários para, efetivamente, atuar na mitigação dos riscos de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo no setor financeiro, conforme as recomendações dadas pelo organismo.

sancionador nas esferas financeira e de capitais, promovendo alterações significativas ao estabelecer novos tipos infracionais, novas e mais rigorosas penalidades³⁹⁵, com destaque para o aumento dos valores de multas aplicáveis³⁹⁶, possibilidade da autoridade de persecução valer-se de medidas coercitivas e acautelatórias para impor a conformação de condutas, bem como de deixar de instaurar ou suspender processos apuratórios, em qualquer fase, quando possível a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias criados pela Lei, como o acordo administrativo em processo de supervisão, nos casos em que o acusado coopere de forma efetiva, plena e permanente para a apuração dos fatos, e o termo de compromisso, que pode ser celebrado com o agente infrator que cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos; corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos; e cumprir as demais condições que forem acordadas no caso concreto, com obrigatório recolhimento de contribuição pecuniária. A Lei 13.506/2017 foi regulamentada pelo BACEN por meio da Resolução n.º 131/2021 e pela CVM por meio da Resolução CVM n.º 45/2021, as quais são analisadas a seguir.

³⁹⁵ Art. 5º São aplicáveis as seguintes penalidades às pessoas mencionadas no art. 2º desta Lei, de forma isolada ou cumulativa: I - admoestação pública; II - multa; III - proibição de prestar determinados serviços para as instituições mencionadas no caput do art. 2º desta Lei; IV - proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação; V - inabilitação para atuar como administrador e para exercer cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei; VI - cassação de autorização para funcionamento.

³⁹⁶ Art. 7º A penalidade de multa não excederá o maior destes valores: I - 0,5% (cinco décimos por cento) da receita de serviços e de produtos financeiros apurada no ano anterior ao da consumação da infração, ou, no caso de ilícito continuado, da consumação da última infração; ou II - R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais). § 1º A receita de serviços e de produtos financeiros mencionada no inciso I do caput deste artigo será calculada mediante a agregação de: I - rendas de operações de crédito; II - rendas de arrendamento mercantil, que serão abatidas dos lucros na alienação de bens arrendados, da depreciação de bens arrendados e dos ajustes por insuficiência ou superveniência de depreciação de bens arrendados; III - rendas de operações de câmbio, que serão abatidas das despesas de operações de câmbio; IV - rendas com títulos e valores mobiliários e instrumentos financeiros derivativos, que serão abatidas dos lucros com títulos de renda fixa e de renda variável e das rendas com operações com derivativos; V - rendas de prestação de serviços; e VI - outras receitas operacionais, que serão abatidas dos lucros em operações de venda ou de transferência de ativos financeiros, da recuperação de créditos baixados como prejuízo, da recuperação de encargos e despesas, da reversão de provisões operacionais e dos ajustes positivos ao valor de mercado sobre títulos e valores mobiliários e instrumentos financeiros derivativos.

5.3.1 O processo administrativo sancionador em matéria financeira: BACEN

A Resolução n.º 131/2021³⁹⁷ disciplina no âmbito do BACEN as regras relacionadas ao rito do processo administrativo sancionador, a aplicação de penalidades, o termo de compromisso, as medidas acautelatórias, a multa cominatória e o acordo administrativo em processo de supervisão

De antemão, cabe destacar que, considerando que a Lei n.º 13.506/2017 não estabeleceu, salvo raras exceções, regras específicas para a condução do processo administrativo sancionador no âmbito da atuação do Banco Central e da CVM, mas limitou-se a aplicar as mesmas regras quanto à reprovabilidade da conduta às pessoas físicas e às pessoas jurídicas, sendo, em certa medida, imprecisa na indicação de qual penalidade é passível de aplicação a cada agente, ela acabou por ampliar o grau de discricionariedade das autarquias na instauração e condução de tais processos, conferindo-lhes a possibilidade de realizar juízo de ponderação e conveniência no que se refere a aplicação das penalidades previstas em face dos agentes mencionados no § 1º, do artigo 2º, da referida Lei³⁹⁸.

Por outro lado, sob o prisma dos princípios da ampla defesa, do contraditório, da celeridade processual e do duplo grau de jurisdição, e adotando-se o sistema trifásico como critério para aplicação da dosimetria e da aplicação da sanção administrativa, a Lei 13.506/2017, inaugura um novo marco jurídico sancionador no âmbito do BACEN (LORIA & MENDES, 2015).

Para além da modernização do rito processual, a nova legislação do processo sancionador do BACEN, com a adoção de meios alternativos para a solução de conflitos, como

³⁹⁷ A Resolução BCB n.º 131/2021 revogou, em seu artigo 108, as Circulares n.º 3.857/2017, n.º 3.858/2017 e 3.910/2018, que versavam sobre o rito do processo administrativo sancionador, bem como os parâmetros para a aplicação das penalidades administrativas previstas na Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro (Lei n.º 9.613/1998).

³⁹⁸ Exemplo disso é a previsão da penalidade de “inabilitação para atuar como administrador e para exercer cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei”, prevista no artigo 5º, inciso V, da Lei 13.506/2017. Apesar do caput do artigo 5º dispor sobre a aplicação da penalidade às pessoas - físicas e jurídicas - mencionadas no dispositivo referenciado, não haveria que se falar na aplicação da sanção de inabilitação à pessoa jurídica.

a possibilidade de se firmar o termo de compromisso entre a autarquia e o agente infrator, estendeu o rol de penalidades por descumprimento normativo, ao passo que elevou a importância da adoção de programas de *compliance* pelas instituições submetidas a regulação do BACEN ao prever, no inciso XVII, do art. 3º da Lei n.º 13.506, 2017, como hipótese de infração punível de forma autônoma, o descumprimento de normas legais e regulamentares do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios e do Sistema de Pagamentos Brasileiro, inclusive as relativas a controles internos e gerenciamento de riscos e governança corporativa³⁹⁹ (LUPI & BONSERE, 2021).

Nesse sentido, pode-se reconhecer que o BACEN intensificou a relevância dos referidos programas na mitigação dos riscos envolvidos na atuação das pessoas jurídicas por ele reguladas, dedicando-se a regulamentar na Resolução em comento a possibilidade de se deixar de instaurar processo administrativo sancionador quando identificadas a baixa lesão ao bem jurídico tutelado e a efetividade e eficiência do instrumento ou da medida de supervisão alternativo utilizados tanto para o saneamento da irregularidade administrativa quanto para dissuasão da reincidência (ARAÚJO, SILVA, & PALHARES, 2020).⁴⁰⁰

Ademais, observa-se que, de forma inédita, o BACEN estabeleceu em seu novo marco legal disciplinador do processo administrativo, reproduzindo a sistemática adotada na

³⁹⁹ Art. 3º Constitui infração punível com base neste Capítulo: I - realizar operações no Sistema Financeiro Nacional, no Sistema de Consórcios e no Sistema de Pagamentos Brasileiro em desacordo com princípios previstos em normas legais e regulamentares que regem a atividade autorizada pelo Banco Central do Brasil; [...] XVI - descumprir determinações do Banco Central do Brasil, e seus respectivos prazos, adotadas com base em sua competência; XVII - descumprir normas legais e regulamentares do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios e do Sistema de Pagamentos Brasileiro, cujo cumprimento caiba ao Banco Central do Brasil fiscalizar, inclusive as relativas a: [...] d) controles internos e gerenciamento de riscos; e) governança corporativa;

⁴⁰⁰ rt. 3º O Banco Central do Brasil considerará as seguintes diretrizes para **deixar de instaurar processo administrativo sancionador**: I - baixa lesão ao bem jurídico tutelado; e II - efetividade e eficiência do instrumento ou da medida de supervisão alternativo utilizado tanto para o saneamento da irregularidade administrativa quanto para dissuasão da reincidência. § 1º Constituem bens jurídicos tutelados, para fins desta Resolução, aqueles cuja legislação impõe ao Banco Central do Brasil o dever de resguardar, em especial: I - a estabilidade e a solidez do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios e do Sistema de Pagamentos Brasileiro; II - o regular funcionamento das instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil; III - o adequado relacionamento das instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil com clientes e usuários de produtos e de serviços financeiros; e IV - a prevenção da utilização do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios e do Sistema de Pagamentos Brasileiro para a prática de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores e para o financiamento do terrorismo. § 2º O grau de lesão ao bem jurídico tutelado deverá ser verificado, no caso concreto, a partir da natureza, do alcance, da gravidade, da relevância e da reiteração da conduta irregular e da reincidência. - Grifou-se.

esfera penal, que o grau de reprovabilidade da conduta do infrator será considerado na aplicação das penalidades de multa, de proibição de prestar determinados serviços, de proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação e de inabilitação, não apenas como atenuante da sanção, mas na própria fixação da pena-base⁴⁰¹.

Desse modo, apesar de não haver menção expressa na referida Resolução à natureza da responsabilidade administrativa ou da prescindibilidade de se aferir a culpa do agente, a regulamentação da dosimetria da pena revela o reconhecimento do princípio fundamental de que a penalidade aplicada deve ser conformada ao grau de culpabilidade da pessoa infratora, levando-se em consideração se a conduta é dolosa ou culposa e os aspectos inerentes à gravidade, duração, circunstância, grau de responsabilização e o que mais se mostrar necessário para o cálculo dosimétrico. Ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta – elemento que remete à culpabilidade, segundo a teoria finalista, adotada pelo Código Penal brasileiro – estabelece a imprescindibilidade de se aferir os elementos subjetivos do comportamento da pessoa física ou jurídica potencialmente infratora na fixação da pena-base.

Em outras palavras, o procedimento de aplicação da dosimetria adotado pelo BACEN destaca-se na medida em que prevê, nos termos do art. 46, da Resolução 131/2021, a imprescindibilidade de se observar, nessa fase, em observância ao princípio da individualização da pena, tanto nos processos instaurados em face da pessoa jurídica, quanto em face da pessoa física, o grau de responsabilidade e culpabilidade do agente, bem como as consequências das infrações cometidas, o que parece sinalizar a disposição do Banco Central de considerar o comportamento da empresa e seus eventuais esforços para evitar a ocorrência do ilícito (ALCOFORADO, 2021); (MENDES, 2021).

⁴⁰¹ Art. 46. Na aplicação das penalidades de multa, de proibição de prestar determinados serviços, de proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação e de inabilitação, será inicialmente fixada a pena-base, considerando no seu cálculo, na medida em que possam ser determinados: I - a capacidade econômica do infrator; II - o grau de lesão ou o perigo de lesão ao Sistema Financeiro Nacional, ao Sistema de Consórcios, ao Sistema de Pagamentos Brasileiro, à instituição ou a terceiros; III - o grau de reprovabilidade da conduta do infrator; IV - a expressividade dos valores das operações irregulares; V - a duração da infração ou a prática sistemática ou reiterada; e VI - os antecedentes do infrator. - Grifou-se.

Não obstante, no entanto, o avanço de se prever o grau de reprovabilidade da conduta como um dos elementos definidores da pena-base, a Resolução n.º 131/2021 se quedou silente quanto aos critérios ou instrumentos capazes de aferir concretamente a conexão entre a eventual conduta da empresa, digna de reprovação, e a penalidade a ser aplicada. Note-se que, tampouco na definição das circunstâncias agravantes⁴⁰² e atenuantes,⁴⁰³ previstas nos artigos 51 e 52 da Resolução, o BACEN considerou a existência de programas de *compliance* – ou mesmo medidas genericamente previstas como de gestão de riscos – como fator a ser considerado na dosimetria da sanção, como o fez, conforme demonstrar-se-á adiante, a CVM.

Tal postura da autoridade monetária chama a atenção em especial porque a implementação de programas de *compliance* pelos bancos e demais instituições financeiras ganhou relevância ainda nos anos 2000, visto que esses se mostraram relevantes para a manutenção da integridade do sistema financeiro como um todo, principalmente a partir dos

⁴⁰² Art. 51. São circunstâncias que agravam as penalidades de multa, de proibição de prestar determinados serviços, de proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação e de inabilitação, quando não constituírem infrações autônomas: I - a reincidência; II - a ocorrência de danos à imagem da instituição ou do segmento em que atua; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; e IV - o cometimento de infração mediante fraude ou simulação. § 1º A penalidade de multa será aumentada em 20% (vinte por cento) para cada agravante verificada. § 2º As penalidades de inabilitação, de proibição de prestar determinados serviços e de proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação serão aumentadas de 1 (um) ano para cada agravante verificada. § 3º Ocorre reincidência quando o agente comete nova infração depois de ter sido punido por força de decisão administrativa definitiva, salvo se decorridos 3 (três) anos do cumprimento da respectiva punição ou da extinção da pena. § 4º Ocorre a reincidência específica quando o agente comete a mesma infração depois de ter sido punido por força de decisão administrativa definitiva, salvo se decorridos 3 (três) anos do cumprimento da respectiva punição ou da extinção da pena. § 5º Nas hipóteses previstas no art. 12, § 2º, inciso I, e § 3º, parte final, da Lei nº 9.613, de 1998, a circunstância prevista no inciso I do caput não será utilizada para o agravamento da penalidade. § 6º A circunstância prevista no inciso II do caput não será utilizada para o agravamento das penalidades relacionadas às irregularidades previstas na Lei nº 9.613, de 1998. § 7º No caso das infrações relacionadas a auditoria independente ou a auditoria cooperativa, também será considerada como agravante a ocorrência de dano à imagem da instituição auditada ou do segmento em que atua.

⁴⁰³ Art. 52. São circunstâncias que atenuam as penalidades de multa, de proibição de prestar determinados serviços, de proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação e de inabilitação: I - a colaboração do infrator que resulte na identificação dos demais envolvidos na infração, se for o caso, e na obtenção de informações e de documentos que comprovem o cometimento de infração punível com base na legislação em vigor, desde que não sejam de conhecimento prévio do Banco Central do Brasil; II - a regularização da infração antes da sua detecção pelo Banco Central do Brasil; e III - a reparação dos danos causados, desde que comprovada pelo infrator por meio de prova documental apresentada até a publicação da data de julgamento do processo administrativo sancionador. § 1º A incidência de circunstâncias atenuantes não descaracteriza a gravidade da conduta. § 2º A penalidade de multa será reduzida em 20% (vinte por cento) para cada circunstância atenuante verificada. § 3º As penalidades de inabilitação, de proibição de prestar determinados serviços e de proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação serão reduzidas de 1 (um) ano para cada atenuante verificada. § 4º A circunstância atenuante prevista no inciso I do caput não será aplicada na dosimetria da penalidade relativamente a infrator que tenha celebrado acordo administrativo em processo de supervisão quanto aos fatos tratados no processo, quando aplicada a redução de mesma natureza prevista no art. 102 desta Resolução.

grandes escândalos de fraudes contábeis e financeiras que ocorrem em 2008 com a crise do *subprime*. Não sem razão, desde então, há várias recomendações do Comitê de Supervisão Bancária de Basileia, que o Brasil compõe desde 1980, no sentido de fortalecimento das medidas preventivas, as quais levaram à edição de uma série de Resoluções do Conselho Monetário Nacional e do próprio BACEN destinadas à supervisão do Sistema Financeiro baseada na avaliação de riscos e controles das instituições supervisionadas. Nesse contexto, os programas de compliance tem se revelados poderosos instrumentos de conformação de condutas e de implementação melhores práticas recomendadas internacionalmente (SIDNEY, 2019)

Dito isso, observa-se que, na regulamentação do tema, o Banco Central parece ter perdido a valiosa oportunidade de avançar não apenas no reconhecimento de que a conduta da empresa – seja por sua ação ou omissão – deve ser considerada para efeitos de configuração da infração e de seu sancionamento, mas, também, na formulação de estratégia regulatória que, ao incentivar a adoção de medidas de compliance, encara o sujeito regulado como parceiro e corresponsável pela consecução dos objetivos visados, *in casu*, a própria proteção do bem jurídico tutelado pelo BACEN.

5.3.2 O processo administrativo sancionador no mercado de capitais: CVM

Já no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, a Lei 13.506/2017 foi regulamentada pela Resolução CVM n.º 45/2021⁴⁰⁴ e neste caso é possível notar maior atenção normativa e doutrinária às particularidades decorrentes da controvérsia acerca da verificação da culpabilidade da pessoa jurídica na responsabilidade administrativa⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre a apuração de infrações administrativas, o rito dos processos administrativos sancionadores, a aplicação de penalidades, o termo de compromisso e o acordo administrativo em processo de supervisão no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários. Art. 2º Nos procedimentos de que trata esta Resolução, devem ser observados os princípios da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do devido processo legal, da presunção de inocência, da celeridade processual, do interesse público, da impessoalidade, da eficiência e da publicidade [...]

⁴⁰⁵ Registre-se que até a edição da Lei n.º 13.506/2017, o processo administrativo sancionador era disciplinado pelas Deliberações CVM nº 390/2001, nº 538/2008 e nº 542/2008 e por meio da Instrução nº 491/2011, redigidas

Inicialmente, cabe destacar o aspecto educativo e preventivo conferido expressamente ao processo sancionador, prevendo a Resolução que a CVM deve priorizar, na apuração das infrações, aquelas de natureza mais grave⁴⁰⁶.

Além disso, apesar de não dispor sobre a natureza da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica por atos lesivos ao mercado de capitais, tampouco de expressar a aplicabilidade indistinta das regras que estabelece à pessoa física e à pessoa jurídica, a norma inova em diversos aspectos, destacando-se, para o que importa a este trabalho, aqueles atinentes à avaliação do grau de reprovabilidade da conduta da empresa, como elemento capaz de evitar a própria lavratura do termo de acusação,⁴⁰⁷ bem como ao funcionamento dos programas de *compliance* como critério atenuante da sanção a ser aplicada à pessoa jurídica.

Com efeito, a Resolução autoriza as Superintendências da CVM a deixar de lavrar termo de acusação nos casos em que concluírem pela pouca relevância da conduta, a baixa expressividade da ameaça ou da lesão ao bem jurídico tutelado e a possibilidade de utilização de outros instrumentos ou medidas de supervisão que julgarem mais efetivos, como a celebração de termos de compromisso e de acordos administrativos em processo de supervisão, novéis instrumentos de solução consensual alternativos, conforme já abordado, ao processo sancionador como único meio ou forma privilegiada de se alcançar o *enforcement* regulatório.

Note-se que a Resolução CVM n.º 45/21, conquanto não mencione o princípio da culpabilidade como critério a fundamentar e justificar a própria lavratura do termo de acusação, ou seja, da configuração em si da infração, é necessariamente dela que trata ao dispor na alínea

pela autarquia que, no âmbito de suas competências, as harmonizava com as normas previstas pela Lei n.º 9.784/1999, que dispõe sobre o processo administrativo da Administração Pública Federal. Em razão das alterações promovidas pela Lei n.º 13.506/17, a CVM editou a Instrução n.º 607/2019 que vigeu e regulamentou, até o ano de 2021, o rito dos procedimentos relativos à atuação sancionadora no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, sendo esta última substituída pela Resolução CVM n.º 45/2021. A partir de uma análise comparativa entre a norma editada em 2019 e a elaborada em 2021, verifica-se que não houve alterações no que se refere ao grau de reprovabilidade - ou culpabilidade - e tampouco nos dispositivos que versam sobre a consideração da adoção de programas de *compliance* como circunstâncias atenuantes da sanção.

⁴⁰⁶ Art. 3º [...] Parágrafo único. Na apuração das infrações, a CVM deve priorizar aquelas de natureza grave, cuja cominação de penalidade proporcione maior efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado.

⁴⁰⁷ Art. 4º Considerando as informações obtidas na investigação das infrações administrativas, **as superintendências podem:** I - deixar de lavrar termo de acusação nos casos em que concluírem: a) pela inexistência de irregularidades ou pela extinção da punibilidade; ou b) pela pouca relevância da conduta, a baixa expressividade da ameaça ou da lesão ao bem jurídico tutelado e a possibilidade de utilização de outros instrumentos ou medidas de supervisão que julgarem mais efetivos; II - lavrar termo de acusação, nos termos do art. 6º; ou III - propor inquérito administrativo destinado a aprofundar a coleta de elementos adicionais à verificação da autoria e da materialidade da infração, nos termos do art. 8º. [...] - grifou-se.

b, do seu artigo 4º, sobre a possibilidade de não instauração do processo sancionador ante a avaliação da relevância da conduta ou da expressividade da ameaça ou lesão ao bem jurídico, a qual deve observar os seguintes parâmetros: o grau de reprovabilidade ou da repercussão da conduta; a expressividade de valores relacionados à conduta; a expressividade de prejuízos causados a investidores e demais participantes do mercado; o impacto da conduta na credibilidade do mercado de capitais; os antecedentes das pessoas envolvidas; a boa-fé das pessoas envolvidas; a regularização da suposta infração pelo administrado; e o ressarcimento dos investidores lesados.⁴⁰⁸

À vista disso, a previsão de verificação do grau de reprovabilidade ou da repercussão da conduta como parâmetro para a acusação mostra-se, assim, como importante instrumento para a aplicação da sanção proporcional ao grau da culpabilidade do agente envolvido em eventual ilícito administrativo cometido no mercado de capitais (ALCOFORADO, 2021), atendendo a exigência de se perquirir o elemento subjetivo da conduta, conforme princípios constitucionais que norteiam a atuação sancionatória do Estado e influenciam todo o sistema jurídico-normativo, seja em relação às condutas praticadas por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas (SANTOS, OSÓRIO, & WELLISCH, 2012), inexistindo, ante o caráter de aplicação geral dos princípios constitucionais, margem para instituição da responsabilidade administrativa objetiva no direito administrativo sancionador operado pela Comissão de Valores Mobiliários (TANURE, 2005).⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ Art. 4º [...] § 1º Na avaliação da relevância da conduta ou da expressividade da ameaça ou lesão ao bem jurídico, podem ser utilizados os seguintes parâmetros, dentre outros: **I - o grau de reprovabilidade ou da repercussão da conduta;** II - a expressividade de valores relacionados à conduta; III - a expressividade de prejuízos causados a investidores e demais participantes do mercado; IV - o impacto da conduta na credibilidade do mercado de capitais; V - os antecedentes das pessoas envolvidas; VI - a boa-fé das pessoas envolvidas; VII - a regularização da suposta infração pelo administrado; e VIII - o ressarcimento dos investidores lesados. - grifou-se.

⁴⁰⁹ Discorrendo sobre a responsabilidade subjetiva no direito administrativo sancionador, Santos, Wellisch e Osório sustentam que: [...] ao consagrar a necessária responsabilidade subjetiva em relação a responsabilidades derivadas de ações ou omissões de agentes públicos, o constituinte sinalizou claramente tendência à responsabilidade por culpabilidade no Direito Sancionador em geral. Isso, no contexto do sistema sancionador, indica a configuração constitucional da culpabilidade, combinando-se com os dispositivos constitucionais que disciplinam os direitos fundamentais dos acusados em geral e agregando valor e densidade ao instituto da responsabilidade subjetiva, que assume status sobremaneira elevado no campo do Direito Punitivo como um todo. No âmbito do mercado de capitais, por exemplo, inegavelmente o cenário não é diverso. Se para os agentes públicos – em cujo âmbito de responsabilidades o marco regulatório há, evidentemente, de ser mais rigoroso – existe um inquebrantável princípio de culpabilidade e pessoalidade de sanção, não há qualquer razão para isso ser mitigado relativamente aos agentes do mercado que possam ter incorrido em desvio de conduta. A inexistência da garantia da pessoalidade da sanção ocasionaria insegurança jurídica e poderia, inclusive, desestimular

Com isso, embora a Resolução CVM n.º 45/21 não mencione explicitamente a necessidade de que a culpabilidade ou a subjetividade da conduta seja verificada no âmbito do processo sancionador, a lacuna ou silêncio normativo não pode ser interpretado como adoção da responsabilidade administrativa objetiva, até porque o art. 4º, § 1º, inciso I, ao prever o “grau de reprovabilidade ou da repercussão da conduta” como um dos elementos configuradores da infração, fixa a essencialidade de se considerar a natureza dolosa ou culposa da conduta da empresa, de modo que os conceitos de dolo e culpa⁴¹⁰ sejam considerados como intrínsecos a sua responsabilidade (TANURE, 2005).

Dessa forma, o princípio da culpabilidade emerge também como uma barreira de contenção do alcance do poder punitivo do Estado, impondo à autoridade administrativa o dever de indicar os elementos capazes de revelar a culpabilidade da empresa autuada, a qual somente poderá ser responsabilizada quando comprovado seu dolo ou culpa, exigindo-se, a adaptação da teoria da culpabilidade à realidade da pessoa jurídica (TANURE, 2005).⁴¹¹

investimentos no mercado de capitais. Com efeito, imagine-se a sanção poder ultrapassar a pessoa do infrator e afetar terceiros não participantes da estrutura infracional. Imagine-se a existência de responsabilização meramente objetiva de participantes do mercado de capitais acusados de desvio de conduta. De fato, se há previsão constitucional expressa acerca da culpabilidade dos agentes públicos, podendo esses serem acionados ante eventuais danos cometidos no exercício da função pública, aferindo-se o dolo ou a culpa, não há que se falar em motivo razoável para que o mesmo não se aplique aos agentes privados, na medida em que o comando constitucional – art. 37, § 6º - é claro ao condicionar a punição dos agente, públicos ou privados, a comprovação do dolo ou da culpa, sinalizando o constituinte, portanto, à extensão da responsabilidade subjetiva a todo o direito administrativo sancionador. Note-se que a extensão a extensão do princípio da culpabilidade decorre não apenas da elevação da culpabilidade à norma constitucional, mas da necessidade de se prever forte cenário de segurança jurídica, ao passo que incide diretamente no estímulo aos investimentos no mercado de capitais (SANTOS, OSÓRIO, & WELLISCH, 2012, p. 72).

⁴¹⁰ O autor pondera, ao analisar o instituto da multa no sistema financeiro, previsto desde a edição da Lei 6.385/76, que “se tratando de responsabilidade administrativa no mercado de valores mobiliários, a dosimetria da sanção, segundo o grau de culpabilidade, alcança grande aplicação, mormente se pensarmos que o art. 11 da Lei no 6385/76 prevê a aplicação de sanção pecuniária (multa) aos infratores que não poderão ultrapassar os valores estabelecidos no § 1o do mesmo dispositivo 67. Ora, dentre os diversos critérios que podem ser utilizados para a fixação desse valor, um deles, sem dúvida, refere-se ao grau de culpabilidade do agente, de modo que, se ficar comprovado que agiu com dolo ou culpa, poderá a multa ser valorada num patamar maior ou menor, respectivamente (TANURE, 2005, p. 35)

⁴¹¹ “No que pertine ao assunto, Daniel Ferreira, citando Carlos Ari Sundfeld, afirma que sequer se pode cogitar da importação de quaisquer dos princípios do direito penal (ou do direito processual penal) para o direito administrativo, o que não significaria afirmar inexistirem semelhanças entre as sanções penais e as sanções administrativas, sobretudo no tocante aos princípios de proteção ao sujeito sancionado. Para o autor, inegável é a existência de um regime jurídico sancionador mínimo, afeto à própria Teoria Geral do Direito e à noção de função pública, através do qual, independentemente da natureza da sanção (penal ou administrativa), alguns princípios são de cogente aplicação. As características peculiares das relações firmadas entre a CVM e seus administrados e a construção legal sobre a qual elas se apóiam são o que permite oferecer esta estrutura de atuação menos rígida.

Outrossim, importa trazer a lume interessante debate travado na esfera do direito sancionatório aplicado ao mercado de capitais referente à incidência da teoria da dupla imputação, a qual requer, para a responsabilização da pessoa jurídica, a responsabilização da(s) pessoa(s) física(s) autoras do ato, seja por ação ou omissão. Sobre o tema, não obstante a penalização autônoma da pessoa jurídica, que prescinde à perquirição da atuação das pessoas físicas, encontre amparo na doutrina e em alguns casos isolados na jurisprudência da CVM,⁴¹² essa não tem sido a prática no âmbito da autarquia, uma vez que, ao longo dos últimos anos, a CVM tem reiteradamente aplicado a sistemática da dupla imputação nos processos sancionatórios por ela julgados (LORIA & MENDES, 2015).⁴¹³

Por sua vez, seguindo a mesma lógica do sistema trifásico adotado pelo Banco Central, a Resolução CVM n.º 45/21 dispõe acerca da fixação da pena-base que essa deve considerar na dosimetria as demais sanções relativas aos mesmos fatos, aplicadas definitivamente por outras autoridades,⁴¹⁴ bem como que as penalidades de suspensão, inabilitação e proibição somente podem ser aplicadas nos casos de infração grave ou nos casos de reincidência, o que demonstra o caráter responsivo e escalonável do modelo sancionatório da CVM.

Nada obstante essa singularidade, os atos expedidos pela CVM deverão sempre buscar seu fundamento de validade nas normas de hierarquia superior, sobretudo nos princípios e regras da Constituição da República e das leis, em especial, a Lei no 6.385/76. Isto possibilitará verificar se sua atuação está em consonância com os objetivos traçados pelo legislador constituinte e ordinário ou se constitui em ato que careça de legitimidade (TANURE, 2005).

⁴¹² Na ocasião do julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM RJ 2012/8010, houve a condenação da pessoa jurídica sem, contudo, verificar a pessoa física que originou a execução da conduta ilícita.

⁴¹³ A aplicação da teoria da dupla imputação pela Comissão de Valores Mobiliários pode ser verificada na análise dos seguintes precedentes: PAS CVM RJ2014/12175, julgado em 02.06.2015; PAS CVM RJ2014/4395, julgado em 11.08.2015, e no PAS CVM RJ2013/9762, julgado em 29.09.2015. Note-se que, em excelente exemplo trazido por Loria e Mendes, no julgamento do PAS CVM RJ2013/0509, a então diretora Luciana Dias pontuou as duas hipóteses de responsabilização da pessoa física representante ou administrador da pessoa jurídica: i) quando verificada que a conduta da pessoa física contribuiu para a consecução do ilícito administrativo; e ii) a administradores específicos, a fim de auxiliar a fiscalização e o cumprimento de normas destinadas à pessoa jurídica (LORIA & MENDES, 2015).

⁴¹⁴ “Art. 62. Na dosimetria da pena, salvo se aplicada a penalidade de advertência, o Colegiado deve fixar inicialmente a pena-base, aplicando na sequência as circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como a causa de redução da pena, nessa ordem. Parágrafo único. O Colegiado deve considerar na dosimetria as demais sanções relativas aos mesmos fatos, aplicadas definitivamente por outras autoridades, cabendo ao acusado demonstrar, até o julgamento do processo pelo Colegiado, o cabimento dessa circunstância. Art. 63. Na fixação da pena-base, o Colegiado deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como a capacidade econômica do infrator e os motivos que justifiquem a imposição da penalidade. [...]”

Note-se, no entanto, que, ao contrário da solução adotada pelo Banco Central, não há nos dispositivos supracitados a menção aos critérios objetivos a serem considerados na fixação da pena-base. Ao limitar a observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a norma concede a autoridade julgadora considerável margem de discricionariedade para se determinar o cálculo da pena na primeira fase da dosimetria, o qual, todavia, deverá ainda levar em consideração as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos artigos 65 e 66 da multicitada Resolução.

Todavia, no que tange às circunstâncias atenuantes, merece destaque a iniciativa de se prever, no inciso V, do artigo 66, a adoção efetiva de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, avaliada por entidade pública ou privada de reconhecida, como critérios a serem considerados como elementos caracterizadores do comportamento corporativo.⁴¹⁵

Nesse sentido, enxergando o *compliance* e os mecanismos de gestão de riscos como instrumentos que transcendem a simples conformação regulatória, a Comissão de Valores Mobiliários reconhece não só a importância de se considerar a postura colaborativa da empresa na análise do grau de reprovabilidade de sua conduta, em especial no que se refere às medidas preventivas eventualmente adotadas para prevenir, mitigar ou responder aos riscos envolvidos em sua atuação no mercado de capitais,⁴¹⁶ mas também define de modo objetivo o conjunto de

⁴¹⁵ Art. 66. São circunstâncias atenuantes: I - a confissão do ilícito ou a prestação de informações relativas à sua materialidade; II - os bons antecedentes do infrator; III - a regularização da infração; IV - a boa-fé dos acusados; e V - a **adoção efetiva de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, avaliada por entidade pública ou privada de reconhecida especialização**. [...] § 3º A penalidade de multa deve ser reduzida em até 25% (vinte e cinco por cento) para cada atenuante verificada. § 4º As penalidades de suspensão, inabilitação e proibição devem ser reduzidas em até 25% (vinte e cinco por cento) para cada atenuante verificada, considerando-se o número de meses da pena-base e desprezando-se as frações. [...] - grifou-se.

