

Por Tercio Sampaio Ferraz Junior e Juliano Maranhão (\*)

A criação de uma lei ou a sua regulamentação dirige-se sempre a fatos futuros. Essa regra básica é constantemente ameaçada por impulsos e pressões do momento, como ocorre no atual contexto das investigações sobre corrupção no país, cujas tonalidades levantaram debate público sobre a própria moralidade nacional, trazendo um clamor popular por urgência na punição de condutas já ocorridas, que não é congênere à atividade legislativa.

A grande novidade da Lei Anticorrupção ([Lei 12.846/13](#)) está na punição administrativa das pessoas jurídicas, por *responsabilização objetiva*. Para pensar essa inovação algumas premissas são importantes.

Primeiro, abandonar o vício de pensar a infração como o não direito. O pressuposto da lei não é que a corrupção está fora do direito, mas que ela ocorre e, por isso, tem suas consequências delimitadas pelo direito. Quando a responsabilização da empresa se dá por atos praticados em seu interesse ou benefício (artigo 2º), mesmo que não tenha ocorrido para tanto, o fundamento e a legitimidade da punição está em uma alocação de riscos, que reflete determinada política pública. A lei não exclui a corrupção. A real questão é: considerando que provavelmente ocorrerão atos de corrupção, quem deve pagar pelos custos sociais por ela gerados. A solução da Lei 12.846/13 para atos ligados à prestação de serviços ou contratações com entes públicos é a de que o ônus financeiro será em grande parte arcado pelas empresas contratantes.

Segundo, justamente por ocorrer essa alocação de riscos para as empresas, o Estado deve prover os meios para que possam incorporar e geri-los em suas atividades, explicitando critérios que pautem a aplicabilidade de sanções, de modo que, por sua conduta preventiva, a empresa possa evitar ou, ao menos minimizar o grau de responsabilização. Caso contrário, haveria grave violação à liberdade individual, que na ordem econômica constitucional é traduzida pela livre iniciativa (artigo 170, *caput*).

Terceiro, a imposição de penas deve respeitar o princípio constitucional de isonomia na individualização das penas (artigo 5º, *caput* e XLVI, que vale também para a punição administrativa (artigo 37, *caput*), tema particularmente delicado para a aplicação da Lei, que descentraliza o poder sancionador e dá ampla margem discricionariedade com multas entre 0,1% a 20% do faturamento da empresa.

Com essas três premissas é fácil perceber a posição central ocupada pela regulamentação dos “mecanismos e procedimentos internos de integridade”, o chamado “*compliance*”. Mais do que apenas critério de dosimetria de sanção, exprime o mecanismo disponibilizado pela lei para gestão pela empresa dos riscos com a corrupção que a ela foram alocados. O detalhamento dos critérios de *compliance*, realizado pelo recente Decreto 8.420/2015, cumpre não só dever do Estado, previsto no artigo 7º parágrafo único da Lei Anticorrupção, como cria efetivas condições para que as empresas exerçam sua liberdade na gestão de riscos que lhe foram alocados. Ao lado disso, a especificação dos parâmetros de dosimetria das sanções, com patamares precisos que limitam e condicionam a discricionariedade administrativa, traz efetiva condição para exercício do poder sancionador de forma isonômica pela multiplicidade de autoridades dele investidas. Desse modo, sem afetar propriamente a validade da previsão na Lei Anticorrupção de infração administrativa para atos de corrupção do qual empresas sejam beneficiárias, a regulamentação pelo Decreto 8.420/2015 lhe supre condição de eficácia, criando as condições que lhe faltavam para a aplicabilidade das sanções.

O distanciamento da carga moral trazida pelos fatos recentes importa o reconhecimento de que a corrupção continuará a existir, apesar dos esforços legislativos e administrativos; que a responsabilização das empresas não significa sua condenação ética, apenas alocação de riscos

inerentes a sua atividade; que a imputação objetiva de sanções pecuniárias às empresas pressupõe que essas tenham acesso antes ao critérios de sua aplicação, em particular, precisamente do quanto está em jogo e daquilo que pode fazer para evitar ou graduar sua responsabilidade. E, fundamentalmente, relembrar que as leis são criadas abstratamente para aplicação futura e não para atender a clamores particulares.

(\*) **Tercio Sampaio Ferraz Junior** é professor emérito da USP.

(\*) **Juliano Maranhão** é professor livre docente da Faculdade de Direito da USP.

**Fonte:** [Conjur](#), em 16.11.2015.