⁴¹⁶ Registre-se que, mesmo antes da edição da Resolução n.º 45/21, a CVM já admitia a possibilidade de que a implementação, pelos sujeitos regulados pela autarquia, de mecanismos de controle dos riscos regulatórios, pudessem atuar como circunstância atenuante na dosimetria da sanção, como se pode observar no julgamento do PAS CVM n.º 9957.002587/2017-77 (https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2019/Decisao_completa__19957002587201777.pdf), em 04.12.2018, cujo objeto era a apuração das responsabilidades da XP Investimentos CCTVM S.A. e de seu diretor responsável, Guilherme Dias Fernandes Benchimol (“Guilherme Benchimol”), por supostas falhas no registro e arquivamento de ordens transmitidas por clientes. Na decisão, o então Relator do

medidas que será, na prática, considerado como medida reveladora do comportamento da pessoa jurídica, apta a permitir, em última análise, a própria avaliação de sua culpabilidade na prática ou ocorrência do ato lesivo.

Vale registrar, no entanto, que, da mesma forma que o modelo adotado pela Lei 12.846/13, a Lei Anticorrupção, também a Lei 13.506/17, bem como a Resolução da CVM que a regulamenta, perderam a oportunidade de realçar os programas de compliance como ferramentas potencialmente hábeis a estancar práticas ilícitas, ao não exigir das empresas que firmarem o compromisso de cessação de conduta a implementação de mecanismos de auditoria, incentivo a denúncias de irregularidades e a aplicação efetiva do código de ética e de conduta (FORTINI C. , 2018).

5.3.3 O processo administrativo sancionador do COAF

O COAF é a unidade brasileira de inteligência financeira, que atua, nos termos das recomendações do GAFI, de forma centralizada e especializada, no recebimento ou requisição de informações que permitam a identificação de eventuais ocorrências suspeitas de atividades ilícitas, comunicando às autoridades competentes as situações em que o Conselho concluir pela

processo, ao votar pela condenação tanto da pessoa física, na qualidade de diretor responsável, quanto da pessoa jurídica, assim se manifestou: 51. Na dosimetria da pena, entendo que o empenho dos Acusados no aprimoramento dos seus mecanismos de controle, consubstanciado nos autos na forma do Regulamento de Auditoria de Agente Autônomo de Investimentos e na apresentação da ferramenta Trade Push, conquanto não afaste a responsabilidade pela infração verificada, deve ser considerado como atenuante da penalidade a ser imposta. Tais aprimoramentos, ainda que posteriores às irregularidades verificadas pela Inspeção, demonstram os esforços empreendidos pelos Acusados para a conformidade de seus processos de trabalho, destacadamente em relação à atuação dos agentes autônomos, que exercem função essencial no modelo de negócios da XP. [...] 54. Por todo exposto, com fundamento no art. 11, II, da Lei nº 6.385/76, com redação anterior a edição da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, considerando a gravidade da conduta e a capacidade econômica do infrator, e **como atenuantes** os bons antecedentes, o percentual de ordens não registradas adequadamente, a confirmação posterior e **os aprimoramentos dos mecanismos de controle**, voto pela condenação de: a) XP Investimentos CCTVM S.A. por infração ao artigo 12, parágrafo único, e ao artigo 13, caput e parágrafo único, da Instrução CVM nº 505, de 27 de setembro 2011, à penalidade de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais); b) Guilherme Dias Fernandes Benchimol, na qualidade de diretor responsável, por infração ao artigo 12, parágrafo único, e ao artigo 13, caput e parágrafo único, da Instrução CVM nº 505, de 27 de setembro 2011, à penalidade de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).” - Grifou-se. A consideração, na decisão administrativa, da adoção de programas de integridade, ainda que posteriores a conduta ilícita, é um dos raros precedentes aptos a exemplificar o tratamento do tema no âmbito da CVM. Apesar disso, venceu a corrente que votou pela absolvição da empresa e do gestor acusados.

existência de crimes de lavagem de dinheiro, ocultação de bens, direitos e valores, de fundados indícios de sua prática ou de qualquer outro ilícito.

Além de desenvolver a função típica de uma unidade de inteligência financeira, o COAF possui competência, também, para regular os setores econômicos, elencados pela Lei nº 9.613/1998⁴¹⁷, para os quais não haja órgão regulador ou fiscalizador próprio, tais como: empresas de fomento mercantil (*factoring*); comércio de bens de luxo de alto valor e de joias e metais preciosos; cartões de crédito não bancários, e consultorias. Cabe ao COAF prevenir que determinados setores econômicos sejam utilizados para a lavagem de dinheiro. Desse modo, o principal desafio do órgão é incentivar o comportamento cooperativo das pessoas obrigadas para que detectem e reportem situação suspeitas.

Para tanto, o COAF atua permanentemente na identificação das pessoas físicas e jurídicas que se enquadram em seu universo fiscalizável e na definição dos procedimentos de cumprimento dos deveres de compliance. A par disso, também cabe à unidade de inteligência financeira nacional supervisionar diretamente o cumprimento de deveres de PLD/FTP por pessoas, entre aquelas legalmente obrigadas para as quais não exista órgão próprio que as possa fiscalizar ou regular, que o próprio Coaf defina como abrangidas por essa sua competência residual para regular, fiscalizar e aplicar sanções no particular.

O Processo Administrativo Sancionador (PAS) é o instrumento de supervisão instaurado com o fim de apurar responsabilidades e, se for o caso, aplicar penalidades por infrações administrativas às obrigações previstas nos artigos 10 e 11 da Lei nº 9.613, de 1998, praticadas por pessoas físicas e jurídicas supervisionadas pelo COAF. A fim de disciplinar a implementação dos deveres de compliance estabelecidos, diversas normas infralegais foram emitidas pelo COAF nos últimos anos, inclusive Resoluções específicas para cada setor regulado, as quais disciplinam a Política de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao

⁴¹⁷ A Lei nº 9.613, de 1998, Lei de Lavagem de Dinheiro, foi o primeiro diploma legal a disciplinar o assunto, submetendo o setor financeiro e outras atividades e profissões não-financeiras, previstas em seu art. 9º, a uma série de deveres de compliance referentes à identificação dos clientes e manutenção de cadastros, ao registro das transações e à comunicação de operações suspeitas ao COAF, cujo descumprimento enseja a aplicação de sanções de natureza administrativa. Em 2012, a citada Lei foi alterada para, entre outras medidas, ampliar sobremaneira o rol dos sujeitos obrigados a cumprir as obrigações de prevenção à lavagem de dinheiro e impor novo dever aos agentes regulados, referente à implantação de políticas, procedimentos e controles internos que atendam aos objetivos da Lei e possibilitem a vigilância e fiscalização dos órgãos reguladores.

Financiamento ao Terrorismo, que, em consonância com as diretrizes fixadas pelo GAFI, detalham os procedimentos e controles mínimos a ser adotados pelos agentes regulados, de modo compatível com seu volume de operações e, no caso das pessoas jurídicas, com seu porte e riscos.⁴¹⁸

Por fim, quanto às consequências jurídicas decorrentes da inobservância dos deveres de compliance, o art. 12 da Lei 9.613, de 1998 prevê que, aos sujeitos obrigados, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixarem de cumprir as obrigações

⁴¹⁸ Nesse sentido, veja, por exemplo, a recente Resolução COAF nº 41, de 8 de agosto de 2022, a qual dispõe sobre o cumprimento dos deveres de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa - PLD/FTP legalmente atribuídos a empresas de fomento comercial ou mercantil (*factoring*): “**Art. 2º** As empresas referidas no art. 1º devem implementar e manter política formulada com o objetivo de assegurar o cumprimento dos seus deveres de PLD/FTP estabelecidos nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e em outras disposições legais correlatas, de modo compatível com seu porte e volume de operações, e proporcional aos riscos correspondentes. § 1º **A política de que trata o caput deve conter, no mínimo:** I - diretrizes para: a) definição de papéis e responsabilidades em relação ao cumprimento dos deveres especificados nas normas do Coaf, sem prejuízo da ampla responsabilização prevista no art. 12 da Lei nº 9.613, de 1998; b) avaliação prévia de novos produtos e serviços, bem como utilização de novas tecnologias, no tocante a riscos de lavagem de dinheiro, de financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa - LD/FTP; c) avaliação interna de riscos de LD/FTP; d) promoção de cultura organizacional de PLD/FTP, contemplando, inclusive, funcionários, prestadores de serviços terceirizados e colaboradores de um modo geral, bem como parceiros com atuação relevante em modelos de negócio adotados pelo supervisionado, levando em conta as atividades correspondentes; e) seleção e contratação de funcionários, prestadores de serviços terceirizados e colaboradores de um modo geral, bem como parceiros com atuação relevante em modelos de negócio adotados pelo supervisionado, tendo em vista os riscos de LD/FTP relacionados à correspondente atuação; f) continua capacitação de funcionários sobre o tema da PLD/FTP; g) verificação periódica do cumprimento da política, dos procedimentos e dos controles internos de que trata esta Resolução, bem como a identificação e a correção das deficiências verificadas; h) prevenção de conflitos entre os interesses comerciais e empresariais e os mecanismos de PLD/FTP. II - diretrizes para implementação de procedimentos e controles internos destinados a: a) realização de devida diligência para a identificação e qualificação de clientes e demais envolvidos, inclusive beneficiário(s) final(is), nas operações que realizarem; b) obtenção de informações sobre o propósito e a natureza da relação de negócios; c) coleta, verificação, validação e atualização de informações cadastrais, visando a conhecer os clientes, os funcionários, os parceiros e os prestadores de serviços terceirizados; d) identificação de pessoas expostas politicamente (PEP) envolvidas nas operações, inclusive beneficiário(s) final(is); e) identificação de pessoas alcançadas por determinações de indisponibilidade de ativos oriundas do Conselho de Segurança das Nações Unidas - CSNU ou de seus comitês de sanções na forma da Lei nº 13.810, de 8 de março de 2019, e da legislação correlata; f) devido registro de operações, independentemente do modo como possam ser formalmente designadas; g) monitoramento, seleção e análise de operações e situações atípicas ou suspeitas; h) encaminhamento de comunicações devidas ao Coaf; e III - comprometimento formal da alta administração com a efetividade e a adequação da política, dos procedimentos e dos controles internos de PLD/FTP. § 2º A política referida no caput deve ser divulgada aos funcionários, prestadores de serviços terceirizados e colaboradores de um modo geral, bem como aos parceiros com atuação relevante em modelos de negócio adotados pelo supervisionado, mediante linguagem clara e acessível, em nível de detalhamento compatível com os papéis que desempenhem e com a sensibilidade das informações. **Grifou-se**

estabelecidas, podem ser aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, uma série de sanções.⁴¹⁹

Note-se que a Lei estabelece uma progressão na gravidade das sanções, que vão da advertência à cassação da autorização. Entre as sanções previstas, a advertência é a mais branda, aplicável no caso de descumprimento das obrigações de identificar os clientes, manter o cadastro atualizado das atividades financeiras e registrar as transações em moeda nacional ou estrangeira, envolvendo títulos e valores mobiliários que ultrapassem o limite fixado pela autoridade. A segunda modalidade de sanção é a multa, aplicável quando os agentes regulados agirem com culpa ou dolo em relação às infrações previstas. O valor da multa a ser aplicada é variável, não podendo ser superior ao dobro do valor da operação, ao dobro do lucro real obtido, ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou ao valor de vinte milhões de reais (CARDOSO, 2015).

Vale destacar também que o órgão adota, em consonância com o princípio da abordagem baseada em risco, o princípio das “Medidas Pedagógicas Escalonáveis”, a fim de oferecer a adequada e proporcional resposta regulatória ao comportamento dos agentes regulados. Para tanto, a abordagem dos sujeitos obrigados se dá, em um primeiro momento, via Avaliação Eletrônica de Conformidade (AVEC), a qual se constitui em procedimento eletrônico de supervisão que tem como objetivo principal examinar, à distância e sob o aspecto formal, a aderência dos regulados às normas do sistema de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, bem como auxiliá-los no seu cumprimento, por meio de medidas persuasórias e educativas. Destaca-se que os resultados obtidos por meio deste procedimento não ensejam quaisquer consequências de natureza punitiva. Em seguida à Avaliação Eletrônica

⁴¹⁹ “Art. 12. Às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções: I – advertência; II - multa pecuniária variável não superior: a) ao dobro do valor da operação; b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento. § 1º A pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10. § 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo: I – deixarem de sanar as irregularidades objeto de advertência, no prazo assinalado pela autoridade competente; II - não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10; III - deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10; IV - descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o art. 11.” Grifou-se.

de Conformidade (AVEC), o COAF adota o procedimento de Averiguação Preliminar, que tem por objetivo apurar prática infracional, gerenciar o Processo Administrativo Punitivo (PAP); zelar pelo cumprimento das decisões do COAF; e consolidar e disseminar a jurisprudência do órgão. A Averiguação Preliminar contempla as modalidades de Averiguação Preliminar Objetiva (APO) e Averiguação Preliminar Ampla (APA).⁴²⁰ O julgamento do processo punitivo cabe ao Plenário do COAF⁴²¹. Da decisão do Plenário, cabe recurso ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), unidade do Ministério da Fazenda que atua como segunda e última instância administrativa.

Denota-se, portanto, que a Lei de Lavagem de Dinheiro estabelece dois tipos básicos de regulação: centralizada, com a criação do COAF como órgão técnico e especializado, que concentra as políticas de prevenção à lavagem de dinheiro; e descentralizada, que impõe aos particulares, atuantes em setores de risco, o dever de colaborar com o fornecimento de informações e implementação de compliance para evitar que empresas ou outras entidades sejam instrumentalizadas para a lavagem de dinheiro (OLIVEIRA, 2014).

Nesse contexto, constata-se que a imposição legal de deveres de compliance, conforme será proposto nesta tese, não constitui novidade no sistema jurídico brasileiro. Ao contrário, a experiência de se atribuir a agentes econômicos a corresponsabilidade pela implementação de medidas de controle e prevenção de ilícitos advém de anos e foi expandida

⁴²⁰ A Averiguação Preliminar Objetiva (APO) é aplicada aos descumprimentos concretos e objetivos de obrigações da Lei nº 9.613/1998. Ou seja, são casos detectados pelo COAF no âmbito das AVECs ou que chegam, por outros meios, ao conhecimento do órgão, em que não se fazem necessárias apurações mais detalhadas para se constatar ou se qualificar o descumprimento: cumpre-se ou não. Essa modalidade de Averiguação se aplica nas constatações de ausência de cadastro no COAF, não atendimento às requisições do órgão, ausência de comunicação de não ocorrência (declaração negativa) de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas ao COAF. Por sua vez, a Averiguação Preliminar Ampla (APA) é o procedimento de apuração de situações de maior complexidade ou risco, quando a ação fiscalizadora do COAF constata a ocorrência de diversas infrações à legislação em comento. Nesse caso, poderá ser instaurado o devido Processo Administrativo Punitivo (PAP) para apuração da conduta infracional, cujo teor é de acesso restrito às partes interessadas, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

⁴²¹ O plenário do COAF é composto por representantes dos seguintes órgãos: Agência Brasileira de Inteligência – ABIN; Banco Central do Brasil – BCB; Comissão de Valores Mobiliários – CVM; Controladoria-Geral da União – CGU; Departamento de Polícia Federal – DPF; Ministério da Justiça – MJ; Ministério da Previdência Social – MPS; Ministério das Relações Exteriores – MRE; Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN; Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB; Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, além do próprio Presidente do Conselho

para obrigar uma diversidade de pessoas físicas e jurídicas a adotarem medidas cada vez mais robustas.

5.4 O divisor de águas na admissão da culpabilidade da empresa no Direito Administrativo Sancionador brasileiro: a mudança de jurisprudência do STJ que reconheceu a natureza subjetiva da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica no âmbito do direito ambiental

O Direito Ambiental brasileiro foi, de certa maneira, o ramo jurídico que consolidou a utilização da responsabilidade objetiva para punir a pessoa jurídica por infração administrativa. De forma bastante geral e sucinta, a Lei n.º 6.938/1981 já previa em seu § 1º, do art. 14, que enseja responsabilidade em matéria ambiental o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental⁴²², sujeitando os transgressores à responsabilização objetiva, cuja sanção não obsta a reparação ou indenização pela ocorrência do dano ambiental.⁴²³ A responsabilidade ambiental objetiva implica na imposição de sanção a quem danificar o meio ambiente, independente da ocorrência de dolo ou culpa por parte do agente, bastando para a tipificação da infração a verificação do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano (MACHADO P. A., 2012, p. 405).

A Constituição Federal, em seu artigo 225, § 3º, por sua vez, consolidou a tese da responsabilidade da pessoa jurídica por atos lesivos ao meio ambiente⁴²⁴, introduzindo

⁴²² Observe-se que o legislador confere ao agente administrador uma margem considerável para atuar discricionariamente, na medida em que lhe é conferido o poder de caracterizar eventual conduta como uma infração administrativa. (MILARÉ, 2016, p. 140)

⁴²³ Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. - grifou-se

⁴²⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente

expressamente a proteção ambiental como princípio e prevendo de forma expressa a possibilidade de que essa responsabilização se dê nas esferas civil, administrativa e penal, de forma independente.

Por seu turno, a Lei 9.605/1998, ao disciplinar o processo de responsabilização da pessoa jurídica por infração ambiental, reforçou, em seu artigo 3º, a responsabilidade administrativa, civil e penal da empresa nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade. Já os critérios gerais para instrução processual e condução do julgamento na esfera administrativa federal foram definidos pelo Decreto 6.514/2008, cujas regras são complementadas atualmente pelas regras constantes da Instrução Normativa Conjunta MMA/IBAMA/ICMBIO nº 1/2021.⁴²⁵

A supracitada Lei 9.605/1998, em seu artigo 70, tipifica como infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. Nesse sentido, desenvolvendo a possibilidade, autorizada pela própria Constituição Federal, de tríplice responsabilização pelas atividades e condutas lesivas ao meio ambiente tanto às pessoas físicas, quanto às pessoas jurídicas, o referido dispositivo forneceu ao longo dos anos chaves interpretativas diversas para a compreensão doutrinária do dano ambiental e da natureza da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica.⁴²⁶

Com efeito, se, por um lado, a marca da objetividade pode ser extraída da redação do art. 70, *caput*, da Lei 9.605/1998, na parte em que se satisfaz com o mero comportamento

sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados

⁴²⁵ A Instrução Normativa Conjunta MMA/IBAMA/ICMBIO nº 1/2021 substituiu a Instrução Normativa n.º 10/2012, a qual, por sua vez, revogou a Instrução Normativa n. 14/2009 na regulamentação do processo administrativo sancionador ambiental conduzido pelo Ibama. Até o ano de 2019, o entendimento aplicado era o da natureza objetiva da responsabilidade ambiental, o qual foi profundamente modificado a partir da mudança de jurisprudência do STJ, que reconheceu a natureza subjetiva da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica no âmbito do direito ambiental, conforme abordar-se-á adiante.

⁴²⁶ Art. 3º As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções: [...] II - multa simples; [...] § 2º A caracterização de negligência ou dolo será exigível nas hipóteses previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 72 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. - grifou-se

do administrado para ter por caracterizada a infração, de outro, o tom subjetivista também dela desponta, quando se refere à ilicitude, elemento sabidamente estranho à teoria objetivista. Assim, segundo se extrai do art. 72, caput, da Lei 9.605/1998, a imposição da penalidade deve observar o disposto no art. 6.º, considerando a gravidade do fato, os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente, os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; e a situação econômica do infrator, em caso de multa. Ou seja, a responsabilidade seria subjetiva por demandar considerações acerca da gravidade, dos motivos, das consequências para o meio ambiente (MILARÉ E. , 2016, pp. 122-123)⁴²⁷.

Nessa esteira, exemplificando a controvérsia doutrinária acerca da natureza da responsabilidade administrativa ambiental da pessoa jurídica e da prescindibilidade de verificação de sua culpabilidade no âmbito do processo sancionador, parte da doutrina, como Paulo Affonso Leme Machado, Joel Ilan Paciornik, Flávio Dino e Nicolao Dino Neto, fundamentando seu posicionamento na voluntariedade, ou seja, na liberdade de opção pelo comportamento correto ou incorreto, defende que não, havendo dolo ou culpa por parte da pessoa jurídica, a regra geral é a responsabilidade objetiva na esfera administrativo-ambiental. A aferição da culpa, sob essa perspectiva, seria exceção nas hipóteses prefixadas no ordenamento jurídico, como no caso de imputação de multa simples⁴²⁸ aplicada a infrator que praticou o ato por negligência ou dolo (MILARÉ, 2016).⁴²⁹

⁴²⁷ Nesse sentido, convém destacar que a Instrução Normativa ICMBIO n.º 6/2009, que versava sobre os procedimentos para apuração de infrações administrativas por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, previa, em seu art. 15 que “o auto de infração deverá ser lavrado, de forma individualizada, para cada pessoa que tenha participado da prática da infração, devendo o agente autuante indicar as sanções na medida da culpabilidade de cada autuado.” Sem dispor sobre a caracterização de negligência ou dolo, o referido dispositivo destaca-se por determinar, além da imprescindibilidade de se descrever as condutas lesivas, o dever de individualização do auto de infração, devendo o agente “indicar as sanções na medida da culpabilidade de cada autuado.”

⁴²⁸ Art. 72 § 3º A multa simples será aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo: I - advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado por órgão competente do SISNAMA ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha; II - opuser embaraço à fiscalização dos órgãos do SISNAMA ou da Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha. - grifou-se

⁴²⁹ Segundo essa corrente, a ressalva expressa prevista no § 3º, do artigo 72, da Lei 9.605/1998, quanto à imprescindibilidade de se aferir a culpabilidade do infrator na imputação da responsabilidade administrativa que requer a configuração da negligência ou dolo, exigência reforçada no artigo 3º do Decreto 6.514/2008, face ao silêncio nas demais sanções deve ser interpretada como uma “evidente intenção em determinar a responsabilidade administrativa ambiental objetiva para todas as outras situações”, o que evidenciaria a responsabilidade objetiva

Em outra frente, sob a bandeira da responsabilidade subjetiva, doutrinadores como Fábio Medina Osório, Heraldo Garcia Vitta, Ricardo Carneiro, Edilson Pereira Nobre Júnior, Daniel Ferreira e Regis Fernandes de Oliveira pugnam pela imprescindibilidade da verificação da culpa da empresa infratora como elemento necessário para a caracterização da infração administrativa, forte nas garantias expressas no art. 5.º, LV e LVII, da CF/1988, que asseguram aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a mais ampla defesa, além da presunção de inocência, o que caracterizaria a culpabilidade como valor indispensável no Estado Democrático de Direito (MILARÉ, 2016).⁴³⁰

Há que se registrar, ainda, a existência de corrente doutrinária a sustentar que a solução para a controvérsia seria “considerar a responsabilidade administrativa ambiental informada pela teoria da culpa presumida”, segundo a qual uma vez verificado um comportamento supostamente infracional, presume-se a responsabilidade do agente que, poderá, a partir da inversão do ônus da prova, demonstrar os elementos ensejadores da não culpabilidade. Logo, não havendo a comprovação pelo suposto infrator da ausência de culpa, a presunção tornar-se-ia em certeza, razão pela qual se aplicariam as sanções administrativas (MILARÉ, 2016, p. 124).⁴³¹

como regra até então vigente e a culpabilidade presente na multa simples como mera exceção (FREEZA & VILLAR, 2020, p. 25).

⁴³⁰ Nesse sentido, segundo Régis Fernandes de Oliveira, “é necessário enfatizar que o direito, dentro da nova ordem constitucional, não é um mero composto de normas e princípios, não se compraz com a responsabilização e punição sem culpa, aferida objetivamente. É evidente que a responsabilidade objetiva pode ser prevista em lei, como o foi, aliás, no Código de Defesa do Consumidor, mas é indisputável que essas exceções não invalidam a regra de que elas foram criadas em benefício do particular, da sociedade, do povo, e, não, do Estado. O argumento de que o Estado representa o interesse geral torna-se absolutamente vazio quando é utilizado para afastar direitos e garantias fundamentais” (OLIVEIRA R. F., 2012, pp. 41-42)

⁴³¹ No mesmo diapasão é o entendimento de Ricardo Carneiro para quem “não se deve subestimar o sempre complexo e muitas vezes obscuro problema da prova da culpa, sendo certo que a exigência quanto à demonstração de intencionalidade na conduta do agente pode impor sérios obstáculos à eficácia da tutela dispensada ao meio ambiente, comprometendo a função dissuasivo-preventiva própria da responsabilidade administrativa. Forçoso aqui reconhecer, entretanto, que as atividades utilizadoras de recursos ambientais, normalmente habilitadas por autorizações ou licenças, são geradoras de riscos ambientais, o que justifica seja de seus respectivos titulares exigido – em prestígio dos critérios afetos à lógica da prevenção – um desvelo especial em suas rotinas de gerenciamento e uma diligência qualificada no trato das normas aplicadas. E isso torna plenamente admissível a ideia de presunção de culpabilidade, a justificar seja invertido o onus probandi em desfavor daquele a quem se atribua a prática de irregularidade administrativa, o qual, para se eximir de responsabilidade, deve demonstrar a ausência específica do elemento subjetivo (praesumptio iuris tantum)” (CARNEIRO, 2005, p. 595). Já Eduardo Bim defende a ideia de um sistema híbrido entre a responsabilidade civil objetiva e a responsabilidade penal subjetiva a exigir que a responsabilidade administrativa ambiental seja informada pela teoria da culpa presumida, como preconizado pela Lei Ambiental argentina 25.675, de 06.11.2002, 209 e

Nesse contexto, o debate sobre as regras atinentes ao processo de responsabilização da pessoa jurídica em razão da infração administrativa ambiental provocou, ao longo dos últimos anos, não apenas debates doutrinários, mas também gerou inquietude jurisprudencial, notadamente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, onde o tema tem sido objeto de contenda desde o ano de 2003. À época, a Primeira Turma do STJ definiu, nos autos do REsp 467.212/RJ, a natureza objetiva da responsabilidade administrativa. Ocorre que, em 2012, a Segunda Turma entendeu que a aplicação da penalidade administrativa, em descompasso com a adotada na esfera civil, deveria seguir a sistemática da teoria da culpabilidade, comprovando-se o elemento subjetivo através da indicação do nexo causal entre a conduta e o dano.

A compreensão da evolução do debate sobre a culpabilidade da pessoa jurídica no processo sancionador ambiental no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é relevante, pois foi a partir dos entendimentos fixados pela Corte que as autoridades competentes para apurar e punir os atos lesivos praticados contra o meio ambiente moldaram a sua atuação perante as infrações praticadas por empresas, reconhecendo – ou não – a necessidade de culpa ou dolo para caracterização da infração ambiental.

Desse modo, passa-se a analisar a seguir as regras que disciplinaram a apuração da responsabilidade objetiva que vigeu até o ano de 2019 e, em seguida, a conformação promovida no âmbito do IBAMA, ICMBIO e Ministério do Meio Ambiente, que adequou o entendimento quanto à responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica nos processos administrativos sancionadores conduzidos por essas autarquias.

pela Lei italiana 689, de 1.981,210 segundo as quais, **configurado um comportamento em tese subsumível a uma proibição da norma ambiental, há de se presumir, *juris tantum*, a responsabilidade do suposto infrator, o qual poderá, pela inversão do ônus da prova, demonstrar sua não culpa**. Não se desincumbindo desse ônus, a presunção se transformará em certeza, ensejando a aplicação da sanção abstratamente considerada. Segundo o autor, “o art. 3.º do diploma legal italiano estabelece que, em toda violação suscetível de aplicação de sanção administrativa, cada um é responsável por sua própria ação ou omissão consciente e voluntária, seja ela dolosa ou culposa. Mas, na Itália, o ônus da prova é invertido, competindo ao infrator demonstrar não ter agido culposa ou dolosamente. Vale dizer, não se exige, de plano, já no auto de infração, demonstração dos contornos da ação culposa. Para a Administração, basta a presença de indícios da violação do dever de cuidado, cabendo ao infrator comprovar a falta do elemento subjetivo ou invalidar o juízo indiciário da infração.” Contudo, o autor que destaca que essa demonstração pelo autor da não culpa é objeto de grande debate e controvérsia no âmbito da doutrina, italiana, uma vez que a culpa presumida e a consequente inversão do ônus da prova contrariam frontalmente os princípios da presunção de inocência e da ampla defesa (BIM E. F., 2010). – grifou-se.

Buscando definir a natureza da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, a Procuradoria Federal junto ao IBAMA exarou, em janeiro de 2011, a Orientação Jurídica Normativa 26/2011 (OJN 26/2011), a qual adotou, sob o fundamento da Teoria do Risco⁴³², o regime de responsabilidade objetiva ao dispor sobre a prescindibilidade de comprovação da culpabilidade da empresa para se configurar a infração ambiental.⁴³³ Note-se que, embora já existisse forte debate acerca da imprescindibilidade de se aferir a culpabilidade na imputação da multa simples por negligência ou dolo, conforme mencionado acima, a Procuradoria decidiu fixar o entendimento de que a responsabilidade por atos lesivos ao meio ambiente se “insere entre a responsabilidade civil objetiva e a responsabilidade penal subjetiva. Assemelha-se e distingue-se de ambas”⁴³⁴, o que imporia ao causador do dano a obrigatoriedade de observar o

⁴³² Destaca-se que o Parecer diferencia a Teoria do Risco Integral, a qual pressupõe que a simples presença do risco oriundo da atividade, sendo ele intrínseco a ela ou não, conduzirá a responsabilização, devendo o infrator ser responsabilizado por todo ato do qual for causa material, da Teoria do Risco Criado, na qual se baseia a Procuradoria ao dispor sobre a responsabilidade ambiental administrativa, que, além de admitir excludentes, incide unicamente nas atividades de risco, admitindo a responsabilidade independente de culpa, bastando, portanto, a comprovação do dano e do nexo causal (SILVA & BRAUNER, 2016, p. 80).

⁴³³ Segundo argumenta a Procuradoria Federal do Ibama no Parecer adotado como paradigma pelo órgão até o ano de 2020, na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente o conceito de infração administrativa ambiental foi apresentado pelo art. 70 da Lei Federal no 9.605/98 e regulamentado pelos dispositivos do Decreto Federal Regulamentar no 6.514/2008. Segundo se extrai das referidas normas, a responsabilização do infrator depende apenas da caracterização da relação ou do nexo de causa e efeito entre o comportamento do agente e a conduta descrita na legislação ambiental como infração administrativa. A imputação de responsabilidade pela prática do ilícito prescinde de dolo ou culpa, bastando que se demonstre a existência de ação ou omissão e de nexo que, para o Direito Ambiental, já se caracteriza a infração administrativa. Partindo de uma interpretação principiológica do artigo 225 da Constituição Federal no sentido de que a responsabilidade administrativa ambiental deve buscar o mais elevado grau de efetividade das normas de proteção ambiental, o Parecer reafirma a natureza objetiva da responsabilidade ambiental. Segundo o posicionamento adotado pela OJN 26/2011, o §3º do art.72, da Lei Federal no 9.605/1998, o qual não condiciona a aplicação da pena de multa simples à comprovação de elemento subjetivo do agente infrator seria a única sanção que exige a comprovação da culpabilidade da empresa.

⁴³⁴ Segundo a manifestação exarada pela Procuradoria Federal junto ao IBAMA, “Há, todavia, uma gradação de intensidade entre as responsabilidades administrativa e civil. Nesta adota-se a Teoria do Risco Integral, a qual não admite as excludentes de responsabilidade, tais como força maior, caso fortuito ou fato de terceiro. A responsabilidade ambiental administrativa, noutro giro, baseia-se na Teoria do Risco Criado, que admite a incidência de excludentes, mas exige do administrado – ante a presunção de legitimidade dos atos administrativos – que demonstre que seu comportamento não contribuiu para a ocorrência da infração (culpa concorrente). Pela Teoria do Risco Criado é responsável quem, em função dos riscos ou perigos de sua atividade, incorra em ação ou omissão cuja consequência enquadra-se como ilícito administrativo ambiental, ainda que tenha sido diligente para evitar o dano. A teoria admite a responsabilidade independentemente de culpa ou de decisão da empresa, bastando a comprovação do dano (efetivo ou potencial) e do nexo de causalidade, mas sustenta que não se poderia imputar a responsabilidade quando o dano resultasse da conduta ou ação de terceiro, vítima ou não, ou de outras excludentes de responsabilidade, tais como o caso fortuito ou força maior. [...] Pode-se concluir que a responsabilidade ambiental administrativa se insere entre a responsabilidade civil objetiva e a responsabilidade penal subjetiva. Assemelha-se e distingue-se de ambas.”.

Princípio da Prevenção e da Precaução, pois “prevenir passa a ser menos custoso do que reparar.”⁴³⁵

Assim, em virtude da relevância dos princípios da precaução e da prevenção no direito ambiental brasileiro, bem como do princípio do poluidor-pagador, a referida OJN 26/2011 estabeleceu que, diante da sensibilidade do bem jurídico tutelado, considerar-se-ia ilícita a conduta - comissiva ou omissiva - por sua própria natureza, independentemente de aferição de elemento subjetivo do dano, ao passo que eventual comprovação de “excludente de responsabilidade” implicaria no afastamento da imputação da sanção ao hipotético infrator por rompimento do nexo causal. Desse modo, não haveria que se falar na obrigação de se exigir a culpa como pré-requisito para a aplicação da sanção administrativa, de modo que, sendo a proteção do meio ambiente um valor fundamental a ser protegido, deveriam as regras processuais serem interpretadas de forma a conferir “maior efetividade possível à proteção ambiental”, devendo a teoria da culpabilidade e sua natureza protetiva ser ponderada em face de relevância do princípio constitucional da prevenção (SEIFERT, 2011, pp. 85-86).⁴³⁶

⁴³⁵ Emergindo das garantias constitucionais brasileiras, os princípios da prevenção e da precaução impõem balizas fundamentais ao direito administrativo sancionador ambiental. O princípio da prevenção, que busca, através de medidas acautelatórias, evitar danos ao meio ambiente na medida em que se verifica perigo certo, difere do princípio da precaução, uma vez que este, inserido no campo dos riscos e possibilidades incertas, enfrenta o desafio de instituir procedimentos de precaução nas hipóteses em que os dados científicos se mostraram inconclusivos (MILARÉ E. , 2016, p. 195). Por isso, prevê a OJN que: “Distinguem-se no referido princípio duas finalidades básicas: evitar a ocorrência de dano ambiental – caráter preventivo; e, ocorrido o dano, ordenar sua reparação – caráter repressivo. Dentro desse princípio, mais precisamente em seu caráter repressivo, é que se insere a ideia de responsabilidade pelo dano causado ao meio ambiente independentemente de culpa.”

⁴³⁶ Segundo entendimento fixado, “pelo método de ponderação de bens constitucionais e pelo princípio da razoabilidade, a importância de se dar maior efetividade às normas ambientais cuja finalidade é a preservação de patrimônio coletivo (pertencente às presentes e futuras gerações) prevalece sobre a proteção a direito individual de sofrer pena se comprovada a sua culpabilidade (e não somente sua voluntariedade). Da mesma forma, aplicando o princípio da proporcionalidade, verifica-se que ambas as opções (mais efetividade às normas ambientais ou de proteção da culpabilidade) são adequadas ao seu fim, no entanto, pelo subprincípio da necessidade, há de se verificar que a garantia de culpabilidade instauraria um óbice muito grande para a efetividade da norma ambiental pelo empecilho do ônus de prova da culpa (sentido amplo) recair sobre o agente administrativo, diminuindo substancialmente a efetividade da norma ambiental. Por outro lado, a exigência mínima da voluntariedade, embora diminua os meios de defesa do indivíduo, não interfere em sua esfera de previsibilidade e, portanto, de liberdade. Como se verifica, o óbice instaurado pela culpabilidade se destaca processualmente, evitando maior eficácia a normas materiais. Portanto, pela proporcionalidade em sentido estrito, a relação de benefício e prejuízo pela escolha da voluntariedade como elemento mínimo à verificação de responsabilidade administrativa ambiental se sobrepõe à escolha da culpabilidade”.

Diante de tal entendimento jurídico firmado por seu órgão jurídico, o IBAMA editou a Instrução Normativa IBAMA n.º 10/2012,⁴³⁷ que revogou as INs 14/2009 e 27/2009 e consolidou o procedimento para a apuração de infrações administrativas, estruturando-o em quatro etapas: detecção; ação fiscalizatória; julgamento; e execução das sanções e prevendo, em relação às referidas fases pré-processuais, que o registro do auto de infração deveria ser elaborado individualmente, de modo que lhes fossem imputadas as sanções “*na medida de sua culpabilidade*.”⁴³⁸ Interessa notar que a menção a necessidade de se aferir a culpabilidade do agente autuado ocorre uma única vez em toda a Instrução Normativa. Não há, nos demais dispositivos que versam sobre a instauração e condução do processo administrativo sancionatório em matéria ambiental, indicação quanto à necessidade de se verificar a culpabilidade, bastando, conforme se passa a demonstrar, a apuração da autoria e da materialidade. Repise-se, nos termos já expostos, que no período de vigência da Instrução Normativa era consolidado o entendimento quanto à desnecessidade de aferir a culpa do agente supostamente infrator, conforme se denota do artigo 88 da IN n.º 10/2012 que, versando sobre os elementos a serem considerados no julgamento do processo administrativo, exclui da decisão a ser prolatada o elemento subjetivo da infração, devendo ser observada a autoria e materialidade.

Note-se que, embora a já referenciada IN ICMBIO disponha em seu § 2º do artigo 3º sobre as hipóteses de prescindibilidade de se verificar a caracterização de negligência ou

⁴³⁷ Em 2020, após a alteração do entendimento judicial promovido pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2019, IBAMA e ICMBIO emitiram Instrução Normativa Conjunta que alterou o procedimento de apuração da infração administrativa vigente ao longo da última década. Modificando regras antigas e inserindo uma série de novos dispositivos, a referida INc vigeu até 2021, ano em que foram novamente alteradas as regras de condução da apuração das infrações.

⁴³⁸ “Art. 28. O Auto de Infração e Termos Próprios serão lavrados em formulário específico, podendo ser confeccionados em meio eletrônico, por Agente Ambiental Federal designado para a função de fiscalizar, contendo: I - identificação do agente autuante com nome, matrícula funcional e cargo ou função; II - descrição clara e inequívoca da irregularidade imputada; III - indicação dos dispositivos normativos violados; IV - indicação das sanções aplicadas, com especificação do valor da multa; V - identificação do autuado, com nome, endereço completo se houver, endereço eletrônico se disponível, CPF ou CNPJ, conforme o caso; VI - as circunstâncias consideradas para a fixação do valor da multa. [...] § 4º O auto de infração deverá ser lavrado para cada pessoa que tenha participado da prática da infração, individualizadamente, sendo-lhes imputadas as sanções, na medida de sua culpabilidade, ficando excetuada a determinação constante dos §§ 1º e 2º nos casos de estrangeiros não residentes no Brasil, que não possuam CPF. § 5º Enquanto não identificado o autuado com CPF ou CNPJ, o auto de infração relativo à sanção pecuniária não poderá ter seguimento. - grifou-se.

dolo, não houve no âmbito do IBAMA a reprodução de norma similar, cingindo-se a direcionar a critérios gerais de fiscalização e dosimetria.

Malgrado os referidos dispositivos citados, não houve até o ano de 2019, entendimento consolidado nos tribunais pátrios quanto à controvérsia acerca da natureza objetiva ou subjetiva da responsabilidade ambiental. Vê-se que, a partir dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, a Corte oscilou ao definir a natureza da responsabilidade ambiental administrativa. Em 2003, a Primeira Turma do STJ definiu, nos autos do REsp 467.212/RJ, a natureza objetiva da responsabilidade administrativa.⁴³⁹

Entretanto, divergindo de entendimento anterior, fixado em 2012, por ocasião do julgamento do REsp 1.251.697/PR, a Segunda Turma do STJ assentou, no julgamento do REsp 467.212/RJ, a necessidade de demonstração do elemento subjetivo na aplicação da sanção administrativa ambiental, visto que “pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador [...], a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para 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 entre a conduta e o dano”.

Desse modo, se a guinada jurisprudencial do STJ começou em 2015, no julgamento do Recurso Especial mencionado acima, foi com a decisão prolatada em 2019, no âmbito do EREsp 1.318.051/RJ, de Relatoria do Ministro Mauro Campbell, que o entendimento da Corte se consolidou no sentido da imprescindibilidade do elemento subjetivo na responsabilidade

⁴³⁹ Nos termos do voto do Relator Ministro Luiz Fux, “com efeito, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/81) adotou a responsabilidade sem culpa ou objetiva, que continua plenamente em vigor no que concerne à responsabilidade civil por danos ao meio ambiente e a terceiros. Destarte, o art. 4º, VII, da Lei no 6.938/81 prevê expressamente o dever do poluidor ou predador de recuperar e/ou indenizar os danos causados, além de possibilitar o reconhecimento da responsabilidade, repise-se, objetiva, do poluidor em indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente ou aos terceiros afetados por sua atividade, como dito, independentemente da existência de culpa (art. 14, § 1º, da citada lei).[...] Mister ressaltar-se que a multa administrativa, no caso de dano ambiental, encontra fundamento na Lei no 6.938/81, sem prejuízo de ser fato gerador objetivo quanto à responsabilidade, o que a torna devida, independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do infrator no seu atuar”. - grifou-se.

administrativa ambiental.⁴⁴⁰ De fato, consultando o sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, foram encontrados, a partir da pesquisa dos termos “*responsabilidade administrativa ambiental*”, quinze acórdãos. Dos quinze acórdãos resultantes, treze versam sobre a natureza da responsabilidade administrativa e a culpabilidade no direito administrativo ambiental, indicando, a partir de suas análises, o relevante papel da Corte na definição da necessidade de se aferir a natureza subjetiva da responsabilidade administrativa ambiental. Remontando o debate ao ano de 2012, os acórdãos demonstram, ainda, o intenso debate travado de forma mais aprofundada nas últimas décadas, indicando, assim, o notável papel do debate ambiental como divisor de águas na admissão da culpabilidade da empresa no Direito Administrativo Sancionador brasileiro

Importa registrar que, com a mudança de entendimento jurídico operada no âmbito do STJ, também o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 1432/2017, ao analisar a aplicação de sanções pecuniárias pelo IBAMA entre os anos de 2012 e 2014, reconheceu a necessidade de o Instituto promover a adequação de seus normativos para conformá-los à nova interpretação fixada acerca da responsabilização administrativa subjetiva da pessoa jurídica em matéria ambiental.⁴⁴¹ Nesse sentido, o TCU recomendou ao IBAMA no referido Acórdão que

⁴⁴⁰ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA SUBMETIDOS AO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO EM RAZÃO DE DANO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. [...] 3. Ocorre que, conforme assentado pela Segunda Turma no julgamento do REsp 1.251.697/PR, de minha relatoria, DJe de 17/4/2012), **a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para 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 entre a conduta e o dano**. 4. No mesmo sentido decidiu a Primeira Turma em caso análogo envolvendo as mesmas partes: **A responsabilidade civil ambiental é objetiva; porém, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador** (AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, DJe de 7/10/2015). 5. Embargos de divergência providos. (EResp n. 1.318.051/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 12/6/2019) grifou-se.

⁴⁴¹ “29. Acerca da imprescindibilidade de demonstração de negligência ou dolo, a SecexAmbiental acolhe o posicionamento do Ibama, concluindo que deve prevalecer a responsabilização objetiva, tanto na esfera civil quanto na administrativa, com fulcro no art. 14 da Lei 6.938/1981. 30. **Todavia, observo que a legislação que regula a matéria parece dispor no sentido de requerer responsabilização administrativa subjetiva para as infrações ambientais**, nos seguintes termos: “A multa simples será aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo (...)” - Lei 9.605/1998, art. 72, § 3º; “A caracterização de negligência ou dolo será exigível nas hipóteses previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 72 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998”. - Decreto 6.514/2008, art. 3º, § 2º. 31. **O Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, tem se pronunciado sobre o tema tendendo a reconhecer a responsabilização administrativa subjetiva**, conforme as ementas transcritas a seguir: [...] 32. Compreendo que a questão atinente à responsabilidade administrativa ambiental é complexa e tem comportado controvérsias na jurisprudência e na doutrina. Considerando que se trata de um ponto importante concernente ao

atualizasse seus procedimentos internos de apuração da responsabilidade administrativa, adequando-os ao quanto estabelecido pelo STJ.

Assim, a fim de dar cumprimento à nova jurisprudência, a Procuradoria Federal junto ao IBAMA, por meio do Parecer n.º 00004/2020⁴⁴²⁴⁴³, promoveu a revogação da OJN 26/2011, para reconhecer a responsabilidade administrativa ambiental da pessoa jurídica de natureza subjetiva, consolidando a tese da indispensabilidade de verificação da existência de dolo ou culpa do agente para fins de caracterização da infração ambiental e, consequentemente, a natureza subjetiva da responsabilidade administrativa ambiental da pessoa jurídica.

O referido Parecer, que foi posteriormente adotado como Orientação Jurídica Normativa n.º 53/2020, aprofundou significativamente o debate acerca da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica para admitir um regime baseado na culpabilidade, revisitando o entendimento vigente na OJN 26/2011, que se baseava na já abordada Teoria do Risco Criado.

aspecto da legalidade e da efetividade da fiscalização exercida pelo Ibama, cujas consequências não se restringem apenas aos casos tratados nestes autos, mostra-se oportuna a instauração de processo apartado pela SecexAmbiental para que proceda aos estudos com o fim de pronunciar-se sobre a matéria. [...] 36. Por fim, em conclusão aos argumentos explanados, acolho parcialmente as propostas oferecidas por ambas as unidades técnicas. Primeiramente, no sentido de expedir recomendações aos órgãos envolvidos para discutirem os termos da Resolução Conama 393/2007, considerando a possibilidade de adoção de outro método de monitoramento das águas descartadas pelas plataformas marítimas de petróleo e gás natural. Em razão das controvérsias verificadas na interpretação das normas que regem as sanções decorrentes de infrações ambientais, também se mostra relevante que seja definido um posicionamento sobre a responsabilidade administrativa ambiental, ante a importância da questão na atividade fiscalizatória do Ibama. Para tanto, considero oportuno determinar a instauração de processo apartado, a cargo da SecexAmbiental, para que se pronuncie a respeito do tema”. - grifou-se

⁴⁴² Disponível em: <https://sapiens.agu.gov.br/valida_publico?id=442105811>

⁴⁴³ “15. Dessa forma, a adoção pelo Poder Judiciário de tese incompatível com aquela constante na OJN n. 26/2011 é necessário à PFE-Ibama, no objetivo de oferecer segurança jurídica à autarquia ambiental federal, operar a revisão do entendimento quanto à natureza da objetiva da responsabilidade ambiental administrativa baseada na Teoria do Risco Criado. Além disso, conforme o Acórdão n. 1432/2017 – Plenário, reputou o TCU relevante o estudo quanto à adequação da interpretação da responsabilidade ambiental adotada pelo Ibama, demonstrando-se a importância do tema sob o prisma do controle externo, especialmente com a pacificação do tema no âmbito do STJ. 16. Igualmente, não são poucas as vozes na doutrina que entendem a natureza subjetiva da responsabilidade administrativa ambiental [...] 17. A aplicação de um regime fundado na culpabilidade possui repercussões e necessidade de delineamentos diversos, com vistas a assegurar sua aplicação dogmaticamente fundada, evitando-se incompreensões ou duplicidade de critérios, com vistas à consistência na atuação administrativa. 18. Cabe uma observação fundamental: **por meio da presente revisão de tese não se objetiva a abordagem integral de todos os elementos das infrações administrativas ambientais, mas apenas delinear os efeitos diretos da adoção do requisito de culpabilidade para sua configuração. Dessa forma, aspectos fundamentais como o conceito de ação para infrações ambientais, a tipicidade infracional objetiva e seus componentes, formas de exclusão da ilicitude de uma conduta, a configuração do nexa causal, as regras de imputação das infrações administrativas etc., não serão objeto da presente manifestação jurídica.** - grifou-se.

Sem exaurir todas as questões e debates jurídicos envolvidos da alteração do entendimento, destaca-se que o Parecer adotou a tese da aplicação subsidiária do Código Penal à Lei n.º 9.605/98 para fornecer os fundamentos e parâmetros legais para a configuração do dolo e da culpa para a pessoa jurídica.⁴⁴⁴

Ou seja, ante a falta de definição clara dos conceitos de dolo e culpa na Lei de Crimes Ambientais, o Parecer defende a imprescindibilidade de se utilizar a legislação penal na definição dos conceitos administrativos, desde que respeitados os limites previstos no artigo 79 da LCA. Entretanto, com o objetivo de garantir a segurança e previsibilidade jurídica, o multicitado *Opinium* Jurídico manteve o entendimento de que as disposições penais que versam sobre dosimetria, condições agravantes ou atenuantes, causas de aumento ou diminuição da pena e multas criminais não se aplicam automaticamente ao Direito Administrativo Sancionador ambiental. Assim, reconhecida a aplicação subsidiária do Código Penal na esfera administrativa, o Parecer da AGU entendeu, ao enfrentar a questão da configuração do dolo ou culpa da pessoa jurídica que, “se no âmbito penal, não se afigura necessária a identificação do agente da pessoa jurídica que atua com dolo ou culpa, no âmbito administrativo com menos

⁴⁴⁴ “21. A responsabilidade subjetiva, embora aplicada em diversos dispositivos legais, não encontra na grande maioria desses definição específica, constituindo o Código Civil o exemplo mais notório, não sendo esse um óbice à aplicação de suas disposições, cabendo sua definição à doutrina e jurisprudência. 22. No presente caso, contudo, a Lei n. 9.605/98 prevê expressamente a aplicação subsidiária do disposto no Código Penal, in verbis: ‘Art. 79. Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.’ 23. A aplicação subsidiária de normas, ainda mais quando se trata de ramos distintos, demanda esforço do intérprete, visando a não exceder o comando legal, transformando o direito administrativo sancionador em direito penal, nem negar a normatividade do artigo 79 da Lei n. 9.605/98. 24. Assim, visando a ofertar segurança jurídica à autarquia, buscou-se na presente manifestação indicar expressamente a aplicação das disposições penais que contam com aplicação no que diz respeito à responsabilidade administrativa ambiental, definindo os exatos limites do artigo 79 da Lei n. 9.605/98 quanto ao tema da culpabilidade. 25. Por exemplo, as disposições que dizem respeito à dosimetria, agravantes, atenuantes, causas de aumento ou diminuição das penas ou multas criminais não são transponíveis ao direito administrativo sancionador, o mesmo podendo-se falar do disposto no artigo 18, parágrafo único, do CP que prevê a excepcionalidade de delitos culposos. Em ambos os casos a regra da sanção administrativa é diversa e, conforme o STJ, admite a realização culposa das infrações ambientais como regra. 26. Dito isso, ao se aplicar subsidiariamente a legislação, é inevitável que se faça uso da doutrina especializada quanto a essa, ainda que com os devidos temperamentos, de forma que o emprego de trechos de doutrinadores de direito penal será realizado em diversas oportunidades, desde já cabendo apontar as menções a “crimes” ou “tipos penais” nessas constantes como devendo ser entendidos enquanto “infrações ambientais” e “tipos infracionais”. 27. Em suma, **na inexistência de definição na Lei n. 9.605/98 dos conceitos de dolo e culpa, bem como de conceitos correlatos, é imposição legal a adoção daqueles previstos no Código Penal, passando-se a definir os estritos limites que essa aplicação subsidiária se dará nos itens seguintes.** - grifou-se

razão ainda seria necessário assim proceder, em vista do princípio da subsidiariedade do direito penal”.

Em outras palavras, conciliando a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 548.181, no sentido de não se afigurar necessário responsabilizar ao mesmo tempo a pessoa física por meio da qual essa entidade atua, o que era conhecida como doutrina da dupla imputação, o Parecer da Procuradoria Federal reafirma a desnecessidade da responsabilização mútua da pessoa física e da pessoa jurídica: no âmbito administrativo, a verificação da culpabilidade em sentido amplo (englobando dolo e culpa em sentido estrito) dar-se-á com a análise da conduta da pessoa jurídica como um todo, sendo prescindível a identificação do agente para a configuração da responsabilização subjetiva, bastando demonstrar-se os atos dolosos ou culposos realizados em nome da pessoa jurídica que levaram a cabo uma infração ambiental, sendo a discussão dos agentes envolvidos eventualmente relevante apenas para fins de dosimetria ou mesmo responsabilização pessoal dos indivíduos.⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ “28. Dito isso, em regra, a configuração de dolo e culpa para fins das pessoas jurídicas se dá através da chamada teoria do órgão, criada por Otto Gierke, que entende esses enquanto "parte do corpo da entidade e, assim, todas as suas manifestações de vontade são consideradas como da própria entidade (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67). 29. No âmbito do Direito Privado, em semelhante sentido Pontes de Miranda vem afirmar que o órgão não atua enquanto representante da pessoa jurídica, mas seu "presentante", o que deriva da capacidade da própria pessoa jurídica. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, 60 v. v.1: Parte Geral. Tomo I: Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas, p. 412). 30. Assim, tradicionalmente, é por meio da conduta das pessoas físicas que atuam em nome da pessoa jurídica que se mostra possível apurar a existência de dolo ou culpa para essas. 31. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal (RE 548.181) ao analisar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais, cujo dispositivo fundamental é o mesmo que justifica sua responsabilidade administrativa (CF, art. 225, § 3o), entendeu que não se afigura necessário responsabilizar ao mesmo tempo a pessoa física por meio da qual essa entidade atua, o que era conhecida como doutrina da dupla imputação. 32. Dessa forma, se no âmbito penal, não se afigura necessária a identificação do agente da pessoa jurídica que atua com dolo ou culpa, no âmbito administrativo com menos razão ainda seria necessário assim proceder, em vista do princípio da subsidiariedade do direito penal. Nesse sentido, desde a década de 1990 a própria dogmática penal, inclusive em âmbito comparado, evoluiu para admitir a existência de dolo e culpa próprios das pessoas jurídicas sem que seja necessário atribuir a essas a culpa dos seus agentes. [...] 33. No caso da responsabilidade administrativa compreendida a partir da jurisprudência do STF conjugada com o artigo 2º do Decreto n. 6.514/2008, afigura-se adequado que a culpabilidade em sentido amplo (englobando dolo e culpa em sentido estrito) deva analisar a conduta da pessoa jurídica como um todo. Por exemplo: ao se verificar a existência de uma fraude em informação do licenciamento prestada por uma pessoa jurídica, não há dúvida que essa agiu com dolo, afigurando-se excessivo exigir-se a identificação do agente que assim procedeu (muitas vezes omitido ou obscurecido pela estrutura societária) para fins de responsabilização subjetiva. Em mesmo sentido, ao verificar-se a supressão de vegetação e a edificação de propriedade de uma pessoa jurídica sem atenção às regras próprias, não há dúvidas que essa ocorreu de forma, ao menos culposa, não sendo o caso de demandar-se o nome daquele que

Nesse sentido, adequando-se ao entendimento definido pelo Superior Tribunal de Justiça no EREsp n. 1.318.051/RJ, a PFE-IBAMA passa a adotar a modalidade culposa como regra para a caracterização da infração ambiental. Com efeito, conforme argumentado no Parecer, não haveria que se falar em distinção entre o agir doloso e o agir com culpa no direito administrativo sancionador. Nas duas possibilidades, restaria configurada a infração, dado que bastaria na apuração das infrações administrativas em matéria ambiental a verificação da natureza culposa da conduta do agente supostamente infrator.

Nesse contexto, de forma similar à adotada na esfera processual penal, a configuração do ilícito administrativo advém não da mera comprovação da intenção psicológica do agente, mas da dedução, a partir da análise circunstancial, da culpa da corporação. Observa-se que a manifestação jurídica do órgão vinculado à AGU aborda as três clássicas modalidades de culpa: *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiendo* nas infrações cometidas por empresa infratora na seara ambiental. Assim, para caracterização de um dos tipos de culpa, que pressupõe negligência, por exemplo, deve-se analisar se a pessoa jurídica adotou todos os deveres de cuidado que a situação exigia, o que enseja à conclusão de que a responsabilização administrativa subjetiva deve ser imputada àquela que, mesmo sem intenção de fazê-lo, comete infração ambiental por não adotar medidas pré-concebidas de cuidados nas suas ações. Desse modo, a caracterização da culpa tem como pressuposto a imprescindibilidade de se analisar a conduta da pessoa jurídica em face do descumprimento dos deveres objetivos de cuidado combinado com o nexo causal e a previsibilidade, cabendo a autoridade administrativa analisar os elementos que compõem a infração.⁴⁴⁶

operou a máquina que suprimiu a vegetação. 34. O que se demanda, isso sim, é a demonstração que foram atos dolosos ou culposos realizados em nome de uma pessoa jurídica que levaram a cabo uma infração ambiental, sendo a discussão dos agentes envolvidos eventualmente relevante para fins de dosimetria ou mesmo responsabilização pessoal desses. - grifou-se.

⁴⁴⁶ “44. Assim, imagine-se que a fiscalização flagre um terceiro disparando diversos tiros em direção a animal silvestre sem amparo legal para tal, vindo todos a atingir esse espécime, levando-o a óbito. Nesse caso, evidenciar-se a intenção desse particular em abater o animal, não sendo necessário que esse afirme que era seu objetivo. [...] 52. Observa-se, portanto, que, para caracterização de um dos tipos de culpa, que pressupõe negligência, torna-se necessário analisar se o administrado adotou todos os deveres de cuidado que a situação exigia, podendo-se concluir, desde logo, que na responsabilidade subjetiva é devida a responsabilização administrativa daquele que, mesmo sem intenção de fazê-lo, comete infração ambiental por não adotar medidas pré-concebidas de cuidados nas suas ações. [...] 56. Além disso, historicamente, consolidou-se três formas de culpa, a denominada *in eligendo* (em escolher), *in vigilando* (em vigiar) e *in custodiendo* (em guardar), as quais permanecem relevantes para o âmbito administrativo e configuram responsabilidade subjetiva. Assim, por exemplo, se alguém efetua contratação

Ressalte-se ademais que o Parecer, ao examinar com especial atenção às hipóteses de excludente de culpabilidade, *in casu*, a inimizabilidade administrativa, a inexigibilidade de conduta diversa e a ausência da potencial consciência da ilicitude, atribui ao atuado a responsabilidade pelo ônus probatório, com a inversão da obrigação de fazer prova acerca da

de representante, prestador de serviço ou sociedade sem o devido cuidado, por exemplo, sem que esses possuam habilitação legal, agirá com culpa *in eligendo*, podendo responder pela infração dos artigos 61-62 do Decreto 6.514/98. Por outro lado, se cabia a uma empresa fiscalizar a execução de uma operação e não adotou a conduta considerável enquanto responsável, caso advenha alguma consequência danosa ao meio ambiente tipificada no artigo 61 do Decreto 6.514/2008, será possível imputar-lhe responsabilidade por culpa *in vigilando*. Ao fim, se cabia a uma pessoa que possui a guarda de animal silvestre e o deixa escapar por falta de cautela, responde por culpa *in custodiendo* pela infração do artigo 25 do Decreto 6.514/2008. [...]”

inexistência da culpa em sentido amplo.⁴⁴⁷⁴⁴⁸ Observa-se, ainda, que, em relação a inexigibilidade de conduta diversa prevista no artigo 22 do CP, a Procuradoria Federal entende que tanto a coação moral irresistível, quanto a obediência hierárquica não podem ser reproduzidas sem ressalvas no âmbito do direito administrativo sancionador. Desse modo, as

⁴⁴⁷ “70. Como apontado acima quanto ao conceito normativo de culpa, são definidos enquanto seus requisitos a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude, de forma que a inexistência desses requisitos implica a inexistência de culpa. 71. Ocorre que, em se tratando de excludentes, o ônus probatório pertence originalmente ao autuado, sem que isso implique em inversão de carga probatória. Isso se deve ao fato de que a lei pressupõe a sanidade mental dos cidadãos (tanto é que determina incidentes como e decisões judiciais/administrativas para seu afastamento como previsto, por exemplo, no art. 160, parágrafo único, da Lei 8.112/90, art. 747 e ss. do CPC e art. 149 e ss. do CPP), sua autodeterminação (art. ° do Código Civil) e o conhecimento das normas (art. 3º da Lindb). 72. Em se tratando de presunções *iuris tantum* a sanidade mental, a liberdade de ação e a consciência da ilicitude dos cidadãos, é consequência lógica e jurídica que seja prova robusta para o seu afastamento. Nesse tom, conforme disposto no artigo 118 do Decreto n. 6.514/08, cabe ao autuado alegá-las e comprová-las, salvo se dessas tenha tomado ciência inequívoca o fiscal ou autoridade, v.g., pessoa com problema mental evidente ou com a capacidade afastada por decisão judicial, quando, poder-se-á discutir a culpa in vigilando do curador. 73. Observe-se, ainda, que, como se apontará no tópico quanto ao concurso de pessoas, aqueles imputáveis que utilizem de inimputável, pessoa em inexigibilidade de conduta diversa ou daquele que age em erro são sujeitos a ter a conduta dessas a si imputada por autoria mediata, respondendo pela infração ambiental. Ademais, é cogitável culpa *in vigilando* do responsável legal quando existente. [...] 78. Quanto à maturidade, a OJN 30/2012/PFE/IBAMA admite a aplicação de penalidade a menores de idades, contudo, essa merece reparo diante da responsabilidade subjetiva para o caso das crianças, definidas pelo ECA enquanto a pessoa até doze anos de idade incompletos (art. 2º, primeira parte, da Lei 8.069/90). Isso porque, embora o ECA preveja que essas possam cometer ato infracional, diferentemente do adolescente, as medidas aplicadas a esses visam apenas à sua exclusiva proteção, sem conteúdo repressivo, uma vez que o artigo 105 do diploma remete exclusivamente às medidas do artigo 101 do Estatuto: ‘Art. 105 do ECA. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.’ [...] 80. Assentado que não se equiparem a imputabilidade penal com a aquela das infrações ambientais administrativas, a inviabilidade de aplicação de penalidades administrativas ambientais para crianças deriva do diálogo das fontes entre o ECA e a Lei n. 9.605/98. A teoria do diálogo das fontes, como ensina Lima Marques, é teoria cunhada por Erik Jayme em seu Curso Geral de Haia de 1995, que aponta que, no direito contemporâneo "com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo." (MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 135-154, p. 135) Tal teoria restou adotada pelo Supremo Tribunal Federal em casos como a ADI 5610, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 08/08/2019. 81. Assim, mediante a aplicação do diálogo das fontes entre o artigo 105 do ECA e o artigos 2º c/c 70 da Lei 9.605/98, verifica-se que, se a criança não é sujeita a regime punitivo sequer pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, recebendo apenas tratamento protetivo, necessariamente há que se reconhecer inimputabilidade administrativa ambiental a essas. [...] 86. Tal ressalva no âmbito do direito ambiental sancionador se mostra fundamental, uma vez que não raro se verificam lesões ao meio ambiente por como forma de contornar-se dificuldades financeiras, sendo, inclusive, essa a principal fundamentação de determinado tipo de infrações. Nesses casos, embora tal situação possa e deva ser considerada para fins de dosimetria da sanção, não é apta a excluir a culpabilidade do agente, uma vez que o artigo 225 da CF reputa que a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado é dever da coletividade. - grifou-se.

⁴⁴⁸ Veja que, conquanto não tenha sido mencionado expressamente no Parecer o alcance do entendimento firmado acerca da aplicação das excludentes de culpabilidade à pessoa jurídica, entende-se que, como decorrência da linha argumentativa de raciocínio desenvolvido, elas devem ser aplicadas independente da natureza, se física ou jurídica, do infrator.

hipóteses de inexigibilidade de conduta podem ser consideradas na dosimetria da sanção, mas não são capazes de excluir a culpabilidade do infrator.

Adicionalmente, o referido Parecer, aplicando a teoria formal-objetiva do concurso de pessoas conjugada com teoria do domínio do fato, oriundas do direito penal, prevê a possibilidade de participação e coautoria na infração ambiental cometida por pessoa física ou jurídica, apontando que, apesar da autonomia do concurso de pessoas em face da responsabilidade subjetiva, há repercussões relevantes da aplicação do reconhecimento da responsabilidade no concurso.⁴⁴⁹

⁴⁴⁹ “92. No direito brasileiro, é majoritária entre a doutrina a teoria formal-objetiva do concurso de pessoas (cf. BATISTA, Nilo. Concurso de Agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 61), segundo a qual o autor é aquele que realiza o tipo (infracional no que interessa ao presente parecer), sendo considerado partícipe aquele que, por meio de instigação ou apoio material, contribuiu causalmente ao delito. 93. Contudo, tendo em vista as críticas a essa posição teórica, especialmente no que diz respeito à autoria mediata, acabou ganhando relevo na doutrina e reconhecimento jurisprudencial, em especial a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (Pleno) da Ação Penal 470, a conhecida teoria do domínio do fato, segundo a qual "Embora o domínio do fato suponha um controle final, 'aspecto subjetivo', não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato" (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal : parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 440). 94. Observe-se, nesse momento, que não se busca esgotar um dos temas mais complexos e discutidos da dogmática jurídica e sim fixar a base teórica suficiente para operacionalizar a justa aplicação de penalidades na esfera administrativa com a segurança jurídica suficiente, pelo que, a seguir, as consequências jurídicas da interação das teorias acima delineadas serão sintetizadas, sem prejuízo que eventuais questionamentos deem origem a consultas futuras da administração. Não serão, por exemplo, delineadas as eventuais restrições da aplicação da teoria do domínio do fato a infrações sob a forma culposa ou que exijam uma condição pessoal. 95. Apenas cabe referir que, conforme o próprio criador da teoria do domínio do fato, Claus Roxin, essa não se aplica a crime omissivos: "Junto a los delitos de dominio, se introduce en esta obra la categoría de los delitos de infracción de deber, en los que (con arreglo a la concepción aquí desarrollada) no es el dominio del hecho lo que fundamenta la autoría, sino la infracción de un deber especial extrapenal" (Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal . 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, 742). 96. Assim, de maneira simplificada, é autor imediato todo aquele que pratica o tipo infracional ou, segundo a teoria do domínio do fato, que possui domínio da ação (GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre o autor e o partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís et. al. Autoria como Domínio do Fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19-46, p. 25). 97. Por sua vez, a autoria mediata, segundo a teoria do domínio do fato, fundamenta-se não no domínio da ação, mas no domínio da vontade. Autor mediato, assim, é aquele que usa outro como seu mero instrumento (GRECO, Luís; LEITE, Alaor. op. cit., p. 26). São casos de domínio da vontade aqueles no qual o autor mediato coage, induz ou aproveita erro de outrem, emprega inimputável ou pessoa amparada por causa excludente de culpabilidade (PRADO, Luis Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019). [...] 109. Ao fim, deve ser mencionado que, embora sob o aspecto material, se verifique a coautoria ou participação, sob o aspecto formal, o auto de infração pode ser individual por autuado, na forma do artigo 28, § 4º, da antiga IN Ibama 10/2012 e atual artigo 15 da IN Conjunta MMA/IBAMA/ICMBIO 02/2020, sendo que, nessa última, há a possibilidade, caso haja viabilidade de sistema, de inclusão de múltiplos autuados.” – grifou-se.

Note-se, por fim, que o Parecer ora analisado, ao adequar a natureza da responsabilidade administrativa ambiental às novas exigências jurisprudenciais, indica a adoção critérios intertemporais de aplicação da nova orientação jurídico-normativa. Diante disso, nos autos de infração julgados sob a égide da OJN n.º 26/2011, uma vez verificados os elementos que indiquem a presença da culpabilidade e da natureza subjetiva da responsabilidade do agente infrator, ainda que não conste expressamente no teor dos autos, deixar-se ia de aplicar as mudanças trazidas pelo Parecer em comento.⁴⁵⁰

Denota-se, portanto, que, após o longo processo de solução jurisprudencial da controvérsia decorrente da natureza subjetiva da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica no âmbito do direito ambiental, a emissão, pela Procuradoria Federal junto ao IBAMA, do Parecer n.º 00004/2020, convertido, em 12/06/2020, na Orientação Jurídica Normativa nº 53/2020, representou um marco significativo no aprimoramento das regras que regem, no Direito brasileiro, o processo administrativo sancionador contra a pessoa jurídica.

Vale ressaltar que, posteriormente à fixação dos procedimentos, parâmetros e critérios de instrução de tais processos administrativos no âmbito do IBAMA, foram editadas as Instruções Normativas Conjuntas MMA, IBAMA e ICMBIO n.º 02/2020, substituída depois pela INC nº 1/2021, as quais não somente revogaram a Instrução Normativa ICMBIO 6/2009, que até então disciplinava a matéria no âmbito da entidade, mas uniformizaram as normas que regem o processo administrativo sancionador ambiental como um todo às exigências

⁴⁵⁰ “110. Inicialmente, como apontado acima, o regime de responsabilidade previsto na OJN n. 26/2011 não dizia respeito à teoria do risco integral, admitindo excludentes como caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiros, fato que aproximava em muito a posição da orientação com aquela da própria responsabilidade subjetiva, o que foi inclusive mencionado na própria OJN n. 26/2011 ao aludir que “Pode-se concluir que a responsabilidade ambiental administrativa insere-se entre a responsabilidade civil objetiva e a responsabilidade penal subjetiva. Assemelha-se e distingue-se de ambas.” [...] 113. Em outras palavras, a adoção da responsabilidade subjetiva das infrações ambientais não significa e nem pode significar que são inválidos os autos de infração/decisões que não apresentem as palavras dolo ou culpa em seu conteúdo. Como apontado acima, o dolo e a culpa são extraídos a partir das circunstâncias objetivas de um fato, sendo, no caso do elemento subjetivo, provado indiretamente. 114. Assim, a aplicação de uma penalidade que descreve, por exemplo, o uso de trator para derrubada de vegetação por um agente sem autorização da autoridade competente indica, evidentemente, conduta, ao menos, culposa. Além disso, a culpabilidade sempre foi um critério de dosimetria das infrações (art. 28, § 4o, da IN Ibama 10/12). 115. Com isso **objetiva-se deixar claro que, embora devam ser analisados sob o prisma da responsabilidade subjetiva, os autos de infração aplicados e julgados sob a vigência da OJN n. 26/2011 não são censurados pela mudança da posição se presentes, ainda que implicitamente, dolo ou culpa do agente.**” grifou-se.

decorrentes da alteração da natureza da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica. A nova norma define o iter processual a ser seguido pela autoridade ambiental e os procedimentos para a ação fiscalizatórias dos órgãos, indicando, ao longo dos dispositivos objetos de análise, a necessidade de se aferir a culpabilidade da pessoa física ou jurídica no processo administrativo sancionador.

Dito isso, note-se que a etapa de constatação da infração e elaboração do auto de infração tem como pressuposto, além da notificação do autuado do teor da infração, a elaboração do relatório de fiscalização descritivo, por meio do qual será descrito o fato potencialmente lesivo, a identificação do autor, o nexo de causalidade entre a situação e a conduta do agente, bem como o registro dos elementos probatórios capazes de demonstrar os elementos do tipo infracional, inclusive todos e quaisquer outros elementos considerados relevantes para a caracterização da responsabilidade administrativa.⁴⁵¹ Destaca-se que o comando normativo estabelece como diretriz expressa a necessidade de constar no ato de fiscalização o registro da sanção cautelar eventualmente aplicada, bem como a indicação dos critérios utilizados para sua aplicação, como também eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes e, necessariamente, todos os elementos que se considerem pertinentes para a comprovação da do elemento subjetivo da conduta. Percebe-se, assim, o cuidado da norma em construir denso arcabouço probatório capaz de subsidiar a atuação da autoridade julgadora e conformar o processo sancionador ambiental as exigências decorrentes do reconhecimento da natureza subjetiva da responsabilidade administrativa. Note-se, ainda, a necessidade de se indicar no Relatório de Fiscalização o elemento subjetivo verificado na conduta do agente.⁴⁵² é previsto logo nos comandos iniciais da norma.

⁴⁵¹ “Art. 14. O relatório de fiscalização, elaborado pelo agente ambiental federal, deverá conter: I - a descrição das circunstâncias que levaram à constatação da infração ambiental e à identificação da autoria; II - o nexo de causalidade entre a situação infracional apurada e a conduta do infrator identificado, comissiva ou omissiva; III - o registro dos meios de prova, evidências materiais, documentais ou testemunhais coletadas, aptos à demonstração das elementares do tipo infracional cometido e à dosimetria da sanção; IV - os critérios e a dosimetria utilizados para a fixação da multa; V - a identificação clara e objetiva do dano ambiental; VI - as circunstâncias agravantes e atenuantes; e VII - todos e quaisquer outros elementos considerados relevantes para a caracterização da responsabilidade administrativa.” - grifou-se.

⁴⁵² “Art. 6º Para os fins desta Instrução Normativa Conjunta, entende-se por: [...] XXI - Relatório de fiscalização: documento administrativo que formaliza a propositura de processo administrativo ambiental sancionatório, de caráter preparatório ou concomitante ao auto de infração, contra o autuado pela prática de infração ambiental, por

Contudo, em que pese as novidades trazidas pela mencionada IN Conjunta, essa não indica os critérios de análise do comportamento da pessoa jurídica, ou seja, de sua culpabilidade, a serem observados pela autoridade julgadora, limitando-se a reproduzir a lógica similar àquela adotada durante a vigência do entendimento anterior, que concedia à autoridade fiscalizadora e julgadora notável discricionariedade na descrição das circunstâncias e na verificação dos elementos subjetivos da empresa infratora. Verifica-se que a norma deixa de versar, inclusive, sobre elementos fundamentais para a aferição da culpabilidade, como a possibilidade de o agente prever o resultado potencialmente lesivo ou ter incidido em hipóteses negligência, imprudência ou imperícia. Ou seja, apesar das adequações normativas realizadas, ao não especificar os critérios objetivos para aferição da culpabilidade da empresa infratora, a Instrução Normativa Conjunta MMA, IBAMA e ICMBIO nº 1/2021 acaba por, de certa forma, manter ainda o difícil cenário de perquirição do dolo ou da culpa em sentido estrito da pessoa jurídica, uma vez que não foram estabelecidos os parâmetros a partir do qual essa deva ser realizada para a caracterização da infração ambiental.

Nada obstante, constata-se, diante de todo o exposto, o esforço inédito empreendido pelos órgãos e entidades federais competentes para aplicar as sanções previstas na Lei de Crimes Ambientais e no Decreto n.º 6.514/2008 para atualizar e adequar as regras que regem o processo administrativo sancionador ambiental ao entendimento firmado no âmbito do STJ acerca da natureza subjetiva da responsabilidade da pessoa jurídica, bem como para consolidar e uniformizar essas regras por meio da Instrução Normativa Conjunta MMA, IBAMA e ICMBIO nº 1/2021.

Por derradeiro, vale trazer à baila a notícia de que tramita na Câmara do Deputados o Projeto de Lei n.º 5.442/2019, de relatoria original dos Deputados Federais Rodrigo Agostinho e Luiz Flávio Gomes e, a partir da Legislatura iniciada em 2023, de Relatoria da Deputada Federal Antônia Lúcia, o qual visa a regulamentar os programas de conformidade

meio do qual o agente ambiental federal relata as evidências de autoria, de materialidade e o nexo causal entre a conduta descrita e o fato típico administrativo imputado ao infrator que incorreu na violação à legislação ambiental, fundamentando a imposição das sanções legalmente previstas, indicando as eventuais circunstâncias, o elemento subjetivo verificado na conduta, atenuantes ou agravantes, devendo, ainda, constar todos os elementos probatórios colhidos e a individualização de objetos, instrumentos e petrechos relacionados à constatada prática da infração ambiental;” - grifou-se.

ambiental no âmbito das pessoas jurídicas que explorem atividade econômica potencialmente lesiva ao meio ambiente. Justificando-se pela necessidade de desenvolvimento de instrumentos que garantam o interesse da coletividade, o referido Projeto busca, em um só tempo, mitigar os riscos ambientais inerentes a atividade das pessoas jurídicas exploradoras de atividade econômica, ao passo que busca reforçar no âmbito das empresas a adoção de medidas preventivas a partir dos programas de conformação ambiental⁴⁵³.

Note-se que, apesar de não dispor sobre a obrigatoriedade da adoção de programas de compliance nas empresas – a não ser para as empresas estatais que exploram atividade econômica – o projeto institui relevantes incentivos para a sua adoção, dentre as quais destacam-se a atenuação de eventuais penalidades aplicadas e, de forma expressa, a vedação de financiamento estatal a pessoas jurídicas que não desenvolvam diretrizes de controle interno. O PL prevê, ainda, a vedação do Poder Público em contratar empresas que deixem de implementar os programas de conformidade ambiental, ressalvados os casos em que a contratação for inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). Para se avaliar a efetividade do programa de compliance, o projeto estabelece um rol de diretrizes estabelecidas a serem seguidas pelas pessoas jurídicas, como objetivos fundamentais do programa a necessidade padrões de conduta éticas e políticas, a periodicidade de treinamentos, o monitoramento dos riscos, bem como eventuais medidas disciplinares a serem aplicadas internamente em razão de eventual violação do programa de conformidade. Nesse sentido, utilizando como parâmetro as normas dispostas no art. 42 do Decreto n. 8.420/2015, que regulamenta os programas de compliance no âmbito da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), o Projeto busca inserir nas Leis 6.938/1981 e 9.605/98 a indispensabilidade de implementação de programas de conformidade ambiental no

⁴⁵³ A redação do referido projeto prevê que: “Art. 3º. A imposição das sanções penais e administrativas previstas na legislação ambiental em vigor, deverá levar em conta a existência de programa de conformidade ambiental efetivo no âmbito da pessoa jurídica punida. Art. 4º. É vedado o fomento estatal à pessoa jurídica que não detenha programa de conformidade ambiental efetivo. § 1º Para os fins do disposto no caput, considera-se como fomento: I – subvenções econômicas; II – financiamentos recebidos de estabelecimentos oficiais públicos de crédito; III – incentivos fiscais; IV – doações. § 2º As disposições do caput não se aplicam às microempresas e empresas de pequeno porte. Art. 5o. É vedada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios contratar pessoa jurídica que não possua programa de conformidade ambiental efetivo, nos termos da presente Lei, quando se tratar de: I – obra e serviço cujo valor do contrato seja superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); II – concessão e permissão de serviço público cujo valor do contrato seja superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); III – parceria público-privada.” – grifou-se.

âmbito das pessoas jurídicas, inclusive empresas estatais, que explorem atividade econômica potencialmente lesiva ao meio ambiente.⁴⁵⁴

5.5 A responsabilização administrativa⁴⁵⁵ da pessoa jurídica na Lei Geral de Proteção de Dados: a previsão de avaliação do comportamento da empresa na dosimetria da sanção a partir da implementação de programas de governança em privacidade

Sancionada em 14 de agosto de 2018, a Lei 13.709 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – dispõe sobre a proteção e o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado. Seu principal objetivo é a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. A LGPD incorpora ao ordenamento jurídico brasileiro, pela primeira vez, um conjunto de normas – regras e princípios – e diversos instrumentos para garantir a proteção de dados pessoais, proporcionando um maior controle aos titulares de seus dados ao assegurar mais transparência e segurança ao longo de toda a cadeia de tratamento.

⁴⁵⁴ Art. 6º. A avaliação da efetividade do programa de conformidade ambiental deverá observar as seguintes diretrizes: I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de conformidade, aplicáveis a todos os empregados e administradores independentemente de cargo ou função exercidos; III – treinamentos periódicos sobre o programa de conformidade; IV – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; V – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de conformidade e fiscalização de seu cumprimento; VI – canais de denúncia de irregularidade, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; VII – medidas disciplinares em caso de violação do programa de conformidade; VIII – procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; IX – monitoramento contínuo do programa de conformidade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; [...] Art. 7º. A avaliação da efetividade dos programas de conformidade ambiental será complementar entre os setores público e privado, a qual contará com duas etapas. I – avaliação e fiscalização periódica por autoridade certificadora independente credenciada; II – fiscalização da avaliação tratada pelo inciso I, a qual ocorrerá apenas em duas hipóteses: a) denúncia fundamentada de violação à legislação ambiental ou ao programa de conformidade; b) fiscalização por sorteio público, que levará em consideração critérios de risco e de magnitude do empreendimento. § 1º Em caso de dano ambiental causado por omissão no dever de avaliação e fiscalização do programa de conformidade, a autoridade certificadora independente responderá solidariamente pelos prejuízos.”

⁴⁵⁵

Para tanto, a LGPD estabelece as consequências jurídicas nas hipóteses em que dados pessoais são tratados em desconformidade com suas disposições. A preocupação com a responsabilização dos agentes de tratamento⁴⁵⁶ – controlador e operador – está fortemente presente na Lei, a qual prevê, dentre outros princípios que regem a proteção de dados, os princípios da segurança, da prevenção, da responsabilização e da prestação de contas, por meio do qual o agente de tratamento deve demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar o cumprimento das normas de proteção e tratamento de dados pessoais.

A LGPD elenca inúmeros deveres de cuidado que devem ser cumpridos pelos agentes de tratamento de dados sob pena de responsabilização, os quais consubstanciam um verdadeiro standard de conduta que deve ser seguido pelos agentes de tratamento de dados. Dentre essas consequências, interessa-nos, para os fins do presente trabalho, a responsabilização civil e administrativa dos agentes de tratamento, na medida em que, como a LGPD não foi explícita ao definir o regime de responsabilidade aplicável nas hipóteses em que se verificar o tratamento de dados pessoais em desconformidade com as regras e princípios fixados, há um grande e controverso debate na doutrina sobre o espaço reservado à culpa no regime de responsabilidade instituído, em especial se as obrigações atribuídas aos agentes de tratamento de dados são de meio ou de resultado e, de forma ainda mais detida, se os incisos do artigo 44 traçam parâmetros de aferição em torno da reprovabilidade da conduta danosa (GUEDES, 2019).

Em termos gerais, nas hipóteses em que houver o tratamento de dados pessoais em desconformidade com a LGPD, os agentes de tratamento poderão estar sujeitos às seguintes penalidades: ações indenizatórias individuais; ações indenizatórias coletivas; sanções administrativas por parte de órgãos de proteção ao consumidor; ou ainda sanções

⁴⁵⁶ Segundo a LGPD, são “agentes de tratamento de dados” o controlador, pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais (art. 5º, VI), e o operador, pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador (art. 5º, VII).

administrativas aplicadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD),⁴⁵⁷ único órgão competente para aplicar as sanções administrativas previstas no art. 52 da LGPD.

No âmbito civil, o artigo 42 da Lei estabelece que “o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo,” prevendo inclusive a possibilidade de responsabilidade solidária entre o controlador e o operador quando este “descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador” (Art. 42, §1º, I).

Nesse cenário, afirma-se também que o uso de redação com conotação negativa presente no caput do art. 43 da LGPD indica a adoção de um sistema de culpa presumida. O dispositivo, ao tratar dos agentes de tratamento, utiliza a expressão “só não serão responsabilizados”. Com base nisso, a doutrina que adota a tese da responsabilidade subjetiva invoca a experiência comparada, especialmente os sistemas normativos da Itália e de Portugal, os quais adotaram previsão de culpa presumida por meio de uma redação bem semelhante à empregada no caput do art. 43 da LGPD.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração; III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II; IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência; V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; VII - (VETADO); VIII - (VETADO); IX - (VETADO). X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

⁴⁵⁸ Nesse sentido, é a lição de Gustavo Tepedino, Aline Terra e Gisela Sampaio: “A redação com conotação negativa (‘só não será responsável quando’), empregada pelo legislador no caput do art. 43 da LGPD, sugere a adoção de um sistema de culpa presumida. No art. 493, ‘2’, do Código Civil português, e no art. 2.050 do Código Civil italiano, o legislador também se valeu de uma redação que parte de uma presunção de culpa. (...) Tanto no sistema português quanto no italiano, se o agente conseguir demonstrar que ‘empregou todas as providências exigidas’ (redação do Código português) ou adotou ‘todas as medidas idôneas a evitar o dano’ (redação do Código italiano), ele se exime do dever de indenizar. Afirma-se, por isso mesmo, que não há nesses sistemas uma cláusula

Já a corrente que defende a tese da responsabilidade objetiva, destaca que o disposto no art. 45 da LGPD, segundo o qual “as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente”, indica a aplicação da responsabilidade civil objetiva do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Isto é, nesses cenários, caso haja um tratamento ilícito de dados pessoais e, conseqüentemente, um dano aos titulares, o dever de indenizar surgirá independentemente da identificação de conduta culposa por parte do agente de tratamento. A controvérsia acerca da natureza jurídica do regime de responsabilidade ficaria restrita, sob essa perspectiva, às situações em que não existe uma relação de consumo entre o titular e os agentes de tratamento. Ocorre que, ao qualificar quais são as rigorosas obrigações dos agentes de tratamento de dados, e, ainda, ao mesmo tempo, traçar parâmetros com alta vagueza normativa para mensurar a reprovabilidade da conduta danosa em relação à proteção de dados, abre-se uma considerável margem interpretativa para que a culpa objetivamente considerada, exerça, ao final, um papel na determinação da responsabilidade civil dos agentes de tratamento.

Em relação à responsabilidade administrativa, por sua vez, a LGPD tampouco definiu a natureza do sistema sancionatório. Essa situação de insegurança jurídica foi agravada pelo fato de a ANPD, ao editar o seu Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador - Resolução CD/ANPD nº 1, em outubro de 2021, cumprindo o determinado pelo artigo 55-J, inciso IV, da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), não ter estabelecido os critérios e parâmetros da dosimetria para aplicação das sanções administrativas previstas no artigo 52 da referida Lei.

geral de risco (cláusula geral de responsabilidade objetiva), mas apenas um sistema intermediário de presunção de culpa. Presume-se a culpa do agente, mas esta pode ser afastada se ele conseguir demonstrar que observou o standard de conduta esperado, empregando medidas idôneas para evitar o dano. A presunção é, portanto, relativa. O art. 43 da LGPD seguiu exatamente esse caminho, preferindo estabelecer um sistema de presunção de culpa, do que adotar o modelo objetivo de responsabilidade e, nesse aspecto, afasta-se completamente do Código de Defesa do Consumidor” (TEPEDINO, TERRA, & GUEDES, 2020). Também em prol do regime da responsabilidade civil subjetiva na LGPD, argumenta-se a existência de risco de criação de microssistemas se houvesse a ausência de necessidade da análise da culpa. Sob essa perspectiva, pode-se considerar que a prescindibilidade da análise de culpa no âmbito dos casos submetidos ao regime de responsabilidade da LGPD representaria a transformação da referida lei em um verdadeiro microssistema, com regras apartadas da lógica do restante do ordenamento jurídico (SAMPAIO, 2019).

Assim, foi apenas com a Resolução CD/ANPD nº 4, de 24 de fevereiro de 2023, a qual estabeleceu o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas, que a ANPD disciplinou o exercício do seu poder sancionador e a aplicação das penalidades previstas na Lei, conferindo centralidade à avaliação do comportamento da empresa, externado pela implementação de política de boas práticas e de governança em privacidade, no cálculo dosimétrico da multa a ser aplicada.⁴⁵⁹ Não obstante a norma também não tenha definido expressamente a natureza da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica por ato lesivo ao direito de proteção a dados pessoais, se objetiva ou subjetiva, sem sombra de dúvidas, adotou abordagem que privilegia a responsabilização subjetiva ao estabelecer uma série de elementos que permitem à autoridade construir inferências sobre a conduta da empresa e, com isso, considerá-la na dosimetria e aplicação das sanções.

Ademais, é importante ressaltar que a ANPD estabeleceu, no referido normativo, outros critérios específicos a serem considerados na definição da sanção, como a gravidade da infração, o porte da organização, a cooperação do infrator, a reincidência genérica – definida, em contraposição à reincidência específica como o cometimento de infração pelo mesmo infrator, independentemente do dispositivo legal ou regulamentar, no período de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado do processo administrativo sancionador até a data do cometimento da nova infração – e a pronta adoção de medidas corretivas.⁴⁶⁰ Tais parâmetros revelam não somente a adoção de uma abordagem regulatória responsiva de *enforcement* por parte da ANPD, mas também a disposição da Agência de efetivamente avaliar, de modo

⁴⁵⁹ A ANPD tem o poder de aplicar as seguintes sanções administrativas, em caso de infração à LGPD: advertência: a ANPD pode advertir a organização infratora, informando sobre a necessidade de adequação às disposições da lei; multa simples: pode ser aplicada uma multa de até 2% do faturamento da empresa no Brasil, limitada ao valor máximo de R\$ 50 milhões por infração; multa diária: a ANPD pode impor multas diárias às organizações que continuarem a cometer a infração mesmo após a aplicação da multa simples; publicização da infração: a ANPD pode tornar pública a infração cometida pela organização, divulgando informações sobre a violação à LGPD; bloqueio dos dados pessoais: a ANPD pode determinar o bloqueio dos dados pessoais relacionados à infração, impedindo a sua utilização pela organização; eliminação dos dados pessoais: a ANPD pode determinar a eliminação dos dados pessoais relacionados à infração, quando necessário.

⁴⁶⁰ “Art. 7º Na definição da sanção, devem ser considerados os seguintes parâmetros e critérios: I - a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados; **II - a boa-fé do infrator**; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a condição econômica do infrator; V - a reincidência específica; VI - a reincidência genérica; VII - o grau do dano, nos termos do Apêndice I deste Regulamento; VIII - a cooperação do infrator; **IX - a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com a LGPD**; **X - a adoção de política de boas práticas e governança**; **XI - a pronta adoção de medidas corretivas**; e XII - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.”

holístico, a postura da empresa como um todo e não apenas em relação ao cometimento da infração objeto do processo sancionador. (IRAMINA, 2020).⁴⁶¹

Nesse sentido, a LGPD conferiu, nos termos do seu art. 52, IX,⁴⁶² uma especial importância ao estabelecimento de regras de boas práticas e governança que estabeleçam, entre outras medidas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos no tratamento de dados pessoais, bem como a implementação de programas de governança em privacidade,

⁴⁶¹ As sanções aplicáveis podem ser: leve, quando não incorrer nas hipóteses classificadas como média ou grave; média, quando a atividade afetar os direitos fundamentais dos titulares, impedindo ou limitando o exercício de direitos ou utilização de serviço, assim como quando ocasionar danos materiais ou morais aos titulares, desde que não seja classificada como grave; e grave, sempre que constituir obstrução à atividade de fiscalização ou envolver as hipóteses classificadas como natureza média, cumulativamente, com pelo menos uma das situações previstas no artigo 8º, §3º, inciso I da referida Resolução. A ANPD também pode aplicar ao infrator a sanção de bloqueio dos dados pessoais, a de eliminação dos dados pessoais, ou seja, a exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado, a sanção de suspensão parcial do funcionamento do banco de dados e a sanção de suspensão ou proibição do exercício de atividade de tratamento dos dados pessoais, a qual consiste no impedimento parcial ou total das operações quando houver reincidência em infração punida com suspensão parcial, ocorrer tratamento de dados pessoais com fins ilícitos, ou sem amparo em hipótese legal; ou o infrator perder ou não atender as condições técnicas e operacionais para manter o adequado tratamento de dados pessoais.

⁴⁶² Eis o teor: “Das Boas Práticas e da Governança - Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular **regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.** § 1º Ao estabelecer regras de boas práticas, o controlador e o operador levarão em consideração, em relação ao tratamento e aos dados, a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento de dados do titular. § 2º Na aplicação dos princípios indicados nos incisos VII e VIII do caput do art. 6º desta Lei, o controlador, **observados a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados, poderá:** I - **implementar programa de governança em privacidade** que, no mínimo: a) demonstre o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais; b) seja aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo como se realizou sua coleta; c) seja adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados; d) estabeleça políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade; e) tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular; f) esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos; g) conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e h) seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas; II - demonstrar a efetividade de seu programa de governança em privacidade quando apropriado e, em especial, a pedido da autoridade nacional ou de outra entidade responsável por promover o cumprimento de boas práticas ou códigos de conduta, os quais, de forma independente, promovam o cumprimento desta Lei. § 3º As regras de boas práticas e de governança deverão ser publicadas e atualizadas periodicamente e poderão ser reconhecidas e divulgadas pela autoridade nacional. Art. 51. A autoridade nacional estimulará a adoção de padrões técnicos que facilitem o controle pelos titulares dos seus dados pessoais”.

que, no mínimo, demonstrem o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais; seja aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo como se realizou sua coleta; seja adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados; estabeleça políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade; tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular; esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos; conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas.

Observa-se do exposto que a LGPD prevê competir à pessoa jurídica demonstrar a efetividade de seu programa de governança em privacidade quando apropriado e, em especial, a pedido da Agência ou de outra entidade responsável por promover o cumprimento de boas práticas ou códigos de conduta, os quais, de forma independente, promovam o cumprimento da Lei, estabelecendo, ainda, que as regras de boas práticas e de governança deverão ser publicadas e atualizadas periodicamente e poderão ser reconhecidas e divulgadas pela autoridade nacional.

Desse modo, não obstante não tenha sido prevista na LGPD a natureza da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica por ato lesivo ao direito de proteção a dados pessoais, a Lei, sem sombra de dúvidas, adotou abordagem que privilegia a responsabilização subjetiva ao estabelecer uma série de elementos que permitem à autoridade construir inferências sobre a conduta da empresa e, com isso, considerá-la na dosimetria e aplicação das sanções.

Nesse sentido, observa-se que, partindo do reconhecimento da necessidade de se conferir maior protagonismo ao sujeito objeto da regulação, a LGPD alinha-se às diretrizes da Teoria Responsiva ao parametrizar a função sancionatória do novo marco legal, notadamente, naquilo que importa ao presente trabalho, na previsão expressa de avaliação do comportamento

da empresa, ainda que de forma indireta, a partir da consideração da implementação da política de boas práticas e governança como critério atenuante da sanção na dosimetria da sanção.⁴⁶³

Nesse sentido, observa-se que o modelo regulatório do processo administrativo sancionador adotado pela ANPD está premissa do modelo baseado na teoria da regulação responsiva para direcionar suas ações e agir de forma proporcional ao comportamento das entidades reguladas e aos riscos envolvidos, de modo que o modelo responsivo adotado busca estabelecer uma relação dinâmica e flexível entre o órgão regulador e as entidades reguladas. Assim, em vez de adotar uma abordagem rígida e punitiva, a LGPD, ao dispor sobre o processo de sanção por infrações às normas de proteção de dados, busca graduar sua atuação de acordo com o comportamento das organizações em relação à proteção de dados e a gravidade dos riscos envolvidos.

A adoção de tal modelo preventivo permite que a ANPD atue de maneira proporcional, reconhecendo as diferenças nas práticas e nos níveis de conformidade das organizações, alternando desde medidas educativas e de orientação até a aplicação de sanções administrativas, de acordo com a conduta e a gravidade das infrações cometidas pelas entidades reguladas.

⁴⁶³ Para melhor compreensão da construção e da adoção do modelo regulatório previsto na LGPD, recomenda-se a leitura do Relatório de Análise de Impacto Regulatório, disponível em: [https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2022-06-30_air_reg_dosimetria .pdf](https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2022-06-30_air_reg_dosimetria.pdf). No referido instrumento de análise técnica, estão presentes os debates que culminaram na adoção do modelo de regulação responsiva, bem como as metodologias orientadoras do cálculo do valor-base das sanções de multa, a serem previamente publicadas para ciência dos agentes de tratamento, e a fundamentação detalhada de todos os seus elementos, demonstrando a observância dos critérios previstos na Lei Geral de Proteção de Dados.

6. ENDEREÇANDO O PROBLEMA E ORGANIZANDO O CAOS: PROPOSTA PARA CONFERIR ABORDAGEM UNIFORME E RACIONALIDADE AO TEMA DA AVALIAÇÃO DO COMPORTAMENTO DA EMPRESA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO

Conforme evidenciado no capítulo anterior, ao longo do percurso histórico brasileiro de construção da dogmática referente à responsabilização administrativa da pessoa jurídica, prevaleceu a regra da imputação objetiva da culpa, bastando, para tanto, a simples existência do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o fato causador e o dano existente.

Com efeito, a partir da análise das regras setoriais que disciplinam o processo administrativo sancionador da pessoa jurídica nos diversos ramos do Direito pátrio – consumerista, licitatória e administrativa contratual, regulatória, tributária, financeira, anticorrupção, ambiental e de proteção de dados, observou-se claramente a predileção do legislador, da doutrina e da jurisprudência pelo modelo de imputação objetiva de responsabilidade administrativa, mesmo que, mais recentemente, tenham sido observados avanços em algumas áreas para se considerar a avaliação do comportamento da empresa na dosimetria da sanção, como no caso da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), da Lei nº 13.506/2017 (que dispõe sobre o processo sancionador no âmbito do Bacen e da CVM) e da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), as quais adotam modelo que denominamos neste trabalho de responsabilidade administrativa objetiva mitigada por admitir que a culpabilidade da empresa será, de alguma forma, valorada pela Administração Pública como critério atenuante da sanção.

Não obstante, todavia, essa tendência identificada de flexibilização da clássica responsabilidade administrativa objetiva em legislações mais recentes, e sem embargo, inclusive, da movimentação apontada nos regulamentos internos e decisões em processos sancionadores das agências reguladoras e do CADE, bem como da relevância da substancial

alteração ocorrida na jurisprudência do STJ em relação à responsabilidade administrativa ambiental – a qual, em 2019, passou a reconhecer o caráter subjetivo da culpa da pessoa jurídica, exigindo a verificação da culpabilidade como elemento configurador do próprio ilícito e pressuposto, portanto, da imputação em si da responsabilidade – o fato é que o processo administrativo sancionador brasileiro de responsabilização do ente coletivo continua padecendo de uma absoluta antinomia, desconsiderando o fato de que o *jus puniendi* do Estado é uno e indivisível, ainda mais se tratando da mesma esfera administrativa, e que o sujeito cujo comportamento se quer regular por meio da sanção também é o mesmo.

Ademais, além da falta de coesão sistêmica das regras que disciplinam a imputação objetiva de culpa à pessoa jurídica nos processos administrativos sancionadores, evidenciou-se, também, nos casos em que o comportamento corporativo já é de alguma forma objeto de valoração nos referidos processos, a inexistência, em quase a totalidade dos casos – com exceção da seara anticorrupção – de parâmetros mínimos e critérios objetivamente aferíveis de avaliação dos programas de compliance ou de outras medidas de controle e gestão de riscos implementados pela empresa.

Nesse sentido, o que se observa é que essa desarmonia entre os sistemas de persecução administrativa compromete não somente a previsibilidade e segurança jurídica dos processos sancionadores, mas, principalmente, afeta diretamente a capacidade do modelo regulatório de funcionar como indutor da conformação de condutas e da adoção de comportamentos empresariais responsáveis, que, inclusive, possam ir além da conformidade (*beyond compliance*).

Ora, consoante demonstrado no curso deste trabalho, sem que a atuação estatal seja responsiva aos múltiplos perfis e posturas das mais distintas empresas, inseridas nas mais diversas circunstâncias, os instrumentos regulatórios de dissuasão e prevenção de delitos empresariais serão ineficazes no seu papel de conformação do comportamento corporativo. Ou seja, sem que esse seja, no caso concreto, levado em consideração e valorado em perspectiva, e não apenas com base no desvio de conduta apurado, o principal objetivo do processo sancionador – qual seja, atuar, instrumentalmente, nos termos do quanto argumentado no

primeiro capítulo desta tese, na dissuasão de infrações e na consecução dos objetivos regulatórios – não surtirá os efeitos esperados na conformação da conduta da pessoa jurídica.

Em outras palavras, mostrar-se-á inócuo todo o esforço teórico e acadêmico de se reconhecer a existência de uma sociedade de risco que demanda seja atribuída às corporações a corresponsabilidade pela autorregulação e pela prevenção, inclusive abstrata, dos riscos e danos decorrentes de suas atividades, assim como, da mesma forma, revelar-se-á ineficaz todo o movimento de imputação de responsabilidade à pessoa jurídica e de estímulo à implementação de medidas permanentes de controle e vigilância por parte das empresas, se a verificação de sua conduta, em toda a sua abrangência, não ocorrer no âmbito dos processos sancionadores.

Isso porque, conforme argumentar-se-á a seguir, deduzindo-se que o modelo regulatório responsivo reputa-se mais exitoso na conformação de condutas e na indução de comportamentos proativos que possam, inclusive, ir além do compliance – especialmente quando se trata da regulação de condutas empresariais – a avaliação da culpabilidade da pessoa jurídica nos processos administrativos sancionadores assume papel determinante, mais do que como garantia de observância aos princípios constitucionais que regulam o exercício do poder punitivo estatal, como medida indispensável de valoração do comportamento corporativo que permite ao Estado fornecer, no caso concreto, a resposta regulatória mais adequada, que pode, ou não, ser a sanção.

Nessa esteira, entende-se não ser juridicamente apropriado, do ponto de vista regulatório, que, em um cenário de crise do Estado regulador, no qual os clássicos métodos regulatórios “estadocêntricos” são colocados em xeque e cada vez mais novas formas de regulação em rede – com a participação de diversos stakeholders no processo de motivação e monitoramento de condutas – e de autorregulação regulada por parte de setores econômicos e por parte das próprias empresas, o desenho regulatório de conformação do comportamento corporativo continue a encarar a sanção como instrumento privilegiado de *enforcement* e a desconsiderar a culpabilidade da pessoa jurídica como elemento configurador do delito, negando o fato de que a conduta das empresas, assim como a dos indivíduos, também é

influenciada por fatores intrínsecos e extrínsecos à organização, os quais motivam, moldam e determinam a sua postura nos diferentes contextos.

Frise-se que não se trata, consoante sobejamente arguido neste trabalho, de afrouxar a regulação. A punição por meio de sanções permanece como estratégia regulatória permanente. Apenas, defende-se que a penalização deve residir em espaço subsidiário, quando o descumprimento regulatório tiver gerado efeitos negativos de larga escala ou nas hipóteses de descumprimento contumaz – demonstrando que as tratativas de persuasão, indução ou estímulo falharam. Em suma, há uma reorientação do pêndulo regulatório: em vez de uma modelagem exclusivamente focada na regulação estatal, parte do peso da Administração Pública é redistribuído aos demais atores desse processo. Ao Estado incumbe a tarefa de modelar a engrenagem regulatória corretamente para induzir os particulares a agirem de maneira virtuosa, em busca de condutas empresariais responsáveis.

6.1 A avaliação da culpabilidade da pessoa jurídica nos processos administrativos sancionadores como medida regulatória de dissuasão e enfrentamento do ilícito corporativo: as lições da criminologia econômica

A criminologia econômica dedica-se ao estudo, conforme se viu no capítulo 1 desta tese, dos fatores que ensejam a criminalidade corporativa, contribuindo para a compreensão das causas que levam à conduta desviante de entes coletivos e, conseqüentemente, para a formulação de estratégias regulatórias e políticas criminais que lidam com esse problema.

Nos primórdios do direito penal, os estudos clássicos da criminologia econômica produziram o modelo de comando e controle baseado na dissuasão, o qual, fundamentado na ideia de que os atores são racionais e verdadeiras “calculadoras amorais”, teve seu ápice com a publicação do trabalho de Gary S. Becker, em 1968, que formulou a teoria segundo a qual a obediência à lei está condicionada à combinação ótima entre gravidade da sanção e probabilidade de detecção (SHECAIRA, 2012).

Ao longo das últimas décadas, todavia, essa abordagem tem sido cada vez mais criticada e contraposta,⁴⁶⁴ inclusive por pesquisas empíricas que apontam que a racionalidade não é suficiente para explicar e ensejar a conformidade, uma vez que outros fatores, além da equação custo-benefício, influenciam os processos decisórios no ambiente de negócios (ODED, 2013).⁴⁶⁵

Com efeito, segundo os estudos da criminologia econômica, o comportamento ético na empresa, e com ele a propensão ao cumprimento do dever, remonta a dimensões muito mais complexas do comportamento humano, que envolvem desde a configuração psicológica da subjetividade das pessoas, passando pela construção da personalidade das organizações empresariais. Afinal, consoante também demonstrado anteriormente, o ambiente corporativo exerce influência determinante na prática de condutas criminosas por parte de seus agentes. A exigência e a pressão constante pelo atingimento de metas, obtenção de lucros, redução de gastos leva profissionais que, isoladamente, nunca cometeriam qualquer crime, a incorrer em atos ilícitos movidos por um espírito criminoso coletivo que se molda às diretrizes da empresa e é responsável em criar uma sensação de normalidade em face das ações delitivas. Nesse

⁴⁶⁴ Uma das críticas mais poderosas à abordagem de fiscalização baseada na dissuasão diz respeito aos elevados custos sociais envolvidos na sua aplicação. Uma vez que a abordagem baseada na dissuasão procura coagir o cumprimento através de sanções a violações regulatórias, ela é conflituosa por natureza. Como tal, a abordagem de dissuasão apoia um jogo de “gato e rato” entre os responsáveis pela aplicação da lei e os regulados. Os reguladores investem os seus recursos na perseguição de potenciais infratores, enquanto os infratores investem na minimização da sua responsabilidade esperada. Outra linha de crítica à abordagem de fiscalização baseada na dissuasão está relacionada com o impacto de rotinas rigorosas de fiscalização na mentalidade e atitude de um sujeito regulado. Essa crítica se apoia na Teoria da Avaliação Cognitiva, segundo a qual a percepção das pessoas sobre a sua competência e autonomia é vital para a sua motivação intrínseca para agir. Como resultado, esse sistema rigoroso e intransigente de comando e controle pode fazer com que as leis percam a sua legitimidade e produzam um comportamento oposto àquele que é esperado, reduzindo o nível de conformidade (ODED, 2013). Além disso, autores criticam o fato de que uma análise puramente econômica da responsabilidade corporativa exclui a noção de responsabilidade ética e social da empresa ao enfatizar apenas os incentivos financeiros (FISSE & BRAITHWAITE, 1993).

⁴⁶⁵ As duas principais escolas de pensamento que procuram explicar o *law enforcement* e analisam sua aplicação no âmbito regulatório são a *deterrence theory* (teoria da prevenção), vista acima, que foi aceita pela doutrina da escola econômica do direito como o teorema fundamental entre o crime e a punição, e o *cooperative enforcement*, que é a alternativa à primeira teoria. A questão é que, para serem socialmente válidas, as regulações (ou normas) precisam ser cumpridas. Em razão disso, seu valor depende da existência de uma política de *enforcement* que garanta sua implementação, de modo a induzir a obediência nos regulados. Enquanto o enfoque preventivo utiliza uma estratégia de confrontação, onde a coerção opera por meio da ameaça de sanções, o modelo cooperativo estimula o compliance através da governança corporativa, da barganha e de métodos de persuasão. De fato, em muitos casos as pessoas cumprem a lei mesmo quando um cálculo racional conduziria à postura oposta, ou seja, mesmo quando a probabilidade de sanções for baixa. Assim, os *behavioral scholars* sugerem que as decisões dos atores de compliance não deveriam ser avaliadas meramente de acordo com o receio da punição. Ao contrário, atitudes pessoais e obrigações morais devem ser levadas em conta quando se pretende entender as escolhas do comportamento (ODED, 2013).

cenário, o descumprimento de normas dentro das empresas é favorecido por um ambiente de erosão normativa e por técnicas de neutralização⁴⁶⁶ que justificam o comportamento delitivo, fenômenos analisados pela criminologia dentro do que se denomina de “dinâmicas psico-sociológicas” (DIAS & ANDRADE, 2013).

Desse modo, mostra-se indispensável conhecer as condições objetivas em que se realiza o comportamento ético, o juízo moral sobre os atores e suas motivações intrínsecas e extrínsecas para adoção de determinadas condutas a fim de que possam ser desenvolvidas estratégias mais adequadas e soluções inovadoras para a estruturação de ferramentas de indução da ética e de conformação do comportamento corporativo, que façam com que as próprias empresas instituem mecanismos de controle da sua atividade empresarial (SAAD-DINIZ E. , 2019, p. 37).⁴⁶⁷

Reconhecendo a necessidade de se alcançar o equilíbrio certo entre políticas regulatórias dissuasivas e políticas baseadas na cooperação, estudos contemporâneos de

⁴⁶⁶ As principais técnicas de neutralização apontadas pela doutrina são: a) negação da responsabilidade: o agente que praticou o crime nega a sua relação com os fatos, atribuindo a culpa a fatores irresistíveis; b) negação do dano: o agente mostra-se convencido da neutralidade de sua conduta, principalmente, em instituições como as empresas ou órgãos públicos; c) negação da vítima: quando o agente desconhece o status de pessoa humana da vítima; d) condenação dos condenadores: quando o agente desvia o foco de sua conduta sob a justificativa de que todos cometem os mesmos atos; e) apelo a lealdades superiores: o agente age movido por normas pré-existentes em um pequeno grupo social, do qual pertence, em detrimento das normas sociais (DIAS & ANDRADE, 2013).

⁴⁶⁷ Ao proceder à revisão histórica do comportamento ético no ambiente empresarial, o Professor Eduardo Saad-Diniz, valendo-se da tese do controle social do negócio, de John Maurice Clark, escrita ainda em 1939, a qual importa as ideias das ciências econômicas ao interpretar o negócio como uma instituição social, inscrita no cerne da vida econômica e das interações entre as pessoas e a comunidade, ensina que é essa teoria que cria as condições para o desenvolvimento do controle da liberdade de ação econômica ao desenvolver as primeiras iniciativas de regulação do abuso no âmbito corporativo e de estímulo à postura colaborativa. Isso porque o controle social do negócio introduz a ideia da adequação do negócio a um modelo de conformidade às regras de mercado e confiança entre os competidores. Embora esse controle seja essencialmente coercitivo, ele se justifica ‘porque houve falha na cooperação em acordos voluntários para ganho mútuo’, funcionando, pois, a serviço da sociedade, como o estabilizador da confiança na regras de mercado. Todavia, a abordagem regulatória nesse momento voltava-se ao propósito de incrementar a performance empresarial, evitando intervenções na liberdade de ação empresarial que pudessem fragilizar as estruturas de mercado ou representar perdas comerciais ou de posição estratégica de dominância no mercado (SAAD-DINIZ E. , 2019, p. 20). Considerando que as estratégias de controle social do negócio requerem uma combinação mais sofisticada entre os métodos coercitivos e colaborativos de indução do comportamento ético corporativo, Christine Parker sugere a abertura das empresas à participação de terceiros nesse processo de controle, de tal modo que as empresas sejam consideradas “cidadãs corporativas socialmente responsáveis.” Nesse contexto, os sistemas de autorregulação e os programas de compliance assumem importante papel no desenvolvimento de soluções mais satisfatórias ao problema do controle e *accountability* do poder corporativo e se mostram mais eficazes do que os modelos tradicionais de comando e controle (PARKER C. , 2002).

criminologia econômica tem se dedicado, portanto, a traçar diretrizes para a formulação de políticas criminais que induzam a ética e o compliance corporativo proativo (ODED, 2013), pois há muito que se avançar no exame das convergências entre o pensamento criminológico e a ética negocial, a fim de se compreender de forma mais profunda as motivações do comportamento corporativo delitivo para que se possa extrair uma concepção das formas jurídicas menos arraigadas à mentalidade coercitiva e mais voltadas à estruturação de postura cooperativa, reservando-se a intimidação e os mecanismos sancionatórios ao comportamento corporativo socialmente danoso (SAAD-DINIZ E. , 2019, p. 20).

Nesse contexto, ganha proeminência na criminologia, os estudos de John Braithwaite, Ian Aries e Brent Fisse que introduzem no direito penal econômicos as teorias da autorregulação regulada (*enforced self-regulation*) como nova estratégia de controle dos crimes corporativos, da vergonha reintegrativa (*reintegrative shaming*) e da Justiça Restaurativa,⁴⁶⁸ como ferramentas potencializadoras da autorregulação, do tripartismo⁴⁶⁹, *accountability* e pluralismo regulatório como sistemas de controle social da empresa complementares ao sistema

⁴⁶⁸ “A justiça restaurativa é uma forma relacional de justiça que seleciona estratégias de prevenção de problemas que capacitam as partes interessadas, colocando o problema no centro de um círculo de deliberação, em vez de colocar a pessoa supostamente responsável por ela no banco dos réus.” (BRAITHWAITE, 2006, p. 1). A ideia de Justiça Restaurativa é que confere o dinamismo e flexibilidade que caracterizam a Regulação Responsiva, pois abre a possibilidade de retorno à base da pirâmide quando o agente corrige as condutas irregulares cometidas. Ao mesmo tempo, a tese da vergonha reintegrativa é a de que as taxas de crime são menores quando a própria comunidade atua como controladora de sua repressão, em que há um envolvimento moral de todos os seus membros em envergonhar o criminoso. O controle social moral seria, portanto, mais efetivo que o controle social repressivo: este seria uma forma de coagir o sujeito ao cumprimento da lei; enquanto aquele guiaria a escolha do sujeito por desejar o cumprimento.

⁴⁶⁹ O tripartismo é um processo em que grupos de interesse público relevantes – GIPs (PIGs em inglês, *public interest groups*), como agentes reguladores não estatais (organizações não governamentais, associações industriais, firmas de auditoria, organizações internacionais etc.) tornam-se o terceiro ator de pleno direito no jogo da regulação. O tripartismo como política regulatória, que convoca todos os interessados a dialogarem com os sujeitos regulados e a os pressionarem para a conformidade, promove a participação dos GIPs de três maneiras: i) acesso a todas as informações disponíveis para o regulador aos membros do GIP; ii) assento na mesa de negociação com as empresas e o regulador quando da discussão acerca das decisões a serem implementadas; e iii) poder de processar como regulador (AYRES E BRAITHWAITE, 1992, p. 58). Nessa visão, em vez de ter-se um regulador estatal com a capacidade limitada escalonando a intervenção estatal, ou seja, passando para punições cada vez mais intervencionistas, pode-se escalar a regulação em torno de uma rede de regulação (*network regulation*) composta por terceiros que atuam como parceiros com objetivo de pressionar a atuação da empresa - por meio de ações de *naming & shaming*, o que pode ser fundamental em países em desenvolvimento que não dispõem de recursos suficientes para garantir adequada atuação do Estado regulador. Por isso, segundo o autor, os países em desenvolvimento deveriam pular a era do estado regulador e passar direto para era da sociedade reguladora da governança em rede. Para enfrentar os déficits de capacidade estrutural de se tornarem reguladores responsivos, os países deveriam escalar menos em termos intervenção estatal e mais em cooperação com reguladores não estatais, pois a rede de governança responsiva mostra-se um caminho para solucionar o problema de *enforcement* de economias em desenvolvimento (BRAITHWAITE J. , 2006, pp. 890-891) (BRAITHWAITE J. , 2011).

de justiça penal, e da regulação responsiva, com sua respectiva pirâmide regulatória, que busca resolver o paradoxo regulatório entre coerção e cooperação, propondo que sejam reservados mecanismos formais mais intensivos e até incapacitantes de controle e sanção às condutas concentradas no topo e aos atores irracionais⁴⁷⁰ (BRAITHWAITE J. , 1982); (BRAITHWAITE J. , 1989); (BRAITHWAITE & AYRES, 1992); (FISSE & BRAITHWAITE, 1993); (BRAITHWAITE & MAKKAI, 1994).

À vista disso, os programas de compliance assumem especial relevância na difícil tarefa de assegurar que o comportamento corporativo seja, de fato, a expressão de uma cultura de ética e integridade. Analisar os limites entre coerção e cooperação pode oferecer aos programas de compliance os domínios do comportamento ético e da avaliação de maturidade dos controles. Assim, o controle social do negócio encoraja o comportamento cooperativo na exata medida em que revê suas estratégias coercitivas, conferindo também ao setor privado a responsabilidade pelo controle da criminalidade corporativa e à sociedade civil a incumbência de supervisionar esse processo. Por isso, os programas de compliance devem ser vistos não apenas como instrumento de prevenção de práticas delitivas, mas como elemento central no

⁴⁷⁰ Deve-se lembrar que a teoria responsiva parte da premissa de que existem variadas motivações para compliance por parte dos atores regulados (BRAITHWAITE J. , 1985). Haverá agentes que apenas cumprirão as normas quando o comportamento desejado corresponder à escolha economicamente racional (atores racionais), e, também aqueles agentes que cumprirão as normas porque imbuídos do sentimento de responsabilidade social (atores virtuosos). Por outro lado, haverá agentes que não conseguirão cumprir a norma em virtude de incompetência ou de irracionalidade. Normalmente, a persuasão falha quando o regulado é um ator racional, porque ele ponderará os custos de *enforcement* comparados com os ganhos de infringência da norma. Nesses casos, a escalada progressiva da pirâmide irá provavelmente levar os agentes a um ponto em que seja racional agir com conformidade (BRAITHWAITE, 2006, p. 857). Porém, estratégias baseadas majoritariamente em punições eliminarão a boa vontade de atores motivados pelo sentimento de responsabilidade social (BRAITHWAITE, 1985). Desse modo, cada um desses perfis reclama a existência de regimes jurídicos diferenciados, a serem aplicados dinamicamente em resposta ao comportamento dos regulados. Na pirâmide, a autorregulação encontra-se topologicamente na base porque a probabilidade de atingimento dos escopos da política regulatória é maior se estabelecida uma dinâmica capaz de atribuir aos agentes maior discricionariedade e responsabilidade no desenvolvimento de suas estratégias. No ponto intermediário²⁸, é idealizada a autorregulação imposta (*enforced self-regulation*), na qual os agentes são compelidos a normatizarem um plano de atuação de acordo com as peculiaridades da firma, mediante ratificação pelo regulador. No topo da pirâmide, situam-se as estratégias de comando e controle, havendo regimes punitivos baseados em discricionariedade (*command regulation with discretionary punishment*) e regimes não discricionários (*command regulation with non discretionary punishment*) (BRAITHWAITE & AYRES, 1992, pp. 38-40). Assim, o regulador deve iniciar com a persuasão, independentemente da gravidade da conduta ou dos riscos criados pelos regulados. Isso porque o processo regulatório deve partir da presunção de que o agente é um ator virtuoso (BRAITHWAITE J. , 2002, p. 32) que, por conseguinte, cumprirá com as regras por estratégias de diálogo e se tiver capacidade para fazê-lo (*restorative justice*). Se os esforços de colaboração falharem, muda-se a presunção, devendo o agente ser tratado como um ator racional, iniciando-se, portanto, os regimes punitivos (*deterrence*). Nesse caso, o regulador deve escalar a pirâmide gradualmente em termos de severidade de punição. Porém, se os métodos coercitivos falharem, a questão passa a ser de incompetência ou de irracionalidade, cabendo a incapacitação do agente (*incapacitation*).

desenvolvimento efetivo da ética negocial no ambiente empresarial (SAAD-DINIZ E. , 2019, p. 56).⁴⁷¹

Para tanto, mostra-se indispensável que a autenticidade e efetividade dos programas de compliance sejam efetivamente mensuradas⁴⁷² e que os programas de *compliance* sejam avaliados para além da reprodução abstrata do *ethos* econômico ou das justificações morais que se impõem ao comportamento empresarial, de modo que não se configure o que Laufer denomina de ausência de indignação moral em relação ao comportamento corporativo socialmente danoso (LAUFER W. , 2014), que pode resultar, na prática, em desincentivos para as empresas implementarem os programas, no que ele chamou de enigma da conformidade (LAUFER W. S., 2017) e de compliance game, o jogo entre reguladores e regulados (LAUFER, 2015).⁴⁷³

⁴⁷¹ Segundo Edward Freeman, a ética não se reduz à postura principialista tão comum à prateleira de “missões e valores” dos programas de compliance, como se fossem uma nuvem de valores a pairar sobre os negócios, sem repercutir na tomada de decisão das organizações empresariais; antes disso, é prática real, a ética negocial se expressa a partir das decisões concretamente tomadas no cotidiano empresarial. Ética é ética em relação específica com algo. Daí porque o autor formula a sua crítica acerca a visão de uma “ética negocial como oxímoro”, ao sustentar que a maior parte das abordagens da ética expressam orientações normativas que não se concretizam nas práticas corporativas (FREEMAN, 2010).

⁴⁷² A partir destas teses centrais, Laufer especializou a forma como se observa a criminalidade corporativa. Se o comportamento corporativo socialmente danoso está presente na sociedade moderna de forma contínua e é indissociável de seu desenvolvimento, o que resulta em escândalos corporativos cíclicos, o mais importante não é o apego ao referencial teórico, mas sim a compreensão de sua atuação concreta no sistema de justiça criminal e de como as políticas de *enforcement* agem sobre as corporações (LAUFER W. , 2006, p. 129) Laufer (2006, p. 129).

⁴⁷³ Laufer dá o nome de enigma da conformidade aos desincentivos que as autoridades fiscalizadoras e reguladoras oferecem à autorregulação empresarial: “(...) um ‘enigma da conformidade’, argumenta-se, mina os compromissos corporativos com a ciência, tecnologia, cooperação e medidas mais eficazes de conformidade. Este enigma reflete um conflito profundamente enraizado nas empresas sobre como diligentemente identificar desvios, reconhecer a inevitabilidade de uma taxa básica de irregularidades, honrar os requisitos de divulgação e, ao mesmo tempo, evitar a responsabilidade da entidade (LAUFER W. S., 2017). Este enigma facilita um “jogo de conformidade”, um status quo regulatório em que os intervenientes empresariais e governamentais se aplacam mutuamente com despesas de conformidade e um resultado que muitas vezes tem pouco a ver com a garantia da conformidade. Este jogo é marcado por desincentivos para as empresas levarem a sério a medição da conformidade, e uma regulamentação letargia para recorrer e exigir qualquer coisa que se assemelhe a uma ciência de conformidade. Este jogo é lucrativo para muitas partes interessadas, incluindo uma legião cada vez maior de profissionais que atuam na área de conformidade.” Por isso Laufer ressalta que, apesar do jogo de compliance, há de se considerar ainda os interesses e a parcela de “culpa” das organizações. Não se poderia responsabilizar apenas o Estado pela ineficiência regulatória e persecutória dos crimes corporativos, é do interesse das empresas que o jogo seja jogado dessa forma – podendo dizer que as empresas também seriam cúmplices em manter essa suposta parceria como ela é. Nesse jogo, o interesse das empresas é de que não haja afetação nos seus negócios, aceitando assim que eventuais acusações sejam resolvidas por acordos, mantendo o equilíbrio regulatório. Ou seja, raramente as autoridades responsabilizam os grandes líderes empresariais envolvidos, acabando que muitas vezes as empresas de pequeno porte têm maiores chances de serem responsabilizadas – sofrendo maiores impactos nos seus negócios

Por isso, é preciso formular políticas regulatórias que integrem uma combinação de estratégias (GUNNINGHAM & GRABOSKY, 1998), induzam de forma eficiente a conformidade corporativa proativa das empresas (ODED, 2013) e encorajem comportamentos positivos dos regulados. Assim, uma pirâmide baseada em incentivos (*pyramid of supports*), que impulse a boa conduta, deve ser colocada lado a lado da pirâmide de sanções (*strengths-based pyramid*). Por esse viés, o regulador deve estar atento às performances dos atores, avaliando os seus pontos fortes e procurando expandi-los (BRAITHWAITE, MAKKAI, & BRATHWAITE, 2007).

6.2 A avaliação da culpabilidade da pessoa jurídica nos processos administrativos sancionadores como garantia de direitos, mas, principalmente, como imperativo para a adequada regulação responsiva do comportamento corporativo

Conforme demonstrado no capítulo 4 desta tese, embora ainda exista grande controvérsia a respeito da transposição dos princípios constitucionais do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador – que se baseia em grande medida nas supostas peculiaridades dos processos que envolvem a Administração Pública, as quais exigiriam a elaboração de institutos próprios a esse ramo jurídico, como o da culpabilidade – em relação ao processamento e sanção da pessoa jurídica na esfera administrativa, a posição doutrinária e jurisprudencial majoritária fixou-se no sentido de se atribuir natureza objetiva à imputação de responsabilidade à empresa, inclusive nos casos em que a legislação não estabelece de forma expressa esse caráter.

Nesse sentido, mesmo a corrente doutrinária, defensora da aplicação da culpabilidade como princípio constitucional limitador do poder punitivo estatal, titubeia em reconhecer a incidência desse princípio nos processos administrativos sancionadores de responsabilização da pessoa jurídica. Conforme se viu, para a maior parte da doutrina administrativista, como a natureza objetiva da imputação de responsabilidade é indene de

uma vez que não dispõe de poder econômico suficiente para fazer frente às avalanches acusatórias (LAUFER, 2015).

dúvidas, a questão da verificação do comportamento corporativo como elemento configurador do ilícito, que poderia funcionar como medida de valoração da reprovabilidade da conduta e avaliação da culpa própria do ente coletivo, sequer é cogitada, inclusive por aqueles que defendem que a adequação e eficácia de programas de *compliance* devem ser objeto de análise para fins de dosimetria da sanção.

Ademais, vale rememorar o debate existente na doutrina acerca da inversão do ônus da prova nos processos administrativos de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, a qual caberia, segundo importante corrente doutrinária, fazer prova negativa da acusação, uma vez que os atos administrativos, inclusive os que imputam infração, gozariam da presunção de legitimidade e veracidade que caracteriza os atos praticados pela Administração.

Ocorre que, mais do que uma finalidade punitiva e retributiva, orientada pelo princípio do interesse público e da eficiência, o exercício do *jus puniendi* estatal, em qualquer das esferas do Poder Público e dirigido a qualquer espécie de destinatário, também deve ter por objetivo a prevenção e inibição de desvios de conduta e a conformação do comportamento do regulado, afinal, a sanção possui, antes de tudo, em um Estado Democrático de Direito, caráter instrumental.

Desse modo, independente da controvérsia doutrinária em torno da incidência das garantias constitucionais nos processos administrativos sancionadores em face de pessoas jurídicas, entende-se que a questão deve ser analisada sob a perspectiva regulatória, já que o poder punitivo, e todos os instrumentos de que ele se vale, visa a assegurar o *enforcement* da aplicação da norma – e, conseqüentemente, a devida conformação da conduta, objeto de seu comando – bem como a indução do comportamento da empresa para além do *compliance*.

À vista do exposto, constata-se que a avaliação da culpabilidade da pessoa jurídica nos processos administrativos sancionadores, ainda que não admitida como garantia de direitos, deve ser considerada como imperativo para a adequada regulação responsiva do comportamento corporativo, capaz de incentivar a adoção de uma conduta empresarial efetivamente ética e responsável por parte das empresas.

Com efeito, conforme evidenciado neste trabalho, a teoria da regulação responsiva se distingue da teoria da escolha racional exatamente por compreender a dinâmica dos incentivos intrínsecos e extrínsecos na definição do perfil de atuação dos regulados, que podem apresentar comportamento virtuoso, racional ou irracional, a depender das circunstâncias concretas.⁴⁷⁴ A teoria da regulação responsiva não pressupõe que os atores apresentam personalidade essencialmente virtuosa, tampouco propõe modelo que depende da virtuosidade para obter êxito em sua função regulatória. Ao contrário, a teoria preconiza que é o desenho institucional, desde que leve em consideração a diversidade e complexidade de perfis dos sujeitos e abra a possibilidade de a Administração valer-se de diferentes técnicas e estratégias regulatórias para “responsivamente” responder às condutas, que determina o bom desempenho da regulação na obtenção da conformidade. Para a festejada teoria da regulação responsiva, portanto, ser virtuoso não é uma característica intrínseca e natural a determinado regulado, mas uma qualidade nutrida por um desenho regulatório de constante incentivo ao bom comportamento (ARANHA et al, 2020).⁴⁷⁵

⁴⁷⁴ Ressalte-se que, conforme abordado anteriormente, essas teorias regulatórias também se distinguem quanto à estratégia adotada para induzir a conformidade. A teoria da escolha racional adota a abordagem regulatória de comando e controle que parte da premissa de que a norma jurídica detém força própria de vedação de conduta ou exigência de comportamento (BALDWIN, CAVE, & LODGE, 2010). Essa abordagem considera a ameaça de sanções afritivas como suficiente para realinhamento de conduta do particular e, em especial, dos interesses empresariais rumo ao interesse público ou ao interesse de toda a sociedade (COGLIANESE & MENDELSON, 2010). Já a teoria da regulação responsiva propõe uma abordagem dinâmica e escalonada que sugere deve-se buscar, em um primeiro estágio, a conformidade voluntária por meio de técnicas de persuasão (incentivos, educação e autorregulação). Somente em casos de não conformidade persistente ou de comportamento recalcitrante é que se justificaria a escalada para abordagens mais coercitivas e punitivas. Essa estratégia visa não apenas a punição, mas a restauração do comportamento desejado, demonstrando que o foco está na promoção de resultados eficazes e responsivos, em vez de meramente na ameaça sancionatória (AYRES & BRAITHWAITE, 1992).

⁴⁷⁵ Por isso, a regulação não deve se destinar a simplesmente punir o mal comportamento e premiar a boa conduta, mas conformar o comportamento do regulado segundo incentivos que os encorajem a agir de acordo com as normas, mediante internalização de princípios e valores éticos, reconhecendo-se que o comportamento dos regulados é muito mais o resultado de motivações intrínsecas do que fruto de incentivos externos (FELDMAN Y. , 2018, p. 218). Uma estratégia regulatória vitoriosa, portanto, sabe manejar o comportamento do regulado, lançando mão e reforçando os incentivos intrínsecos ao sistema regulado, reconhecendo as condições necessárias à eficácia de tais forças intrínsecas e reservando medidas extrínsecas, por definição, mais onerosas, para quando o conjunto de fatores de reforço recíproco falhar. A regulação responsiva apresenta-se como uma *arte de motivar empresas a se tornarem e permanecerem virtuosas* mediante a adoção de funções fiscalizatórias intrínsecas (FLAGAL, 2019, p. 666). Como se viu anteriormente, se a regulação se basear unicamente em persuasão, será explorada por agentes com interesses puramente econômicos. Se se basear apenas em punição, desconsiderará a boa-fé e o senso de responsabilidade. O foco em sanções nessas condições, pela compreensão de que os particulares são direcionados apenas por interesses utilitários, desmotiva a cooperação cívica e os incentiva a perseguir estratégias de resistência, gerando uma cultura coletiva de resistência à regulação. Isso reforça uma espécie de jogo de “gato e rato”, onde o particular é levado a explorar as lacunas da legislação e o regulador edita normas ainda mais específicas para contra-atacar. Ao punir trapaceiros e cooperar com agentes bem-intencionados, cria-

Desse modo, ao desenhar a pirâmide regulatória, o regulador deve ter presente que há diversos tipos de instrumentos disponíveis em seu leque regulatório, cada qual mais ou menos adequado às diferentes circunstâncias e personalidades de sujeitos que se caracterizam como “combos de compromissos contraditórios”, com valores de racionalidade econômica, respeito às leis e responsabilidade nos negócios que se manifestam cada qual a depender do momento, do contexto e dos incentivos que recebem.⁴⁷⁶ Nesse sentido, à luz do modelo regulatório aqui defendido, se é verdade que a regulação deve ser responsiva às dinâmicas do ambiente regulado e às motivações dos agentes, buscando formas de engajamento, persuasão e colaboração que transcendam a abordagem repressiva tradicional, a resposta do Estado nos casos concretos deve ser baseada em uma estratégia combinada e sinérgica de medidas

se o incentivo para que os particulares priorizem condutas regulares, nutrindo-se simultaneamente motivações econômicas e não econômicas e garantindo a maximização dos interesses dos reguladores e dos regulados (BRAITHWAITE J. , 1985)

⁴⁷⁶ Sanções afliativas com efeitos econômicos, por exemplo, devem ser voltadas ao ator regulado obediente à racionalidade econômica, como multas, intervenção, apreensão, lacração, suspensão provisória de atividades. Tais sanções ainda se encontram no nível de procurar impedir ou prevenir a ação danosa, porquanto são constrangimentos dissuasivos (*deterrence*), mas não incapacitantes (*incapacitative*), tais como a cassação, que por sua natureza definitiva e final, dirige-se a atores ou personalidades irracionais (AYRES & BRAITHWAITE, 1992). Outros tipos de constrangimento, como publicidade adversa (FISSE & BRAITHWAITE, 1983), também tocam na tecla da racionalidade econômica, mas, como comprovado por Gunningham e Grabosky (GUNNINGHAM & GRABOSKY, 1998), somente para certos tipos de empresas de um setor regulado motivadas pela perda de reputação. O regulado ora age motivado pelo lucro, ora por responsabilidade social, entendendo-se que o regulado é um retrato de como o regulador o trata, pois a forma como o regulador trata o regulado o faz migrar de um comportamento apoiado em virtude para outro apoiado em racionalidade econômica; o regulador cultiva a personalidade correspondente à forma de tratamento que aplica ao regulado (BRAITHWAITE J. , 1985). Pesquisas empíricas mais recentes sugerem, por exemplo, que o aconselhamento e a persuasão, embora valiosos para encorajar e facilitar aqueles que estão dispostos a cumprir a lei a fazê-lo, podem revelar-se, todavia, desastrosos contra aqueles que não estão dispostos ao cumprimento voluntário, pois podem sugerir que os infratores da lei fiquem impunes. Por outro lado, embora uma estratégia de dissuasão possa desempenhar um papel positivo importante, especialmente ao lembrar as empresas de reverem os seus esforços de conformidade e ao tranquilizá-las de que, se cumprirem, outros não poderão “sair impunes”, o seu impacto é muito desigual. A dissuasão é, por exemplo, mais eficaz contra organizações pequenas do que contra grandes, e melhor para influenciar os intervenientes racionais do que os incompetentes. A menos que seja cuidadosamente direcionada, pode na verdade revelar-se contraproducente, especialmente quando leva as empresas e os indivíduos a desenvolverem uma “cultura de resistência regulamentar.” Já a regulação baseada no risco fornece uma estratégia para os reguladores determinarem a sua resposta a determinadas entidades reguladas, mas fá-lo com base no risco para os objetivos do regulador e não com base no grau de cooperação ou capacidade de resposta do regulado às necessidades. Normalmente, os riscos são identificados e avaliados e uma classificação ou pontuação é atribuída com base nesta avaliação e a inspeção e a fiscalização são realizadas com base nessas pontuações. A regulação baseada no risco tem o atrativo de permitir que os reguladores priorizem seus esforços regulatórios e maximizem a relação custo-eficácia. No entanto, embora: “a pontuação de risco possa fornecer uma base muito pronta para detectar intervenientes de alto risco pode oferecer muito menos assistência na identificação dos modos de intervenção que estão melhor sintonizados para garantir o cumprimento (GUNNINGHAM N. , 2015).

persuasivas e punitivas que se complementem porque, somente assim, serão capazes de fazer frente às condutas que se pretende regular e conformar (GUNNINGHAM N. , 2015).⁴⁷⁷

Nesse sentido, conforme pesquisas empíricas indicam, o sucesso da regulação, inclusive de sua atividade de supervisão e fiscalização, está intrinsecamente ligado à capacidade do regulador de apresentar respostas variadas de acordo com o comportamento e motivações de conformidade de seus regulados, bem como de ajustar suas estratégias regulatórias, não só com base no histórico de atuação dos sujeitos, mas, também, com base na categorização de perfis de cumprimento, que os classifique segundo sua propensão a cumprir as normas (KAGAN & SCHOLZ, 1984); (KAGAN R. A., 1989); (GUNNINGHAM & SINCLAIR, 1999); (PARKER & NIELSEN, 2011).

Não sem razão, a literatura regulatória tem se dedicado, recentemente, a entender se e quando as pessoas jurídicas cumprem normas que não sejam fiscalizadas ou compelidas, afirmando-se uma diferença de compromisso com a regulação a depender da cultura organizacional e responsabilidade social que caracterizam o regulado e o ambiente em que atua (CRONERT, 2021). A melhor regulação, por conseguinte, não deve ser uma constante punitiva, mas tampouco uma constante persuasiva. Ambas as abordagens são necessárias como forma de regulação capaz de migrar de uma postura cooperativa para uma punitiva e vice-versa, conforme a postura do regulado, ou seja, a personalidade que esteja aflorando naquele contexto: a do agente motivado pelo lucro, pela responsabilidade social ou por princípios e valores de negócios. Portanto, ao incorporar a figura da pirâmide regulatória, a teoria da regulação responsiva qualifica, conforme se viu, essa migração necessária entre posturas cooperativas e

⁴⁷⁷ Importante rememorar que não se deve traduzir a pirâmide responsiva como estratégia de classificação de condutas segundo sua gravidade. A teoria da regulação responsiva pressupõe que, independentemente da seriedade da infração, deve-se tentar resolver o problema com medidas persuasivas da base da pirâmide antes de se promover à escalada das punições, a não ser que haja razões convincentes de que medidas persuasivas não sejam indicadas. Ou seja, a teoria desincentiva a classificação apriorística de condutas em camadas da pirâmide responsiva, ou mesmo em medidas persuasivas ou punitivas. Braithwaite (2017, p. 118) enfatiza que a responsividade piramidal não consiste em especificar, de antemão, quais seriam os temas que deveriam ser tratados na base da pirâmide, quais seriam sérios o suficiente para ingressarem na posição mediana da pirâmide e quais seriam de notória reprovabilidade para ingressarem no topo da pirâmide. Por isso, o debate se afasta cada vez mais da esfera persecutória para concentrar-se na aplicação de maior inteligência regulatória, capaz de ponderar regulação e espaços de autonomia controlada e supervisionada do regulado, utilizando-se, de forma calibrada, dos instrumentos adequados no momento certo e em cada situação específica.

punitivas pelo pressuposto de que o regulador que promove a escalada de estratégias regulatórias tem uma vantagem comparativa frente ao que não faz uso dela (BRAITHWAITE J. , 1985).

Deve-se ressaltar, todavia, que, consoante também o quanto aduzido no primeiro capítulo desta tese, uma verdadeira regulação responsiva deve considerar o comportamento global do regulado, indo além da mera análise pontual de conformidade, de forma a obter uma visão mais completa e contextualizada acerca do perfil do agente, de suas práticas corporativas e motivações subjacentes (AYRES & BRAITHWAITE, 1992, p. 19).⁴⁷⁸ É dizer, em outras palavras, que, para que o regulador tenha condições de efetivamente conhecer a personalidade do regulado e compreender como ele se comporta em diferentes cenários, qual é a sua “postura atitudinal” – que deve sua disposição em cumprir as obrigações regulatórias e em cooperar com o regulador na prevenção e correção de falhas, punição e ajustamento de condutas, saneamento e restauração de situações de desconformidade e implementação de medidas que evitem que o risco volte a se realizar, o regulador necessita avaliar, de forma holística, o comportamento do sujeito regulado em sua completude (BLACK & BALDWIN, 2010).

Ou seja, para que seja capaz de responder “responsivamente” às condutas reguladas, não pode o regulador reduzir sua análise à verificação pontual de determinada postura assumida face a uma situação específica, sem que leve em consideração o comportamento global do sujeito diante do cumprimento das normas e deveres regulatórios como um todo, porquanto, somente conhecendo efetivamente o perfil do regulado, o regulador mostrar-se-á apto a avaliar a verdadeira disposição e compromisso permanentes do agente com a conformidade e com a adoção de uma conduta empresarial responsável.

⁴⁷⁸ Nesse sentido, o regulador deve ser responsivo não somente ao comportamento do regulado, mas também à conformação operacional e cognitiva das empresas, ao ambiente institucional e à performance do regime regulatório, às diferentes lógicas dos instrumentos e estratégias regulatórias e às transformações que nelas se operam. Ou seja, uma regulação somente será verdadeiramente responsiva quando conhecer os regulados e seus ambientes institucionais, quando for capaz de implementar novos e diferentes lógicas regulatórias de forma coerente, quando for sensível a sua própria performance e quando conseguir compreender as transformações dos desafios que enfrenta (BALDWIN & BLACK, 2007, p. 47).

Para tanto, mostra-se fundamental que o regulador tenha acesso ao maior número possível de informações⁴⁷⁹ que permitam construir, com base na análise de dados e evidências, o perfil de cada regulado – a partir de uma fotografia do passado (histórico e gravidade de condutas e de medidas preventivas e repressivas adotadas), mas também do presente (programa de compliance e sistema de vigilância continuada), com a elaboração de categorias, indicadores, *scores* de risco, *etc* – de modo a subsidiar as diversas decisões que envolvem a atividade regulatória, cujo ciclo, conforme se viu, contempla ações de regulamentação, supervisão, fiscalização e sancionamento, todas voltadas à obtenção da conformidade do comportamento regulado e que, requerem, por isso, a formulação de respostas apropriadas a cada tipo de personalidade – se possui um perfil mais ou menos tendente à virtuosidade, de simples resistência ou de disposição deliberada em descumprir a regra, por exemplo – e a cada contexto. Nesse sentido, a elaboração de um esquema regulatório ancorado em inteligência analítica de dados, que permita ao regulador traçar e conhecer o perfil do regulado em sua completude, propiciará à Administração implementar critérios de seletividade, frequência e intensidade em sua abordagem de supervisão e fiscalização e, principalmente, adotar uma postura responsiva nos processos de sancionamento, levando em consideração o comportamento global, passado e presente, do regulado (BLACK & BALDWIN, 2010).⁴⁸⁰

⁴⁷⁹ É preciso atenção quanto a esse aspecto, pois a orientação para que o regulador se dedique à identificação, análise e gestão de riscos pode resultar na indesejada implantação de um sistema ancorado na prescrição de excessivas regras e detalhados procedimentos de gestão e controle de processo, criando um ônus desmesurado de compliance e monitoramento. Essa sistemática também pode levar, se não conduzida adequadamente, a um acúmulo de informações, o que pode impor encargos significativos às empresas e diminuir a eficiência do regulador no uso de recursos financeiros e humanos (GUNNINGHAM N. , 2015).

⁴⁸⁰ Com efeito, elemento essencial para a teoria da regulação responsiva, o registro das ações do regulado, quanto ao acatamento das normas ao longo do tempo, à disposição em adotar medidas de compliance e a cooperar com o regulador, permite uma avaliação da tendência e propensão do regulado ao cumprimento, bem como uma análise da probabilidade de violação de um determinado dever regulatório a partir de sua postura de conformidade, análises essas que demandam o levantamento de informações que permitam traçar adequados *scores* de risco do perfil “atitudinal” do regulado (BLACK & BALDWIN, 2010). Deve-se ressaltar, no entanto, que, não obstante a importância da avaliação baseada em risco para a compreensão do perfil do regulado, essa encerra, por outro lado, certos paradoxos e pode resultar em uma série de desafios quando implementada de forma isolada, sem a sustentação de outras estratégias e técnicas regulatórias que possam atuar, de forma acoplada ou complementar, para responder à complexidade da atividade de conformação de múltiplos perfis de comportamento, sujeitos a diferentes incentivos. Um dos principais paradoxos apontados é a falsa promessa encartada na abordagem baseada em risco de que os desafios e complexidades da regulação podem ser totalmente racionalizados, ordenados, gerenciados e controlados e de que é possível prever e se antecipar ao um evento futuro por meio do controle de certas correlações de causa e efeito e de probabilidades. Embora a ideia seja tentadora, ela traz em si um risco inerente: diante da inevitável incapacidade de se prever e administrar todos os riscos, as estruturas institucionais podem acabar não sendo preparadas para lidar com sua própria e inevitável incapacidade de responder a todos os riscos (BLACK J. , p. 532). Além disso, como a abordagem baseada em risco também pode gerar uma concentração

Logo, se resta demonstrado que o conhecimento qualificado acerca do perfil do regulado configura elemento essencial do desenho regulatório de uma modelagem responsiva, conclui-se que, do ponto de vista do processo administrativo sancionador de responsabilização da pessoa jurídica, é a avaliação da culpabilidade o único instrumento apto a permitir que a autoridade sancionadora – que é também reguladora – considere o comportamento global da empresa, tanto quando da imputação do ilícito quanto do cálculo da dosimetria da sanção, sem o qual esse processo não logrará êxito no cumprimento de sua finalidade maior que é a dissuasão e a conformação da conduta.

Sabendo-se, todavia, que, à luz do paradigma contemporâneo de pluralismo regulatório, o qual preceitua não caber exclusivamente ao Estado a regulação de condutas – o que inclui o ônus de proceder a esse levantamento de informações sobre o perfil do regulados e acompanhar seu comportamento – a doutrina defende a importância de que modelos de regulação responsiva sejam associados a técnicas de *smart regulation* (GUNNINGHAM & SINCLAIR, 2017)⁴⁸¹, de regulação em rede e de metarregulação (GUNNINGHAM N. , 2015b)

de recursos nas prioridades selecionadas, os reguladores precisam ser claros e transparentes sobre quais riscos serão priorizados e quais não serão e sobre os motivos de sua decisão, o que aumenta a exposição pública, com consequências políticas, legais e práticas para o regulador. Podem surgir também, com a divulgação das áreas priorizadas, questionamentos quanto à possibilidade do tratamento diferenciado das empresas reguladas, consistência dos critérios utilizados, assim como quanto à ineficiência do regulador, que não estaria garantindo a adequada proteção aos consumidores e ao cidadãos em geral ao deixar de enfatizar algumas atividades quando prioriza outras, o que pode transmitir, se não adequadamente comunicada, a falsa impressão de que tal estratégia configuraria espécie de leniência do regulador (BLACK & BALDWIN, 2012). Outro problema que pode surgir quando se põe ênfase desmesurada numa abordagem baseada em risco é a postura inconscientemente assumida pelo regulador de inclinar-se tendenciosamente a riscos conhecidos e a negligenciar riscos novos, em desenvolvimento ou aparentemente de menor chance de ocorrerem ou de produzirem danos consideráveis. Por isso, a importância de que as avaliações de risco sejam constantemente atualizadas e complementadas por outras abordagens para que possa examinar se as premissas de risco que definem os critérios de sua atuação seletiva continuam válidos, o que requer o permanente monitoramento e coleta de dados necessários para ajudar a detectar casos de não conformidade e fornecer evidências para apoiar a ação de fiscalização. Ademais, estruturas de avaliação baseadas em risco podem acabar por direcionar seu foco para os riscos mais elevados. Assim, quando os riscos mais baixos são numerosos e disseminados, a situação pode levar à acumulação de eventos danosos e comprometer a legitimidade do regulador e confiança nele depositada. Há a possibilidade, também, de ocorrer certa desconexão entre a categorização baseada em risco de setores e atividades e o risco concreto que determinado perfil de regulado efetivamente representa – principalmente devido às conhecidas dificuldades de supervisionar os sistemas de gestão de risco dos regulados e levantar informações que permitam traçar adequados *scores* de risco do perfil “atitudinal” do regulado – o que pode comprometer as ações de planejamento fiscalizatório e a correspondente alocação de recursos (BALDWIN & BLACK, 2016).

⁴⁸¹ A estratégia da regulação inteligente é uma forma de pluralismo regulatório que, abrangendo formas flexíveis, criativas e inovadoras de controle social, propõe que empresas e terceiros atuem como “reguladores substituto.” A lógica subjacente é que, na maioria das circunstâncias, a utilização de instrumentos políticos múltiplos e de uma gama mais ampla de reguladores, produzirá uma melhor regulação. A teoria da regulação inteligente propõe, então, a adoção de um mix de mecanismos e instrumentos motivacionais e informacionais, instrumentos voluntários, instrumentos mercadológicos apoiados em preço e em direitos de propriedade e instrumentos propriamente

de modo que o regulador possa contar com o apoio de terceiros que, atuando sob prévia autorização ou mesmo certificação para tanto ou, ainda, a partir de incentivos do Estado, operem como espécie de “reguladores substitutos” (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 1999), monitores ou *gatekeepers*, com atuação independente e objetiva voltada para verificação do cumprimento de normas, controle, educação e treinamento (BLACK & BALDWIN, 2010).⁴⁸²

Por isso a importância de que seja adotado, nesse contexto, o modelo de autorregulação regulada, que exija das empresas a implementação de seus próprios sistemas de compliance, com mecanismos de controle, gestão de riscos e vigilância permanente, mas que, também, sujeite as informações sobre a adoção dessas medidas ao escrutínio externo, sob o modelo de “pratique ou explique”, abordado anteriormente nesta tese. Somente com a imposição de deveres de compliance, que contemple a obrigatoriedade de divulgação dessas informações, será possível aos terceiros atuar, conforme proposto a seguir, como reguladores na supervisão desse processo (BRAITHWAITE, 1985).

Desse modo, a adoção da Teoria da Regulação Responsiva no âmbito do Direito Administrativo Sancionador representa um avanço significativo que transcende a mera imposição de sanções e volta-se para uma compreensão mais aprofundada do comportamento das empresas e de suas motivações. Sob essa perspectiva, a avaliação criteriosa do comportamento e da culpabilidade da empresa ganha importância central na medida em que, objetivando a indução da conformidade, inaugura um novo paradigma de conformação da conduta corporativa.

regulatórios, os quais devem funcionar sob a égide de um modelo expandido da pirâmide regulatória, uma regulação tridimensional que ocorre em três níveis: governamental; de negócios regulados; e de terceiros interessados (GUNNINGHAM e YOUNG, 1997, p. 253-279)..

⁴⁸² Segundo leciona Braithwaite, é necessário se complementar a regulação responsiva com a regulação em rede – principalmente em países em desenvolvimento, com demandas estratégias menos custosas de regulação – fortalecendo a atuação de terceiros, particularmente organizações da sociedade civil, que devem ser diretamente envolvidos na supervisão da aplicação das regras. Desse modo, levando-se em conta o custo da supervisão do comportamento dos agentes regulados e a dificuldade, muitas vezes, de operacionalizá-la, a Teoria Responsiva propõe a constituição de um sistema regulatório em rede, no qual sejam inseridos diversos parceiros, movidos pelo interesse comum de fazer cumprir a regulação (BRAITHWAITE, 2008). Esses atores compartilhariam com o Estado a fiscalização e a “punição” das ações desconformes: quanto mais alto o nível em que estiver situado o regulado nas camadas da pirâmide regulatória, maior importância essa governança em rede assumirá, pois mais suscetível o regulado será a pressões, críticas e demandas advindas desses parceiros regulatórios (BRAITHWAITE, 2011).

6.3 Por uma norma geral que disponha sobre a regulação administrativa do comportamento da pessoa jurídica

Diante da necessidade evidenciada neste trabalho de uniformização e racionalização das diversas regras setoriais que disciplinam o processo administrativo sancionador da pessoa jurídica no âmbito da Administração Pública federal, cada qual com seus próprios modelos regulatório-sancionador e abordagem em relação à avaliação da conduta empresarial, a adoção de uma norma geral, que estabeleça, para todas as esferas, as normas que devem reger a regulação administrativa do comportamento da pessoa jurídica representa um passo fundamental na evolução do arcabouço regulatório brasileiro.

Esse aprimoramento normativo também se faz necessário como decorrência do atual contexto em que as corporações são cada vez mais cobradas a assumir responsabilidades na promoção de um desenvolvimento sustentável. Afinal, a necessidade de responsabilização das empresas pela proteção dos bens e interesses difusos e coletivos torna-se imperativa para assegurar uma conduta empresarial diligente, responsável e proativa em um contexto de permanente risco social (BECK U. , 2011, p. 23). Nesse cenário, as empresas são chamadas a reconhecer, gerenciar e atuar proativamente em relação aos riscos associados às suas operações, inclusive os riscos relacionados à criminalidade econômica, bem como em relação ao impacto de suas atividades na sociedade e no meio ambiente (SILVEIRA R. M.-3., 2006).

Vê-se, portanto, que o dever de tutela de bens jurídicos de conteúdo supraindividual é central para a responsabilização da pessoa jurídica pela devida diligência, abrangendo a proteção de interesses coletivos, como a preservação do meio ambiente, a promoção da equidade social e a defesa dos direitos humanos, fortalecendo a integridade corporativa, mas também contribuindo para a promoção de valores éticos e a proteção de bens jurídicos que transcendem o indivíduo, moldando uma conduta empresarial verdadeiramente responsável e comprometida com o bem comum, visto que são justamente as corporações os atores sociais

que centralizam o comportamento de risco e possuem capacidade de intervenção, positiva ou negativa (SHECAIRA S. S., 2018).⁴⁸³

Nesse sentido, partindo da premissa de que as atividades empresariais produzem impacto abrangente na sociedade, na economia e no meio ambiente, não se mostra mais possível que o Direito e o Estado continuem a regular as condutas corporativas e a direcionar suas ações face a posturas adotadas pelas empresas olhando, de forma fragmentada, para a parte sem considerar o todo. Os balcões administrativos são múltiplos e possuem competências variadas de proteção de distintos bens jurídicos, mas o ente coletivo que se sujeita aos comandos normativos e estratégias regulatórias estabelecidos pelos diferentes reguladores é uno.

É verdade que a empresa também não se constitui um monolito que permite aos terceiros, com os quais se relaciona, identificar, de modo concreto e preciso, seu perfil, valores e objetivos, como se esses fossem homogêneos e estanques e pudessem ser determinados a partir de sua formalização em documentos oficiais. Ao contrário, conforme demonstrado ao longo desta tese, as empresas são caracterizadas pela literatura regulatória como “combos de compromissos contraditórios” capazes de adotar diferentes condutas em distintos contextos, uma vez que agem segundo motivações intrínsecas e extrínsecas, conforme os incentivos que recebem e possuem.

Nesse cenário, reconhecendo-se a complexidade envolvida no processo de indução da conformidade corporativa – e mais, admitindo-se que essa conformidade não pode mais ser restrita ao mero cumprimento de normas legais, mas que deve ir além para buscar alcançar padrões aspiracionais mais elevados de responsabilidade empresarial, conforme defendido neste trabalho⁴⁸⁴ – não se afigura mais adequado que o Direito e o Estado mantenham o mesmo

⁴⁸³ Para o autor, considerando “[...] que as empresas são os principais focos de comportamento de risco com capacidade de ocasionar consequências em escala regional ou global, parece evidente que sobre elas tendam igualmente a recair mecanismos vários de controle e prevenção.” (SHECAIRA S. S., 2018). De fato, se as empresas gozam de liberdade para organizar e conduzir suas operações, dessa autonomia emerge um princípio fundamental que consiste no dever, como “cidadão corporativo”, de evitar que de sua atividade ou estrutura organizacional resulte delitos ou danos para terceiros, sendo imposta à pessoa jurídica a obrigação de implementar medidas que previnam a ocorrência de ações que ultrapassem o limite de risco permitido.

⁴⁸⁴ Consoante propugnado no segundo capítulo desta tese, quando se tratou do debate relacionado à agenda ESG e o papel da sociedade e do mercado na regulação do comportamento corporativo, o conceito do dever de devida diligência imposto às corporações deve ser revisitado para que seja concebido como dever de adotar conduta

modelo regulatório que autoriza que cada esfera administrativa desenhe e adote a sua própria abordagem de regulação do comportamento corporativo.

Com efeito, sem que sejam definidos princípios e regras gerais que garantam não apenas uniformidade mínima na condução desse processo, mas, principalmente, a formulação de uma verdadeira estratégia regulatória de conformação da conduta empresarial, baseada em modelo responsivo e inteligente que combine formas híbridas de controle, cooperação, persuasão e dissuasão, a regulação do comportamento corporativo continuará a depender do êxito isolado de cada regulador no exercício de sua função ou ser ameaçada exatamente por essa visão desagregada que cada regulador tem do mesmo ente coletivo.

Desse modo, faz-se necessário adotar um esquema regulatório que garanta uma interconexão entre as estratégias e técnicas regulatórias adotadas pelas diferentes legislações setoriais que disciplinam na esfera administrativa a conduta empresarial – cada qual a partir de suas lentes e objetivos próprios – de modo que seja assegurada uma abordagem holística e integrada, que estabeleça deveres mínimos de compliance a serem observados por determinado conjunto ou categorias de empresas,⁴⁸⁵ sob a perspectiva abrangente de responsabilidade empresarial aqui apresentada, bem como estabeleça modelo regulatório responsivo de conformação de condutas, que leve em consideração o perfil global do regulado no desenho de seus incentivos e na aplicação de suas sanções, quando a culpabilidade da empresa por déficit de autorregulação permanente deverá ser objeto de avaliação.

empresarial responsável (*Responsible Business Conduct*), a qual deve estar em conformidade com princípios e normas que guiam a conduta empresarial nos diversos temas como relações trabalhistas e de emprego, anticorrupção, meio ambiente, direitos humanos entre outras, pautadas pelo pressuposto de uma conformidade abrangente, de modo de que as corporações busquem primar pela contribuição positiva para o avanço econômico, ambiental e social dos países em que atuam, nos termos propostos pela OCDE, em seu Guia de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável (<https://mneguidelines.oecd.org/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm>) e pela União Europeia, por meio da Diretiva 2013/34/EU (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0095>), a qual, no intuito de evitar um comportamento social potencialmente danoso decorrente da atividade empresarial, estabelece as medidas que devem ser adotadas pelas empresas para fins de prevenção ou mitigação dos riscos e determina a publicação de relatórios que submetam as ações das empresas ao escrutínio público para fins de controle e supervisão.

⁴⁸⁵ Ressalte-se que a instituição da obrigatoriedade de implementação de deveres de compliance para um conjunto ou categorias de empresas pode se inspirar na experiência da Lei francesa SAPIN II e do modelo regulatório adotado no âmbito do sistema financeiro brasileiro, com estratégias conduzidas pelo Bacen, CVM e COAF, todas abordadas neste trabalho.

A ideia de se conferir centralidade aos deveres de compliance visa à consolidação de novos parâmetros para a regulação da atuação da pessoa jurídica, a qual deve se pautar na valorização da conformidade, mas, também, na realização dos interesses de todos os seus *stakeholders*, de forma a cumprir os princípios da governança corporativa e da função social da empresa. Ou seja, os deveres obrigatórios de compliance constituem elementos fundamentais para a construção de qualquer arcabouço normativo que pretenda definir os parâmetros de imputação e responsabilização da pessoa jurídica sob a ótica responsiva de um defeito permanente de organização.

Ademais, a adoção da culpabilidade da pessoa jurídica no processo administrativo sancionador emerge como um passo crucial na construção de um arcabouço regulatório eficiente, responsivo e alinhado com a dinâmica contemporânea das relações empresariais, promovendo práticas éticas, transparentes e socialmente responsáveis. Significa dizer, assim, que, para responsabilizar a pessoa jurídica, faz-se necessário conhecer as particularidades da organização interna da empresa para que, assim, seja verificada a sua culpabilidade.

Logo, a amplitude da norma geral que ora se propõe visa a conferir uniformidade e racionalidade não apenas ao processo administrativo sancionador, mas à própria regulação do comportamento corporativo, visto que, consoante evidenciado neste trabalho, a sanção se afigura apenas com um dos instrumentos – e não necessariamente o mais importante – de que dispõe o regulador para obter a conformação da conduta. Se não se pode restringir a atividade regulatória à instauração de processos e à aplicação de sanções – em muitos casos, como se viu, o modelo de supervisão e fiscalização adotado importa muito mais para o sucesso regulatório – também não se deve reduzir a função do processo sancionador ao seu caráter retributivo. Ao contrário, ao analisar a conduta da empresa acusada em sua completude e não somente sua ação ou omissão quanto ao fato apurado, o regulador-sancionador assume verdadeira postura responsiva que ensejará melhores resultados regulatórios no toca à promoção da conformidade.

Tal medida de regulação do comportamento corporativo e de padronização das regras que disciplinam o sancionamento das empresas mostra-se fundamental não apenas como um reforço positivo para a indução da conformidade e integridade que delas se espera, mas,

também, como elemento fundamental para a ressemantização do processo administrativo sancionador de responsabilização da pessoa jurídica, a fim de que esse transcenda o seu tradicional papel sancionatório retributivo e incorpore também as funções de prevenção, dissuasão e restauração que devem orientar a atuação do *jus puniendi* estatal.

Assim, a regulação do comportamento corporativo não deve se restringir ao olhar de apenas um único campo do Direito, mas deve se abrir à possibilidade de abranger diversas esferas jurídicas de modo a se construir um ecossistema jurídico harmônico e coeso, que produza incentivos coerentes e complementares entre si, capaz de efetivamente induzir as empresas a adotarem uma conduta empresarial responsável em todas as suas atividades e áreas de atuação. Ou seja, ainda que preservadas, por óbvio, as particularidades de cada legislação setorial e de cada instância administrativa, um enfoque integrado e sistêmico se mostra essencial para uma regulamentação eficaz das atividades corporativas, notadamente, ao se considerar que as empresas operam em um cenário jurídico multifacetado e interconectado. Ao estender seu alcance para além de limites setoriais, a legislação reflete uma compreensão aprofundada de que as organizações não existem isoladamente em termos legais.

Nesse contexto, na construção do arcabouço legal que ora se propõe, cujo objetivo primordial é regular o comportamento das empresas e incentivar a adoção de uma conduta empresarial responsável, igual relevância ganha o modelo de responsabilização jurídica da pessoa jurídica. Cabe recordar, conforme explorado no decorrer da presente tese, que o longo debate em torno da responsabilidade jurídica da empresa – se heterorresponsável ou autorresponsável – demonstrou que a adoção de uma responsabilidade individual ou estritamente decorrente da atuação da pessoa física mostra-se ineficaz ou pouco efetiva do ponto de vista jurídico.⁴⁸⁶

⁴⁸⁶ Significa dizer, conforme exposto anteriormente, que o modelo de heterorresponsabilização da pessoa jurídica, embora inicialmente proposto com o intuito de simplificar a atribuição de responsabilidade penal às empresas, demonstrou-se ineficaz e ineficiente em diversos aspectos, visto que a análise de culpabilidade da empresa seria substituída pela investigação da relação causal entre a ação da pessoa física e sua vinculação com a estrutura empresarial, implicando na transferência automática de culpa da pessoa física para a pessoa jurídica, facilitando a inferência de culpabilidade em um sujeito para o qual os elementos do direito penal foram originalmente desenvolvidos. Essa abordagem desestimula a cooperação ativa, tornando-se um obstáculo na busca por práticas

Dessa maneira, é imprescindível a adoção do modelo adequado de responsabilidade própria e subjetiva da pessoa jurídica,⁴⁸⁷ que avalie a sua conduta e verifique em que medida a ação ou omissão da empresa contribuiu para o ilícito avançando, para além dos aspectos estritamente processuais, nos estímulos destinados às empresas adotarem medidas para aprimoramento de sua estrutura organizacional, bem como de seus sistemas internos de vigilância e, principalmente, de suas regras de *compliance*, conforme vem se demonstrando no decorrer do presente trabalho.

Nesse sentido, o modelo de responsabilização jurídica ora proposto é o modelo de responsabilidade administrativa por déficit de autorregulação permanente,⁴⁸⁸ o qual entende-se ser o mais apto a induzir a conformidade da conduta empresarial, não apenas por considerar o comportamento corporativo na configuração do próprio ilícito, mas por considerá-lo de modo global, em sua completude.

Ademais, mostra-se imprescindível definir os critérios e parâmetros gerais que serão utilizados para aferir a qualidade e efetividade dos programas e medidas de autorregulação permanente. É preciso normatizar o conteúdo mínimo do deveres de *compliance*. Além disso, conforme propugnado nesta tese, para a apuração da culpabilidade da empresa, é essencial considerar tanto o aspecto proativo quanto o reativo da organização,

empresariais mais éticas e na promoção da transparência e integridade corporativa contrapondo-se, portanto, aos objetivos primordiais da construção de uma cultura empresarial responsável e colaborativa.

⁴⁸⁷ Relembre-se que esse é, inclusive, o atual posicionamento do STF quanto à natureza subjetiva da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica na esfera ambiental.

⁴⁸⁸ Importante também rememorar neste caso que o STF entendeu, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 548.181, que a imputação de responsabilidade à pessoa jurídica deve ter como pressuposto a verificação do defeito de organização da empresa, sendo desnecessária, inclusive, a demonstração de coautoria da pessoa física. Nesse sentido, a Corte definiu que a identificação dos setores e agentes internos da empresa envolvidos na produção do fato ilícito é crucial para esclarecer se agiram no exercício regular de suas atribuições e se a atuação foi no interesse ou benefício da entidade coletiva. Esse esclarecimento, importante para imputar um delito à pessoa jurídica, não implica na responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas, na medida em que as responsabilidades internas pelo fato podem estar diluídas ou parcializadas, dificultando a imputação de responsabilidade penal individual. Nos termos do voto da Ministra Rosa Weber “[...] é necessário verificar, ao longo da investigação ou do procedimento penal, se o ato apontado como lesivo decorreu do processo normal de deliberação interna da corporação, se o círculo decisório interno ao ente coletivo foi observado, ou se houve aceitação da pessoa jurídica, no sentido da ciência, pelos órgãos internos de deliberação, do que se estava a cometer e da aceitação, ou absoluta inércia para impedi-lo, o que dependerá da organização própria de cada empresa.”

incluindo o comportamento adotado no momento anterior e posterior à ocorrência do ilícito. Por isso a ideia de autorregulação permanente.

Isso implica avaliar os esforços corporativos, ou a ausência deles, na implementação de um sistema de gestão capaz de prevenir, detectar, investigar e remediar o fato delitivo. Em outras palavras, os programas de compliance servirão como parâmetro para o julgador avaliar a eficácia das medidas de organização empresarial, conferindo concretude à noção de culpabilidade empresarial, nos termos de como vem sendo feito em alguns países, conforme experiência internacional apresentada neste trabalho.

Importa destacar, todavia, que, se o processo sancionador não é o único instrumento capaz de regular condutas, o melhor regulador será aquele com competência e habilidade para, conhecendo o perfil de seu regulado, eleger as estratégias mais adequadas para responder à conduta de cada agente em cada contexto. À vista disso, o regulador deve se valer de um modelo regulatório responsivo e inteligente que, utilizando-se de diferentes formas de engajamento, persuasão e colaboração que transcendam a simples abordagem restritiva, seja sensível à complexidade dos compromissos contraditórios presentes nos atores regulados, promovendo, assim, uma abordagem que combine a responsabilidade direta da empresa com instrumentos que incentivem comportamentos éticos e legais.

Desse modo, diante de todo o exposto, entende-se que, para se alcançar o modelo proposto na presente tese, o qual defende-se ser o mais adequado, do ponto de vista regulatório, para obter a conformação do comportamento corporativo ao padrão desejável de uma conduta empresarial responsável, mostra-se fundamental a adoção de uma norma geral que disponha sobre:

- a) o processo administrativo sancionador da pessoa jurídica, com princípios e regras gerais aplicáveis aos diferentes ramos do Direito de modo a racionalizar e uniformizar as diferentes abordagens jurídicas hoje existentes;

- b) o caráter subjetivo da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, admitindo que a culpabilidade da empresa será considerada para a configuração do ilícito e dosimetria da sanção;
- c) critérios e parâmetros gerais de aferição da culpabilidade empresarial por déficit de autorregulação permanente, nos termos do modelo proposto pelo Professor Adán Nieto Martín,⁴⁸⁹ ao qual esta tese se filia;
- d) implementação obrigatória de deveres gerais de compliance por empresas cujo perfil ou atividade desenvolvida se enquadrem em critérios de risco definidos; e
- e) regras responsivas e de regulação em rede para a supervisão e fiscalização dos programas de compliance pelos múltiplos atores estatais e não estatais, bem como para a aplicação de sanções por descumprimento dos deveres de compliance.

⁴⁸⁹ O modelo de déficit de autorregulação permanente proposto por Nieto mostra-se adequado na medida em que complexifica a análise da conduta empresarial sob dois prismas principais: a atuação da empresa anterior ao cometimento do ilícito (medidas de prevenção e gestão de riscos) e a atuação posterior (em que medida a existência de um programa de compliance previu o ato ilícito e porque falhou). Assim, pode-se afirmar que se cria um teste de adequação para aferição da culpabilidade empresarial centrado na análise de um defeito de organização permanente. A culpa da empresa passa a ser considerada um defeito de gestão permanente, o qual, para ser avaliado de forma reprovatória, exige uma análise inicial sobre como a empresa estava organizada e como operavam os mecanismos de autorregulação permanente da corporação (NIETO MARTÍN, 2008b), podendo o exame da culpabilidade da empresa, inclusive, resultar na exclusão de responsabilidade da pessoa jurídica se for constatado que a prática delitiva ocorreu apesar da implementação de medidas razoáveis de controle preventivo.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente tese buscou analisar os desafios envolvidos na avaliação do comportamento corporativo no processo administrativo sancionador, tomando como objeto de investigação a responsividade do Estado na análise da culpabilidade da pessoa jurídica pelo déficit de autorregulação permanente, especificamente no que concerne à análise de regimes jurídicos-setoriais que disciplinam a responsabilização da pessoa jurídica no direito sancionador brasileiro. O trabalho desenvolvido partiu da premissa de que a regulação do comportamento corporativo, para ser eficaz, deve superar o tradicional modelo regulatório de comando e controle e estabelecer novos parâmetros de responsabilização sob a ótica da Regulação Responsiva e da regulação como instrumento de conformação de condutas.

A partir dessas premissas, foi possível observar, no capítulo 1, que o conceito de regulação é multifacetado e complexo, assumindo diferentes significados. Em alguns momentos, é associado à atividade estatal que visa corrigir falhas e ineficiências do mercado, impondo padrões e comportamentos por meio de normas legais. Em outros, é compreendido como mecanismos de influência e condicionamento do ambiente regulado, ultrapassando a dimensão econômica e não se enquadrando em uma categoria com um significado uniforme. Por essa razão, nesta tese, adotou-se a definição de regulação como a atividade de conformar comportamentos e adequar condutas às regras e padrões estabelecidos.

À vista disso, em que pese a estrutura sancionatória clássica tenha utilizado a sanção como mecanismo de *enforcement* e conformidade, sendo o modelo regulatório de comando e controle o principal instrumento de conformação de condutas, pôde-se notar que a partir do movimento de superação do Estado provedor pelo modelo de Estado Regulador, num contexto de reestruturação produtiva e de transição econômica, que a estrutura burocrática do Estado, sozinha, seria incapaz de responder às complexas demandas da atividade regulatória. Em razão disso, operou-se uma paulatina substituição de um modelo de regulação estritamente estatal para um outro cuja premissa é a criação de incentivos que estimulem a adoção dos comportamentos esperados. Desse modo, a Teoria da Regulação Responsiva, formulada por Ayres e Braithwaite, opondo-se ao clássico modelo repressivo, surge como uma adequada

resposta aos desafios históricos e jurídicos da regulação, visto que estabelece que não basta ao Estado a mera aplicação da punição, mas sua combinação com técnicas de persuasão capazes de promover a adequada resposta regulatória e a superação da visão simplista que opõe técnicas regulatórias baseadas em incentivos dissuasivos externos às técnicas de *enforcement* que não dependem apenas da coerção, razão pela qual reconhece-se a inteligência de tal modelo ante a sua dimensão integrativa e adaptável as particularidades de cada ente regulado.

Por sua vez, o capítulo II pretendeu mostrar que a regulação adequada do comportamento corporativo possui como pressuposto central a interlocução entre os principais atores envolvidos, no caso, o mercado, a sociedade e obviamente o próprio Direito como instrumento de regulação. Nesse sentido, sustentou-se que não apenas o Estado, por meio de suas abordagens regulatórias tradicionais ou inovadoras, influencia o comportamento das empresas, mas também o mercado e a sociedade desempenham um papel significativo, muitas vezes de forma mais eficiente, notadamente, num contexto em que as corporações demonstram ser mais sensíveis às pressões e influências de seus *stakeholders* do que às possíveis sanções estatais. Diagnosticou-se, portanto, que a existência jurídica autônoma da pessoa jurídica como sujeito de direitos e obrigações, além de influenciada pela multiplicidade de condicionantes sociais e pelos diversos fatores históricos, torna imprescindível o reconhecimento de três elementos fundamentais para a melhor compreensão do percurso histórico da responsabilização corporativa: a desvinculação das responsabilidades da pessoa jurídica e da pessoa física, o reconhecimento da pessoa jurídica como fonte de risco num contexto de complexificação da relações sociais e econômicas sob a égide da globalização, bem como o reconhecimento da relevância das teorias da responsabilização da pessoa jurídica.

Nesse cenário de aproximação entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, analisou-se no capítulo III em que medida a culpabilidade surge como um problema central na responsabilização da pessoa jurídica visto que, nos termos expostos, muito se debateu no âmbito doutrinário sobre a atribuição de culpabilidade a uma “entidade sem corpo”, assim como sobre as dificuldades decorrentes da aplicação da culpabilidade ao contexto empresarial. Examinando-se a evolução teórica da responsabilização das pessoas jurídicas no âmbito do Direito Penal, foi possível identificar que, para o desenvolvimento da teoria jurídica

de responsabilização penal do ente coletivo, foi fundamental para tanto o aprimoramento das teorias que propõem uma responsabilização criminal corporativa autônoma, desvinculada da conduta da pessoa física e, conseqüentemente, a formulação de conceitos de culpabilidade própria da empresa. De fato, a partir do exame dos modelos de imputação de responsabilidade à pessoa jurídica, foi possível demonstrar que, enquanto o modelo de heterorresponsabilização, também denominado de vicariante ou responsabilidade por empréstimo, buscava avaliar a responsabilidade penal da empresa com base na conduta da pessoa física diretamente envolvida – vinculando, portanto, a responsabilização da pessoa jurídica a conduta da pessoa física - no modelo de responsabilização direta ou autorresponsabilização, a ênfase está na avaliação do comportamento intrínseco da pessoa jurídica para determinar sua responsabilidade penal.

À vista disso, ao se promover o exame das principais teorias que foram desenvolvidas no âmbito do Direito Penal com o objetivo de formular um conceito jurídico adequado de culpabilidade da pessoa jurídica, apto a funcionar como elemento do crime, observou-se que a avaliação da culpa corporativa requer a verificação de uma organização e cultura empresarial comprometida com a legalidade que vai além do simples cumprimento de normas, exigindo uma postura permanente da empresa voltada a garantir o funcionamento de sistema eficaz de controle e vigilância, capaz de prevenir, detectar e remediar os atos delitivos praticados por intermédio da organização. Nesse sentido, o trabalho expressamente afiliou-se à tese do Professor espanhol Adán Nieto Martín acerca da responsabilidade da pessoa jurídica por déficit de autorregulação permanente, a qual, caracterizada como um modelo misto, integra as vantagens das abordagens teóricas em torno da hetero e da autorresponsabilização, buscando os benefícios da facilidade de imputação e da segurança jurídica oferecidos pelo modelo de heterorresponsabilidade, que transfere à empresa os custos sociais resultantes de condutas criminosas, ao passo em que promove o estímulo à auto-organização das empresas ao estabelecer deveres de compliance, visando evitar os riscos decorrentes de suas atividades e transferindo os custos da prevenção de condutas ilícitas do Estado para as próprias empresas.

A partir, então, do delineamento de como o debate acerca da culpabilidade da pessoa jurídica se desenvolveu na esfera penal, com a apresentação, inclusive, da experiência internacional nesse sentido, buscou-se, no capítulo IV, examinar se – ou em que medida - os

conceitos e teorias formuladas no Direito Penal influenciaram o debate no âmbito do Direito Administrativo Sancionador ou até mesmo foram transpostos. Constatou-se, assim, que embora haja um certo consenso na doutrina administrativista a respeito da aplicação dos princípios constitucionais do Direito Penal ao processo administrativo sancionador, a questão da existência de uma culpabilidade própria ao Direito Administrativo ainda está longe de uma resolução. Nesse sentido, em que pese a aplicação do princípio da culpabilidade como instrumento de limitação de eventuais abusos ou excessos do poder punitivo estatal, o mesmo não ocorre quanto à noção da culpabilidade como elemento configurador do próprio ilícito, que é aplicada apenas aos processos que envolvem pessoas físicas e não na apuração da responsabilidade de pessoas jurídicas.

O exame sobre o tema revelou, ainda, que apesar da existência de controvérsias sobre o alcance de princípios constitucionais como a presunção de inocência e a sua relação com a legitimidade e veracidade dos atos administrativos, o movimento de estender a construção de uma culpabilidade própria aos processos que envolvem pessoas jurídicas busca, de forma acertada, incorporar elementos da culpabilidade penal da pessoa jurídica, baseados em deveres de vigilância e defeito de organização, ao processo administrativo. De forma mais pormenorizada, verifica-se em áreas específicas, como ambiental, antitruste, financeira e anticorrupção, a introdução de uma culpabilidade adaptada à esfera administrativa, cuja centralidade reside na avaliação do cumprimento dos deveres de implementação de medidas pelas empresas, configurando a culpabilidade como garantia de que a imposição de sanções ocorra apenas nos casos em que a empresa, de fato, tenha agido com reprovabilidade, incentivando a conformação do comportamento por meio de medidas de autorregulação, controle e vigilância implementadas pela pessoa jurídica.

A partir da verificação da necessária construção de uma culpabilidade própria e apropriada ao Direito Administrativo Sancionador, pôde-se notar a partir da construção do capítulo V que, enquanto a culpabilidade é concebida como princípio constitucional limitador do poder estatal na persecução da pessoa física, a imputação de responsabilidade à pessoa jurídica manteve como regra a adoção de uma abordagem de responsabilização objetiva, exigindo, portanto, unicamente a comprovação do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade

para o sancionamento da pessoa jurídica. Diante desse cenário, a partir da análise dos regimes regulatórios e das legislações setoriais, verificou-se não apenas a existência de um regime sancionatório que considera a imputação objetiva de culpa à pessoa jurídica como regra, mas também um sistema de responsabilização muito pouco articulado e dissociado de parâmetros gerais de condução dos processos sancionadores.

De forma detalhada, identificou-se a partir do exame das legislações setoriais e das experiências regulatórias até então vigente a existência de um cenário pouco racional e nada uniforme no que se refere a atribuição ou à verificação da responsabilidade administrativas da pessoa jurídica, se objetiva ou subjetiva. Nesse sentido, dos marcos regulatórios vigentes identificou-se:

- (i) a expressa adoção da responsabilidade administrativa objetiva por infrações às regras consumeristas, decorrendo, inclusive, de expressa previsão legal e validação jurisprudencial, nos termos dos artigos 12 e 13 do CDC, segundo os quais a verificação da responsabilidade da empresa independe de culpa, afastando-se qualquer necessidade de se aferir o comportamento da empresa;
- (ii) a adoção de um modelo de responsabilidade objetiva mitigada nos casos de infração a licitações ou inexecuções de contratos administrativos, visto que apesar da previsão de avaliação na dosimetria da sanção do comportamento externado pela adoção de programas de integridade, não inexiste previsão de comprovação da culpa empresarial durante o processo sancionador;
- (iii) a responsabilização objetiva da empresa por descumprimento nos processos administrativos sancionadores conduzidos pelas agências reguladoras, na medida em que inexiste qualquer previsão aprofundamento acerca da avaliação da culpabilidade da pessoa jurídica no processo de responsabilização administrativa, a qual continua sendo prescindida da exigência de culpa ou dolo do agente;

- (iv) a natureza objetiva, ainda que temperada, da responsabilidade administrativa da empresa por infrações tributárias, visto que apesar da existência de controvérsias doutrinárias sobre o alcance do artigo 136 do Código Tributário Nacional, verificou-se certa tendência jurisprudencial que, a partir do reconhecimento da boa-fé do agente, impõe limites à imputação automática da responsabilização objetiva;
- (v) a existência de uma responsabilidade objetiva mitigada na seara anticorrupção, na medida em que há a previsão expressa de consideração dos programas de compliance como elemento de avaliação do comportamento da empresa no âmbito da condução dos Processos Administrativos de Responsabilização;
- (vi) uma incoerência no sistema de defesa da concorrência, visto que há previsão legal expressa sobre a natureza objetiva da responsabilidade administrativa por infração a Lei Antitruste, muito embora ao dispor sobre o tema, o CADE tenha trazido em seu Guia de Compliance a previsão de consideração dos programas de compliance como elementos a serem considerados como critério de desconto na dosimetria da penalidade a ser imposta à empresa, bem como indicativos da boa-fé corporativa, ainda que insuficientes para elidir a aplicação de sanção à empresa;
- (vii) um tímido avanço na regulação do sistema financeiro que, conforme exposto no item 5.3 do presente trabalho, passa a prever no âmbito do BACEN, da CVM e do COAF os deveres de compliance como critério para a instauração de processos sancionadores e para aplicação de sanções, seja pela obrigação imposta aos países que integram o GAFI de implementar os deveres de compliance no sistema financeiro, seja pela própria estrutura normativa que disciplina o setor;

- (viii) a admissão da verificação da culpabilidade da empresa no direito administrativo sancionador a partir das alterações promovidas pelo Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a natureza subjetiva da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica por infrações a legislação ambiental na ocasião do julgamento do EREsp n. 1.318.051/RJ e incorporado aos processos sancionadores do IBAMA e do ICMBIO com a edição da Instrução Normativa Conjunta MMA, IBAMA e ICMBIO nº 1/2021; e
- (ix) a recente previsão de avaliação do comportamento da empresa na dosimetria da sanção nos processos conduzidos pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados que, conferindo centralidade a implementação de programas de governança em privacidade, passou a considerar o comportamento corporativo, ainda que de forma tangente, na condução de seu processo administrativo sancionador.

Todos os elementos apresentados indicam, portanto, para a uma verdadeira controvérsia sobre o processo de responsabilização administrativa da pessoa jurídica no Brasil, bem como sobre o real alcance da avaliação do comportamento corporativo. Com efeito, a existência de um sistema pouco dialogado e limitado às legislações setoriais impõe desafios não apenas a dimensão processual da avaliação do comportamento, mas, nos termos expostos, sobre a própria racionalidade da política regulatória brasileira.

Conforme exposto, a história da responsabilização administrativa da pessoa jurídica no Brasil revelou uma predominância da imputação objetiva de culpa que muito pouco contribui para a implementação de um modelo regulatório responsivo e adequado a realidade da pessoa jurídica numa sociedade de riscos. Nesse contexto, a falta de coesão sistêmica nas regras e a ausência de parâmetros objetivos para avaliação dos programas de compliance comprometem não só a previsibilidade e a segurança jurídica nos processos sancionadores, mas também a própria capacidade do modelo regulatório de induzir comportamentos empresariais responsáveis, dissuadir infrações e alcançar metas regulatórias consistentes.

Conforme abordado neste trabalho, a avaliação do comportamento corporativo a partir de uma política regulatória de incentivo destinada a encorajar boas práticas empresariais de forma eficiente mostra-se o primeiro passo para a superação das problemáticas regulatórias expostas. Em razão disso, a incorporação da Teoria da Regulação Responsiva no contexto do Direito Administrativo Sancionador representa um progresso notável que vai além da simples aplicação de penalidades, concentrando-se em uma compreensão mais abrangente do comportamento das empresas e de suas motivações.

A contribuição principal que pode ser extraída do presente trabalho é, portanto, a necessidade de uniformização e racionalização das regras setoriais que regulam o processo administrativo sancionador da pessoa jurídica na Administração Pública federal que, conforme identificado no último capítulo, se materializa, apesar da complexidade da indução da conformidade corporativa, na construção de um arcabouço normativo e regulatório destinado a implementar não apenas a imposição de deveres de compliance, mas também dispor sobre os critérios e parâmetros de avaliação do comportamento corporativo, bem como sobre em que medida a qualidade e a efetividade dos programas de compliance devem ser avaliados num cenário em que se propõe a análise do comportamento sob o prisma de um modelo de responsabilidade administrativa por déficit de autorregulação permanente.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, E. L. (2017). Risco, autorregulação e compliance: bases para um modelo de responsabilização autônoma das pessoas jurídicas no direito penal. Universidade Federal de Pernambuco. Recife: Programa de Pós-Graduação em Direito.
- ALCOFORADO, H. M. (2021). O Novo Regime Jurídico Sancionador no Âmbito do Sistema Financeiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, 82-98.
- AMARO, L. (1996). Infrações Tributárias. *Revista de Direito Tributário*, 67, 25-42.
- AMODU, T. (2008). *The determinants of compliance with laws and regulations with special reference to health and safety*. London: HSE Books.
- ARAGÃO, A. (2013). *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico* (2ª ed. ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- ARANHA et al, M. I. (2020). *Estudo sobre conformação regulamentar apoiada em modelagem regulatória por incentivos*. Brasília: Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações.
- ARANHA, M. I. (2019). Compliance, Governança e Regulação. Em R. V. CUEVA, & A. FRAZÃO, *Compliance: Perspectivas e desafios dos programas de conformidade* (pp. 437- 452). Belo Horizonte: Fórum.
- ARANHA, M. I. (2021). *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório* (6ª ed.). London: Laccademia Publishing.
- ARAUJO, V. S., SILVA, H. H., & PALHARES, R. A. (2020). O Direito Administrativo Sancionador no mercado financeiro e de capitais: as mudanças promovidas pela Lei nº 13.506/2017 no âmbito do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, 1-24.
- ATHAYDE, A. (2021). *Manual dos acordos de leniência no Brasil: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum.
- AYRES, I., & BRAITHWAITE, J. (1992). *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press.
- AZEVEDO, F. C. (2008). *Considerações sobre o direito administrativo do consumidor*. São Paulo : Revista dos Tribunais.
- BACELLAR FILHO, R. F. (2014). *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BACIGALUPO, E. (2011). *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi.
- BADARÓ, G. H., & BOTTINI, P. C. (2013). *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais* (2ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

- BALDWIN, R., & BLACK, J. (2007). Really Responsive Regulation. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 15, 1-47.
- BALDWIN, R., & BLACK, J. (2016). Driving Priorities in Risk-based Regulation: What's the Problem? *JOURNAL OF LAW AND SOCIETY* 43(4), 565-95.
- BALDWIN, R., CAVE, M., & LODGE, M. (2010). Regulation: The Field and the Developing Area. Em *The Oxford Handbook of Regulation* (pp. 3-16). Oxford: Oxford University Press.
- BALDWIN, R., CAVE, M., & LODGE, M. (2012). *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice* (Second ed.). Oxford: Oxford University Press.
- BALDWIN, R., CAVE, M., & LODGE, M. (2012). *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (2. ed. ed.). Oxford: Oxford University Press.
- BALLESEIN, E. J., & EISNER, M. (2009). The promise and pitfalls of co-regulation: how government can draw on private governance for public purpose. Em D. MOSS, & J. CISTERNINO, *New Perspectives on Regulation*. USA: The Tobin Project.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. (2009). *Curso de direito administrativo* (26ª ed.). São Paulo: Malheiros.
- BARAK, G. (jul./dez. de 2015). The Crimes of the Powerful and the Globalization of Crime. *Revista Brasileira de Direito*, 11, pp. 104-114.
- BARBOSA, J. N. (2014). *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica. Dissertação de Mestrado*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- BARDACH, E., & KAGAN, R. A. (1982). *Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness*. Philadelphia, PA: Temple University Press.
- BARRILARI, C. C. (2021). *Crime empresarial, autorregulação e compliance* (2ª ed.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil.
- BARROSO, L. R. (2005). Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, 240, 1-42.
- BECK, U. (2011). *Sociedade de risco - rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34.
- BECK, U. C. (2010). A política na sociedade de risco. (Unicamp, Ed.) *Revista Idéias*(1), 230-252.
- BECK, U., GIDDENS, A., & LASH, S. (1997). *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora da UNESP.
- BENARRÓS, M., & ROMANO, R. F. (jul./dez de 2020). O conceito de pessoa jurídica e sua problemática: a descon sideração da personalidade jurídica no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Civil*, 2(2).
- BENNEAR, L. S. (2006). Evaluating Management-Based Regulation: A Valuable Tool in the Regulatory Toolbox? Em C. COGLIANESE, & J. N. NASH, *Leveraging the Private Sector: Management-Based Strategies for Improving Environmental Performance*. Washington, DC: RFF Press.
- BERLE, A., & MEANS, G. (1932). *The modern corporation and private property*. New York: The Macmillan Company.

- BERTI, F. A., & LUSTOZA, H. K. (outubro de 2009). A Análise da Culpabilidade do Contribuinte na Aplicação da Multa Punitiva Tributária nos Termos do Artigo 136 do CTN. *Revista de Direito Público*, 6(29), 133-142.
- BIM, E. F. (01 de 04 de 2001). A inconstitucionalidade da responsabilidade objetiva no Direito Tributário Sancionador. *Revista de Direito Administrativo*, 224, 211-238. Acesso em 29 de 09 de 2022, disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47767>
- BIM, E. F. (2010). O mito da responsabilidade objetiva no direito ambiental sancionador: imprescindibilidade da culpa nas infrações ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, 57, pp. 35-45.
- BINENBOJM, G. (2014). *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar.
- BINENBOJM, G. (2017). *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum.
- BITENCOURT, C. R. (2014). *Tratado de Direito Penal: Parte Geral* (20 ed.). São Paulo: Saraiva.
- BLACK, J. (February de 2001). Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a 'post-regulatory' world. *Current Legal Problems*, 54, pp. 103–147. doi:10.1093/clp/54.1.103
- BLACK, J. (2002). Critical Reflections on Regulation. *Australian Journal of Legal Philosophy*(27), 1-35.
- BLACK, J. (2005). The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom. *Public Law*, pp. 510-547.
- BLACK, J., & BALDWIN, R. (Abril de 2010). Really Responsive Risk-Based Regulation. *Law & Policy*, 32(2), pp. 181-213.
- BLACK, J., & BALDWIN, R. (Junho de 2012). When Risk-Based Regulation Aims Low: A Strategic Framework. *Regulation & Governance*, 6, pp. 131–148.
- BOBBIO, N. (2008). *Teria da norma jurídica*. (F. P. Sudatti, Trad.) Bauru: Edipro.
- BORCK, J. C., & COGLIANESE, C. (2011). Beyond Compliance: Explaining Business Participation in Voluntary Environmental Programs. Em C. Parker, & V. L. Nielsen (Eds.), *Explaining Compliance: Business Responses to Regulation* (pp. 139-169). Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- BOTTINI, P. (2013). Independência das esferas administrativa e penal é mito. *Consultor Jurídico*. Fonte: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-21/direito-defesa-independencia-ambitos-administrativo-penal-mito>
- BOTTINI, P. C. (2007). *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BOTTINI, P. C. (2013). *Crimes De Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BOTTINI, P. C., & TAMASAUSKAS, I. (2014). A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. *Consultor Jurídico*.
- BRAITHWAITE, J. (1982). Enforced Self Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control. *Michigan Law Rev*, pp. 1466–507.

- BRAITHWAITE, J. (1985). *To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety*. Albany: State University of New York Press.
- BRAITHWAITE, J. (1989). *Crime, Shame and Reintegration*. New York: Cambridge University Press.
- BRAITHWAITE, J. (2002). *Restorative Justice & Responsive Regulation*. Oxford: Oxford University Press.
- BRAITHWAITE, J. (2006). Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development*, 34(5), 884.
- BRAITHWAITE, J. (2008). *Regulatory Capitalism*. Northampton-MA: Edward Elgar.
- BRAITHWAITE, J. (mar de 2011). The essence of responsive regulation (Fasken Lecture). *UBC Law Review*, 44(3), 475-520.
- BRAITHWAITE, J., & MAKKAI, T. (1991). Testing an expected utility model of corporate deterrence. *Law & Society Review*, pp. 7-40.
- BRAITHWAITE, J., & MAKKAI, T. (1994). Trust and Compliance. *Policing and Society*, pp. 1-12.
- BRAITHWAITE, J., MAKKAI, T., & BRATHWAITE, V. (2007). *Regulating Aged Care: Ritualism and the New Pyramid*. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- BRANDÃO, C. (jul.-dez de 2004). Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito penal brasileiro. *Ciências Penais*, 1, pp. 171-184.
- BRASIL. (2018). *Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR*. Brasília: Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União .
- BRUNA, S. V. (jul./dez. de 2001). Programas de Compliance Antitruste: Por que cumprir a lei é bom negócio. *Revista de Direito Econômico*.
- CALDEIRA, F. M. (mar-abr de 2012). A conformação constitucional do Direito Penal Econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal. *RBCCrim - Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 95(20), 327-356.
- CÂMARA, J. d. (2018). A responsabilidade penal da empresa sob o prisma da culpabilidade. Em A. d. SOUZA, & J. d. CÂMARA, *Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade empresarial*. Brasília: ESMPU.
- CAPAGIO, A. d., & COUTO, R. (2021). *Nova Lei de licitações e contratos administrativos: Lei n. 14.133/2021*. São Paulo: Saraiva.
- CARDOSO, D. M. (2013). *A extensão do Compliance no Direito Penal: análise crítica na perspectiva da Lei de Lavagem de Dinheiro*. Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo.
- CARVALHO, É. M. (2011). Limites e Alternativas à Administrativização do Direito Penal do Ambiente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 92.
- CAVALIERI FILHO, S. (2010). *Programa de responsabilidade civil* (9ª ed.). São Paulo: Atlas.
- CEREZO MIR, J. (1993). Sanções Penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, n. 2.

- CLARKE, T. (2004). Cycles of crisis and regulation: the enduring agency and stewardship problems of corporate governance. *Corporate Governance: An International Review*, 12(2), pp. 153-161.
- CLARKSON, M. B. (jan de 1995). A stakeholder framework for analyzing and evaluating corporate social performance. *Academy of Management Review*, 20, pp. 92-117.
- CLODOVIL et al, L. (2011). *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: RT.
- COCA VILA, I. (2013). ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? Em J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Criminalidad de empresa y compliance* (pp. 43-73). Barcelona: Atelier.
- COÊLHO, S. C. (2020). *Curso de direito tributário brasileiro* (17ª ed.). Forense.
- COGLIANESE, C., & LAZER, D. (2003). Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals. *Law & Society Review*, 37(Number 4).
- COGLIANESE, C., & MENDELSON, E. (2010). Meta-Regulation and Self-Regulation. Em R. BALDWIN, M. CAVE, & M. LODGE, *The Oxford Handbook of Regulation* (pp. 146-168). Oxford: Oxford University Press.
- COGLIANESE, C., & NASH, J. (2001). Management-Based Strategies: An Emerging Approach to Environmental Protection. Em C. Coglianese, & J. Nash, *Leveraging the Private Sector: Management-Based Strategies for Improving Environmental Performance*. Washington: RFF Press.
- COGLIANESE, C., & NASH, J. (2009). Government Clubs: Theory and Evidence from Voluntary Environmental Programs. Em M. POTOSKI, & A. (. PRAKASH, *Voluntary Programs: A Club Theory Approach*. Cambridge, MA: MIT Press.
- CROLEY, S. P. (2008). *Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government*. Princeton: Princeton University Press.
- CUEVA, R. V. (2018). Funções e finalidades dos programas de compliance. Em R. V. CUEVA, & A. (. FRAZÃO, *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade* (pp. 53-69). Belo Horizonte: Fórum.
- DARNACULLETA Y GARDELLA, M. M. (2005). *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons.
- DARNACULLETA Y GARDELLA, M. M. (2015). La autorregulación regulada en la doctrina anglosajona y continental-europea. Em L. A. JIMENEZ, & A. N. MARTIN, *Autorregulación y sanciones* (pp. 119-145). Navarra: Aranzadi.
- DE CARLI, C. V. (2016). *Anticorrupção e compliance: a incapacidade da Lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
- DEL TESO, Á. d. (1996). *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- DEMATTÉ, F. R. (2014). *RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS POR CORRUPÇÃO: Uma análise do modelo sancionador da Lei nº 12.846/2013 segundo o paradigma do direito de intervenção*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público.

- DEODATO, F. A. (2010). *Direito penal econômico: a pessoa coletiva como agente de crimes e sujeito de penas*. Curitiba: Juruá.
- DI PIETRO, M. S. (2004). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum.
- DI PIETRO, M. S. (2011). *Direito administrativo* (12ª ed.). São Paulo: Atlas.
- DIAS, J. d., & ANDRADE, M. d. (2013). *Criminologia - O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. . Coimbra: Coimbra Editora.
- DOTTI, R. A. (2001). *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense.
- DRAHOS. (2017). *Regulatory Theory: Foundations and Applications*. (P. Drahos, Ed.) Acton: Australian National University Press.
- DWORKIN, R. (2007). *O império do direito* (2ª ed ed.). São Paulo: Martins Fontes.
- ENTERRÍA, E. G., & FERNANDEZ, T.-R. (2014). *Curso de Direito Administrativo. Tomo I*. (T. d. Cal, Trad.) São Paulo: Revista dos Tribunais.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2015). Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad. Em L. A. JIMENEZ, & A. N. MARTIN, *Autorregulación y sanciones* (p. 200). Navarra: Aranzadi.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. (2012). La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal. Em M. BAJO FERNANDES, B. J. FEIJOO SÁNCHEZ, & C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi.
- FELDENS, L., & AZAMBUJA, M. A. (2016). Criminalidade corporativa e diretrizes do Department of Justice (USA): realidades e tendências. Em L. FELDENS, H. ESTELLITA, & A. (. WUNDERLICH, *Direito penal econômico e empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- FELDMAN, Y. (2011). Five Models of Regulatory Compliance Motivation: Empirical Findings and Normative Implications. Em D. LEVI-FAUR, *Handbook on the politics of regulation*. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- FELDMAN, Y. (2011). The Complexity of Disentangling Intrinsic and Extrinsic Compliance Motivations: theoretical and empirical insights from the behavioral analysis of law. *Washington University Journal of Law & Policy*, 35, pp. 11-51.
- FELDMAN, Y. (2018). *The Law of Good People: Challenging State's Ability to Regulate Human Behavior*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FELDMAN, Y., & KAPLAN, Y. (2021). Behavioral Ethics as Compliance. Em B. VAN ROOIJ, & D. SOKOL, *Cambridge Handbook of Compliance* (p. 800). Cambridge: Cambridge University Press.
- FERNÁNDEZ, M. B., & SAGGESE, S. B. (2010). *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editoria Universitaria Ramón Areces.
- FERRAJOLI, L. (2002). *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT.
- FERRAZ, S., & DALLARI, A. A. (2012). *Processo Administrativo* (3ª ed ed.). São Paulo: Malheiros.
- FERREIRA, D. (2001). *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros.

- FERREIRA, D. (2010). *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum.
- FERREIRA, K. P. (2014). *Responsabilidade Civil Preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Direito Civil. São Paulo: Universidade de São Paulo.
- FISSE, B., & BRAITHWAITE, J. (1993). *Corporations, Crime and Accountability*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FISSE, B., & BRAITWAITE, J. (1983). *The Impact of Publicity on Corporate Offenders*. Albany: State University of New York.
- FORNASIER, M. d., & FERREIRA, L. V. (2015). A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. *Revista de Direito Internacional*, 12(1), 395-414.
- FORTINI, C. (2018). A atividade sancionatória e a aposta da CVM para o acordo de supervisão. *Conjur*. Fonte: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-28/atividade-sancionatoria-proposta-cvm-acordosupervisao>
- FORTINI, C. (2018). Comentários ao art. 17. Em M. S. DI PIETRO, & T. (. MARRARA, *Lei anticorrupção comentada* (2ª ed., pp. 229-238). Belo Horizonte: Fórum.
- FRAZÃO, A. (2017). *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva.
- FRAZÃO, A. (2017). Função social da empresa. Em C. F. CAMPILONGO, A. d. GONZAGA, & A. L. FREIRE, *Enciclopédia jurídica da PUCSP - Tomo: Direito Comercial*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- FRAZÃO, A., & ATHAYDE, A. (2018). LENIÊNCIA, COMPLIANCE E O PARADOXO DO OVO OU DA GALINHA: DO COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE AUTORREGULAÇÃO EMPRESARIAL. Em R. V. CUEVA, & A. (. FRAZÃO, *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade* (pp. 297-314). Belo Horizonte: Fórum.
- FRAZÃO, A., & CARVALHO, A. G. (2017). Responsabilidade Social Empresarial. Em A. (. FRAZÃO, *Constituição, Empresa e Mercado*. Brasília: Faculdade de Direito - UnB.
- FRAZÃO, A., & MARTINEZ MEDEIROS, A. R. (2018). *Desafios para a efetividade dos programas de compliance*. In: *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte : Fórum.
- FREEMAN, E. e. (2010). *Stakeholders theory: the state of the art*. New York: Cambridge Press,.
- FREEZA, E. A., & VILLAR, P. C. (2020). *Natureza jurídica da responsabilidade por infração administrativa ambiental* (1 ed., Vol. 2). São Paulo: Revista Ciências Sociais e Jurídicas .
- FREITAS, J. (1997). *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. . São Paulo: : Malheiros.
- G20/OECD. (2015). *Principles of corporate governance*. Paris: OECD.
- GÂNDARA, L. (jan de 2012). Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos Tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, 21.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ, T.-R. (2014). *Curso de direito administrativo, Tomo II*. (J. A. Froes, Trad.) São Paulo: Revista dos Tribunais.

- GIBSON, D., BRAITHWAITE, J., BRAITHWAITE, V., & MAKKAI, T. (1992). Evaluating Quality of Care in Australian Nursing Homes. *Australian Journal on Ageing*, 11(4), 3-9.
- GILBERTO, A. M. (2017). *O Processo Antitruste Sancionador: teoria e prática da investigação das infrações à concorrência* (2ª ed.). São Paulo: Editora Singular.
- GÓMES-JARA DÍEZ, C. (2006). El modelo constructivista de autorresponsabilidad empresarial. Em C. GÓMES-JARA DÍEZ, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*. Navarra: Aranzadi.
- GÓMES-JARA DÍEZ, C. (2015). La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Em L. A. Jimenez, & A. N. Martin, *Autorregulación y sanciones* (pp. 253-313). Navarra: Aranzadi.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2010). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*. Lima: Ara.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2012). La culpabilidad de la persona jurídica. Em M. BAJO FERNANDES, B. J. FEIJOO SÁNCHEZ, & C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi.
- GONZALES, A., & BERINI, L. (2013). Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho Penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. Em J. M. SILVA-SANCHEZ, & R. M. FERNANDEZ, *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier.
- GRECO FILHO, V., & RASSI, J. D. (2014). A Corrupção e o Direito Administrativo Sancionador. Em L. M. BLAZECK, & L. L. MARZAGÃO JÚNIOR, *Direito Administrativo Sancionador* (pp. 321-334). São Paulo: Quartier Latin.
- GRECO, L. (2010). A Relação entre o Direito penal e o Direito administrativo no Direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 8.
- GRECO, L. (2013). *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: RT.
- GRECO, R. (2014). *Curso de Direito Penal: Parte Geral* (8 ed.). Rio de Janeiro: Impetus.
- GUEDES, G. S. (2019). Regime de responsabilidade adotado pela lei de proteção de dados brasileira. Em C. A. SOUZA, *Caderno especial: Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GUERRA, S. (2018). *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas* (5ª ed.). Belo Horizonte: Fórum.
- GUNNINGHAM, N. (2009). When Social Norms and Pressures Are Not Enough: Environmental Performance in the Trucking Industry. *Law & Society Review*, pp. 405-435.
- GUNNINGHAM, N. (2015). *Compliance, Enforcement, and Regulatory Excellence*. Australian National University: Regulatory Institutions Network.
- GUNNINGHAM, N. (2015). Systemic Risk Based Regulation: Theory and Practice. *RegNet Working Paper*.

- GUNNINGHAM, N. (2015b). Regulation: From Traditional to Cooperative. *RegNet Research Paper No. 2015/91*. Fonte: <https://ssrn.com/abstract=2666824>
- GUNNINGHAM, N. (s.d.). Enforcement and Compliance Strategies. Em Baldwin, *The Oxford Handbook of Regulation*. Great Britain.
- GUNNINGHAM, N., & GRABOSKY, P. (1998). *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. New York: Oxford University Press.
- GUNNINGHAM, N., & KAGAN, R. (2005). Regulation and Business Behavior. *Law and Policy*, 2, pp. 213-218.
- GUNNINGHAM, N., & REES, J. (1997). Industry Self-Regulation: an Institutional Perspective. *Law & Policy*, 19 (363).
- GUNNINGHAM, N., & SINCLAIR, D. (1999). Integrative regulation: a principle-based approach to environmental policy. *Law & Society Inquiry*, 24(853).
- GUNNINGHAM, N., & SINCLAIR, D. (1999). Regulatory pluralism: designing policy mixes for environmental protection. *Law & Policy*, 21(49).
- GUNNINGHAM, N., & SINCLAIR, D. (2017). Smart regulation. Em P. Drahos, *Regulatory theory: foundations and applications* (pp. 133-148). Camberra: ANU Press.
- GUNNINGHAM, N., THORNTON, D., & KAGAN, R. (2005). Motivating Management: Corporate Compliance in Environmental Protection. *Law and Policy*, 2, pp. 289-316.
- GUZELA, R., MOREIRA, E., & CANTO, M. (2020). *Lei anticorrupção brasileira*. In: CARVALHO, A. et al. (Org.). *Manual de compliance*. (2 ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- HABERMAS, J. (2003). *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* (Vol. vol. I e II). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- HARB, K. H., & GONÇALVES, G. V. (2022). As nulidades no direito administrativo sancionador: um panorama do processo administrativo nas agências reguladoras federais. Em A. VORONOFF, J. B. PALMA, & R. TOLEDO, *Direito Administrativo Sancionador Regulatório* (pp. 279-308). Rio de Janeiro: CEEJ.
- HENKES, S. L. (2007). Os novos contornos da tutela jurídica na sociedade de risco: dano ambiental futuro e risco do dano. *Revista de direito difusos*, 43, pp. 77-108.
- IBGC. (2015). *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*. (5ª ed.). São Paulo: IBGC.
- IRAMINA, A. (outubro de 2020). RGPD v. LGPD: Adoção Estratégica da Abordagem Responsiva na Elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil e do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, 12, pp. 91-117.
- JENNINGS, P. L., MITCHELL, M. S., & HANNAH, S. T. (February de 2015). The moral self: A review and integration of the literature. *Journal of Organizational Behavior*, 36(S), pp. 104-168.
- JENSEN, M. (2002). Value maximization, stakeholder theory, and the corporate objective function. *Business Ethics Quarterly*, 12(2), pp. 235-256.

- JENSEN, M. C., & MECKLING, W. H. (2004). *Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure. Theories of corporate governance: the philosophical foundations of corporate governance*. London/New York: Routledge.
- JUSTEN FILHO, M. (2002). *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética.
- JUSTEN FILHO, M. (2014). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- JUSTEN, F. M. (1987). *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- KAGAN, R. A. (1989). Understanding Regulatory Enforcement. *11 Law & Pol'y Q*, 89.
- KAGAN, R., & SCHOLZ, J. (1984). The 'criminology of the corporation' and regulatory enforcement strategies. Em K. & Hawkins, *Enforcing Regulation* (pp. 67-95). Boston: Kluwer Nijhoff Publishing.
- KAGAN, R., GUNNINGHAM, N., & THORNTON, D. (2003). Explaining Corporate Environmental Performance: How Does Regulation Matter? *Law and Society Review*, 1, pp. 51-90.
- KELSEN, H. (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*. (B. L. Paulson, & S. L. Paulson, Trans.) Oxford: Oxford University Press.
- KELSEN, H. (2000). *Teoria pura do direito*. (J. B. Machado, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.
- KELSEN, H. (2003). *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. (E. Vásquez, R. I. Ortiz, J. A. Bacqué, M. I. Azaretto, & E. Bulygin, Trans.) Cidade do México: Fontamara.
- KNOPF HOLZ, A. (2011). Sociedade de Riscos e Poder de Polícia: da Administrativização do Direito Penal ao Fortalecimento do Direito Administrativo Sancionador. *Ciências Penais*, 15.
- KOEHLER, M. (2010). The facade of FCPA enforcement. *Georgetown Journal of International Law*, 41.
- KOLIEB, J. (2015). When to Punish, When to Persuade and When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond. *Monash University Law Review*, 41(1), 136-162.
- LACERDA, N. d. (2020). *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. Brasília: UnB .
- LAUFER, W. (2006). *Corporate bodies and guilty minds*. Chicago: Chicago Press.
- LAUFER, W. (2014). Where is the moral indignation over corporate crime? . Em D. e. BRODOWSKI, *Regulating corporate criminal liability*. Heidelberg: Springer.
- LAUFER, W. (2015). O Compliance game. Em E. SAAD-DINIZ, D. BRODOWSKI, & A. L. SÁ, *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira* (T. I. Firmino, Trad.). São Paulo: LiberArs.
- LAUFER, W. S. (September de 2017). The Missing Account of Progressive Corporate Criminal Law. *New York University Journal of Law and Business*, 14.
- LENOX, M. (2007). Do Voluntary Standards Work Among Corporations? The Experience of the Chemicals Industry. Em D. L. Brown, & N. Woods (Eds.), *Making Global Self-Regulation Effective in Developing Countries* (pp. 62-77). Oxford: Oxford University Press.

- LEONARDO, R. X. (dez de 2007). Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 46.
- LEVI-FAUAR, D. (2011). *Handbook on the Politics of Regulation*. (D. Levi-Faur, Ed.) Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- LOBO DA COSTA, H. R. (2008). *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- LOBO DA COSTA, H. R. (2013). *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. São Paulo: Tese de Livre- Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo.
- LODGE, M., & WEGRICH, K. (2012). *Managing Regulation: Regulatory Analysis, Politics and Policy*. London: Palgrave Macmillan.
- LOPEZ, T. A. (2010). *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin.
- LORIA, E., & MENDES, M. M. (2015). O Processo Administrativo Sancionador na CVM e a Pessoa Jurídica . *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 1-19.
- LOSINSKAS, P. V., & FERRO, M. R. (2022). *Exigência de Compliance nas licitações e contratações públicas*. In: CARVALHO, André Castro, ALVIM, Tiago Cripa, BERTOCCELLI, Rodrigo, VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense.
- LUPI, A. L., & BONSERE, S. F. (2021). Processo Administrativo Sancionador do Banco Central: avanços e controvérsias. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, 94-112.
- MACHADO, M. R. (2009). *Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas: uma contribuição para o debate público brasileiro*. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Brasília: Série Pensando o Direito - Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.
- MACHADO, P. A. (2012). *Direito Ambiental Brasileiro* (20 ed.). São Paulo: Malheiros.
- MARINHO DA COSTA, Y. R. (2019). *Delineamentos sobre a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção no Brasil*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo.
- MARQUES NETO, F. d. (2000). Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, 221, 353-370.
- MARQUES NETO, F. d. (2009). *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum.
- MARTINEZ, A. P. (2013). *Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Editora Singular.
- MATTIUZZO, M. (Maio de 2017). Concorrência e corrupção – programas de compliance no debate jurídico-institucional brasileiro. . *Revista de Defesa da Concorrência*, 5.
- MAY, P. J. (2004). Compliance Motivations: Affirmative and Negative Bases. *Law and Society Review*, pp. 41-68.

- MEDAURO, O. (2018). *Direito Administrativo Moderno* (21 ed.). Belo Horizonte: Fórum.
- MEIRELLES, H. L. (1998). *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros.
- MELLO, R. M. (out./dez. de 2005). Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*(22), 25-57.
- MELLO, R. M. (2007). *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros.
- MENDES, H. C. (2021). A Dosimetria da Penalidade Administrativa Aplicada pelo Banco Central, após a Vigência da Lei 13.506, de 13 de novembro de 2017. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, 127-143.
- MILARÉ, E. (2016). *Reação jurídica à danosidade ambiental: Contribuições para o delineamento de um microsistema de responsabilidade*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- MISALE, G. T. (2019). *Programas de Compliance à luz do ordenamento concorrencial brasileiro: instrumentos de conformidade para a política anticartel*. São Paulo : Universidade de São Paulo.
- MORGAN, B., & YEUNG, K. (2007). An Introduction to Law and Regulation. *Cambridge University Press*.
- NADER, P. (2015). *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil* (Vol. VII). Rio de Janeiro: Forense.
- NIETO MARTÍN, A. (2001). *Hacia una administrativización del Derecho penal o una penalización del Derecho administrativo sancionador. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Salamanca.
- NIETO MARTIN, A. (2008). Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Política Criminal*, nº 5, 1-18.
- NIETO MARTÍN, A. (2008b). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel.
- NIETO MARTÍN, A. (2008c). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. *Nueva Doctrina Penal*, pp. 125-159.
- NIETO MARTÍN, A. (2013). Problemas Fundamentales del Cumplimiento Normativo en el Derecho Penal. Em J. P. MONTIEL, L. KUHLEN, & Í. O. GIMENO, *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 21-50). Barcelona: Marcial Pons.
- NIETO MARTÍN, A. (2015). El cumplimiento normativo. Em A. N. MARTIN, J. A. LASCURAIN SANCHEZ, I. B. CORDERO, P. P. FERNANDEZ, & B. G. MORENO, *Manual de Cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant.
- NIETO MARTÍN, A. (Maio-Agosto de 2020). La Autorregulación Preventiva de la Empresa como Objeto de la Política Criminal. *Revista EMERJ*, v. 22, n.2, pp. 9-31.
- NIETO, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador* (5ª ed.). Madrid: Tecnos.
- NONINO, M. E., & FERREIRA, D. (2017). O recrudescimento do Direito Administrativo Sancionador na Sociedade de Riscos. *Percursos*, 2. Fonte: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/>

- NORTH, D. C. (1990). *Institutions, institutional change and economic performance: Political economy of institutions and decisions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- O’SULLIVAN, K. F. (1 de Set de 2011). A discussion on the resilience of command and control regulation within regulatory behaviour theories. p. 4. Fonte: <http://ssrn.com/abstract=1927500>
- ODED, S. (2013). *Corporate Compliance. New Approaches to Regulatory Enforcement. New Horizons in Law and Economics*. Cheltenham; Northampton, UK; USA: Edward Elgar.
- OECD . (2004). *Principles of corporate governance*. Paris, France: OECD.
- OECD. (2000). *Reducing the Risk of Policy Failure: Challenges for Regulatory Compliance*. Paris: OECD.
- OGUS, A. (2004). *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Hart Publishing.
- OLIVEIRA, A. B. (2011). *A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado por atos ilícitos. Doutrinas essenciais de responsabilidade civil* (Vol. Vol. 3). São Paulo: RT.
- OLIVEIRA, A. C. (2013). *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM.
- OLIVEIRA, J. R., & GROTTI, D. A. (mar./abr. de 2020). Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público - IP*, 22, pp. 83-126.
- OLIVEIRA, R. F. (2012). *Infrações e sanções administrativas* (3ª ed.). São Paulo: RT.
- OSÓRIO, F. M. (2023). *Direito administrativo sancionador* (9ª ed. ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PALMA, J. B. (2010). Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, 5(8).
- PALMA, J. B., & MARQUES NETO, F. d. (2022). Consensualidade Administrativa na regulação: acordos substitutivos no setor de telecomunicações. Em A. VORONOFF, J. B. PALMA, & R. TOLEDO, *Direito Administrativo Sancionador Regulatório* (pp. 311-345). Rio de Janeiro: CEEJ.
- PARKER, C. (2002). Meta-regulation: the regulation of self-regulation. Em C. PARKER, *The Open Corporation: effective self-regulation and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PARKER, C. (2002). *The Open Corporation Effective Self-regulation and Democracy*. . Cambridge: Cambridge University Press.
- PARKER, C. (2007). Meta-Regulation: Legal Accountability for Corporate Social Responsibility? Em D. MCBARNET, A. VOICULESCU, & T. (. CAMPBELL, *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*. Cambridge University Press.
- PARKER, C., & NIELSEN, V. L. (2011). *Explaining Compliance: Business Responses to Regulation*. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- PEREIRA NETO, C. M., & CASAGRANDE, P. L. (2016). *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva.
- PIMENTEL, R. N. (2017). A evolução da responsabilidade sob os pontos de vista jurídico e filosófico. *Revista Annales*, 2(2).

- PINHO, A. L. (julho de 2011). O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar. *Revista da CGU, Edição Especial - Correição*, 15-27.
- PINHO, C. A. (2018). Retrospecto da responsabilidade da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro: do Código Civil de 1916 até a compreensão da responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). *Revista Digital de Direito Administrativo*, 5, pp. 32-65.
- PONTES DE MIRANDA, F. (1996). *Comentários ao Código de Processo Civil - Tomo IV* (3ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- PRADO, L. R. (2011). *Curso de Direito Penal brasileiro* (10 ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PRADO, L. R. (2019). *Bem jurídico-penal e Constituição* (8ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- RIBAS, G. F. (2016). *Processo Administrativo de Investigação de Cartel*. São Paulo: Singular.
- ROSSETTI, J. P., & ANDRADE, A. (2016). *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Atlas Gen.
- ROXIN, C. (2012). *Estudos de Direito Penal* (2ª ed.). (L. Greco, Trad.) Rio de Janeiro: Renovar.
- SAAD-DINIZ, E. (2015). Regulação privada: Há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo. Em E. SAAD-DINIZ, D. BRODOWSKI, & A. L. SÁ, *Regulação do abuso no âmbito corporativo*. São Paulo: LiberArs.
- SAAD-DINIZ, E. (2018). Compliance sob a perspectiva da criminologia econômica. Em A. FRAZÃO, & R. V. CUEVA, *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade* (p. 527). Belo Horizonte: Fórum.
- SAAD-DINIZ, E. (2019). *Ética negocial e compliance : entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.
- SAAD-DINIZ, E. (2019). *Vitimologia Corporativa*. São Paulo: Tirant lo Blanch.
- SABOYA, K. (2014). *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- SALAMA, B. M. (2014). *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: História, Direito e Economia*. São Paulo: Malheiros.
- SALOMÃO FILHO, C. (2007). *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros.
- SALOMÃO FILHO, C. (2008). *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos* (2ª ed.). São Paulo: Malheiros.
- SALOMÃO FILHO, C. (2019). *O Novo Direito Empresarial: Eficácia e Sustentabilidade* (6ª ed.). São Paulo: SaraivaJur.
- SALVADOR NETTO, A. V. (2020). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica [livro eletrônico]* (2ª ed ed.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil.
- SAMPAIO, G. (2019). Regime de responsabilidade adotado pela lei de proteção de dados brasileira. Em C. A. SOUZA, E. MAGRANI, & P. (. SILVA, *Caderno especial: Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*. . São Paulo: Revista dos Tribunais.

- SANTOS, A. P., OSÓRIO, F. M., & WELLISCH, J. S. (2012). *Mercado de Capitais: regime sancionador*. São Paulo: Saraiva.
- SANTOS, J. C. (2008). *Direito penal: parte geral* (3ª ed.). Curitiba: Lumen Juris.
- SARCEDO, L. (2014). *Compliance e Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- SCHREIBER, A. (2013). *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. (5ª ed.). São Paulo: Atlas.
- SCHÜNEMANN, B. (enero/abril de 1988). Cuestiones Básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLI, pp. 529-558.
- SEIFERT, R. G. (2011). *Culpabilidade e Responsabilidade Administrativa Ambiental* (19 ed., Vol. 14). São Paulo: Revista de Direito.
- SHECAIRA, S. S. (2003). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica* (2ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- SHECAIRA, S. S. (2018). *Criminologia* (7ª ed. ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- SIDNEY, I. (2019). COMPLIANCE BANCÁRIO. *COMPLIANCE: PERSPECTIVAS E DESAFIOS DOS PROGRAMAS DE CONFORMIDADE*, 453-473.
- SIEBER, U. (2013). Programa de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. Em L. A. ZAPATERO, & A. V. NIETO MARTÍN, *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant .
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2002). *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2002). *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2013). La responsabilidad de las personas jurídicas en derecho español. Em J.-M. SILVA SÁNCHEZ, & R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Criminalidad de empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier.
- SILVA, D. P. (2010). *Vocabulário jurídico conciso*. (2ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- SILVA-SÁNCHEZ, J. M. (1995). Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos em derecho español . Em J. M. SILVIA SÁNCHEZ, *Fundamentos de um Sistema Europeo del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.
- SILVA-SÁNCHEZ, J. M. (1997). Critérios de asignación de responsabilidad em estruturas jerárquicas . Em S. BACIGALUPO, *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- SILVEIRA, A. D. (2014). *Governança corporativa: o essencial para líderes* . Rio de Janeiro: Elsevier.

- SILVEIRA, A. D. (2015). *Governança Corporativa no Brasil e no Mundo: teoria e prática*. (2ª ed.). Rio de Janeiro: Elsevier.
- SILVEIRA, P. B. (2014). O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. *Revista de Defesa da Concorrência*, 2014.
- SILVEIRA, R. d. (2003). *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- SILVEIRA, R. d. (2016). *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido.
- SILVEIRA, R. d., & SAAD-DINIZ, E. (2015). *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva.
- SILVEIRA, R. M.-3. (2006). *Direito Penal econômico como direito penal de perigo*. Brasília: Revista dos Tribunais.
- SINCLAIR, D. (1997). Self-Regulation Versus Command and Control? Beyond False Dichotomies . *Law & Policy*, pp. 529-559.
- SOLTES, E. (2018). Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms. *Journal of Law & Business*, 14.
- SOUSA, R. G. (1975). *Compêndio de legislação tributária*. Resenha Tributária.
- SOUZA, J. M. (2015). Responsabilização administrativa na lei anticorrupção. Em J. M. SOUZA, & R. P. QUEIROZ, *Lei Anticorrupção* (pp. 131- 168). Salvador: Juspodivm.
- STUCKE, M. E. (2014). In Search of Effective Ethics & Compliance Programs. *Journal of Corporation Law* 769, 39.
- SUNDFELD, C. A. (2000). Introdução às Agências Reguladoras. Em C. A. SUNDFELD, *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros.
- SUNDFELD, C. A. (2003). *Direito Administrativo Ordenador*. . São Paulo: Malheiros.
- SUNSTEIN, C. (1993). *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press.
- TANGERINO, D. d. (set./out. de 2010). Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 86, pp. p. 36-60.
- TANGERINO, D. d. (2011). *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- TANURE, F. (2005). *A responsabilidade administrativa no mercado de valores mobiliários*. Rio de Janeiro.
- TARTUCE, F. (2011). *Responsabilidade Civil Objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. Rio de Janeiro: Florense.
- TEPEDINO, G., TERRA, A. d., & GUEDES, G. S. (2020). *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense.

- TEUBNER, G. (1986). After Legal Instrumentalism: Strategic Models of Post-Regulatory Law. Em G. T. (org.), *Dilemmas of Law in the Welfare State* (pp. 299-326). Berlin: Walter de Gruyter.
- TEUBNER, G. (2003). A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Impulso*, 13(33), 9-31.
- TEUBNER, G. (2005). *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep.
- TEUBNER, G. (2012). Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (Corporate Codes of Conduct) privados e estatais. Em G. (. SCHWARTZ, *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- TORRES, R. L. (2011). *CURSO DE DIREITO FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO* (18ª ed.). Renovar.
- TREVIÑO, L. K., WEAVER, G. R., & REYNOLDS, S. J. (December de 2006). Behavioral Ethics in Organizations: A Review. *Journal of Management*, 32(6). doi:10.1177/0149206306294258
- VENOSA, S. d. (2010). *Direito Civil. Parte Geral* (10ª ed.). São Paulo: Atlas.
- VENTURI, T. G. (2012). *A construção da responsabilidade civil preventiva no Direito Civil Contemporâneo*. Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba: UFPR.
- VENTURI, T. G. (2012). *A construção da responsabilidade civil preventiva no Direito Civil Contemporâneo*. Tese de Doutorado, Universidade, Faculdade de Direito, Curitiba.
- VERÍSSIMO, C. (2017). *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. . Saraiva Jur: São Paulo.
- VERZOLA, M. A. (2011). *Sanção no direito administrativo*. São Paulo: Saraiva.
- VITTA, H. G. (2003). *A sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- VORONOFF, A. (2018). *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. . Belo Horizonte: Fórum.
- VORONOFF, A. B. (2019). Constitucionalização do Direito Administrativo Sancionador: um processo em andamento. Em C. BOLONHA, F. C. OLIVEIRA, M. ALMEIDA, & E. P. SEGUNDO, *30 anos da Constituição de 1988: uma jornada democrática inacabada* (p. 624). Belo Horizonte: Fórum.
- WEBER, M. (1957). *The Theory of Social and Economic Organization*. Glencoe, Ill.: Free Press.
- WELLNER, P. A. (2005). Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. *Cardozo Law Review*, 27.
- WILLIAMSON, O. (1985). *The economic institutions of capitalism*. New York: Free Press.
- XAVIER, C. P. (2015). *Programas de compliance anticorrupção no contexto da Lei 12.846/13: elementos e estudo de caso*. Escola de Direito. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas.
- ZULGADÍA ESPINAR, J. M. (2008). *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: Presupuestos sustantivos y procesales*. Valencia: Tirant lo blanch.