

Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013)

Relevant features from brazilian corporate corruption law (Law 12.846/2013)

João Marcelo Rego Magalhães¹

Resumo

A partir de uma análise crítica da Lei nº 12.846/2013, que trata da responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, busca-se desenhar um panorama geral do regime jurídico relativo à aplicação das sanções em face dos atos lesivos às licitações, a adoção do compliance pelas empresas, a desconsideração da personalidade jurídica, o acordo de leniência, a prescrição da punibilidade das infrações praticadas, e, principalmente, o regime de independência de instâncias para fins de punibilidade, conforme previsto nos artigos 3º, 18 e 30, o que possibilita a dupla sanção pelo mesmo fato ilícito.

Palavras-chave: Pessoa Jurídica. Atos lesivos. Administração Pública.

Abstract

From a critical review of Law 12.846/2013, which deals with civil and administrative liability of legal persons for the commission of acts against the government, we seek to draw an overview of the legal framework on the application of sanctions in the face of acts harmful to bids, the adoption of compliance by companies, disregard of legal entity, the leniency agreement, prescribing punishment of offenses committed, and especially the independence of instances for purposes of punishment, as provided in articles 3, 18 and 30, which enables the double penalty.

Keywords: Corporations. Injurious acts. public service.

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor de Graduação do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Procurador do Banco Central do Brasil.

1 Introdução

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, também conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

A Lei nº 12.846/2013 é expressa em afirmar que a responsabilidade imposta às pessoas jurídicas não exige prova de conduta culposa, sendo devida pela simples prática de ato contra a Administração Pública, configurando, assim, responsabilidade por culpa objetiva.

A norma é aplicável 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.

As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos, praticados em seu interesse ou benefício, seja exclusivo ou não.

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.

A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais.

Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

Como toda legislação recente, não houve tempo suficiente para que a doutrina e os Tribunais assentassem os temas mais relevantes da Lei nº 12.846/2013 – alguns deles acompanhados de certa controvérsia na interpretação e aplicação das normas de regência.

Assim, sem pretender esgotar o assunto, entendemos que, por ora, merece especial atenção a disciplina jurídica que a Lei adotou para os seguintes assuntos: a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e a responsabilidade subjetiva das pessoas físicas; as sanções em face dos atos lesivos às licitações e a não extensão dos efeitos à disciplina da Lei nº 8.666/1993; o ‘compliance’ como medida a ser adotada pelas empresas a fim de atenuar

as sanções eventualmente aplicáveis; a desconsideração da personalidade jurídica; o destacado papel conferido à CGU, notadamente quanto à aplicação da Lei no âmbito do Poder Executivo federal e em face de atos contra a Administração Pública estrangeira; o acordo de leniência como medida que beneficia exclusivamente as pessoas jurídicas; a prescrição da punibilidade das infrações e a imprescritibilidade das ações de ressarcimento (art. 37, § 5º, da Constituição Federal) e o regime de independência de instâncias para fins de punibilidade, previsto nos arts. 3º, 18 e 30, e a possibilidade de dupla sanção pelo mesmo fato.

2 A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e a responsabilidade subjetiva das pessoas físicas

De início, é preciso lembrar que a Lei nº 12.846/2013 dispõe sobre a “responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”², punindo aquelas que venham a praticar, em seu interesse ou benefício, atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, através de sanções aplicadas na via administrativa ou judicial, instituindo responsabilidade de natureza objetiva (independente de culpa)³.

Ocorre que esta Lei também estabeleceu responsabilidade para pessoas naturais (autores, coautores e partícipes de ato ilícito, sejam ou não dirigentes ou administradores da pessoa jurídica), sendo possível extrair as seguintes regras do caput e parágrafos do art. 3º:

- a) a responsabilização da pessoa jurídica não impede a responsabilização individual da pessoa natural que praticou o ato ilícito;
- b) a pessoa jurídica será responsabilizada independente da responsabilização da pessoa natural;
- c) dirigentes e administradores somente são responsabilizados em caso de conduta culposa.

É bom notar que a Lei imputou responsabilidade subjetiva de forma expressa apenas aos dirigentes e administradores, nada dispondo sobre a res-

2 Conforme teor de seu art. 1º, *caput*.

3 Conforme art. 2º, *caput*.

ponsabilidade de pessoas físicas estranhas aos quadros das pessoas jurídicas que praticam atos lesivos à Administração Pública. Assim sendo, para esta categoria de particulares é preciso indagar se há alguma forma de responsabilidade e se esta seria de natureza objetiva ou subjetiva.

Não soa razoável pensar que pessoas estranhas ao quadro de uma empresa, mas agindo em benefício desta no cometimento de ilícitos contra a Administração Pública, ficassem totalmente livres de responsabilização. Em seguimento a tal raciocínio, também não é aceitável impor responsabilidade objetiva às pessoas físicas que não são dirigentes e administradores, pois esta não se presume: a responsabilidade sem culpa deve estar definida em lei.

O fundamento da responsabilidade objetiva imputada às pessoas jurídicas é evitar que possam auferir qualquer tipo de vantagem ilícita e, posteriormente, alegar que não agiram com culpa ou que terceiro deu causa a eventual infração. Não sendo aceitável qualquer enriquecimento sem causa em prejuízo do poder público, o ganho ilícito deve sempre ser objetivo de punição.

Como a Lei nº 12.846/2013 objetiva impedir a corrupção empresarial, a pessoa jurídica responde sempre que praticar ato lesivo em suas relações com a Administração Pública (obtida vantagem indevida ou não). No que concerne às pessoas naturais, entretanto, sua punibilidade obedece a regime menos gravoso, o que não obsta a responsabilidade das pessoas jurídicas: tenham ou não culpa em suas condutas, sejam ou não responsáveis, os atos de dirigentes ou outros particulares contra o patrimônio público impõem a punição das personalidades jurídicas que representam ou beneficiam.

Portanto, deve ficar bem definido que todos os particulares, não importa sua relação com a pessoa jurídica, vão responder de forma subjetiva, da mesma forma que, independentemente de serem punidos os particulares, as personalidades jurídicas definidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei respondem de forma objetiva, sem necessidade de verificação de culpa, pois é a conduta ilícita destas que a Lei nº 12.846/2013 visa coibir.

Por oportuno, registramos que o *caput* do art. 1º fala em “prática de atos contra a administração pública”, o que significa dizer que **a mera tentativa e a omissão, mesmo que causadoras de prejuízo, não serão punidas por esta norma, ainda que haja processo de ressarcimento**. Todavia, desde que tenha ocorrido uma das condutas descritas no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, pouco importa se ocorreu prejuízo à Administração, tendo em conta que a

prática do ato – que é considerado lesivo por presunção legal – já enseja, por si, a responsabilização da empresa de forma objetiva, não sendo necessário avaliar se houve culpa ou dolo.

Na verdade, a verificação de prejuízo ao poder público não é condição para a responsabilização prevista na Lei aqui comentada, prestando-se, contudo, a impor que um procedimento específico para fins de ressarcimento seja instaurado juntamente com o processo que avaliará a aplicação de sanções.

Ocorre que uma das situações levadas em conta no momento da aplicação de sanções é consumação ou não da infração, conforme inciso III do art. 7º. Assim, salvo melhor interpretação, pensamos que a mera tentativa de cometer a infração não deve ser punida, mas, **uma vez cometido o ato lesivo, a consumação do resultado pretendido (quando houver finalidade descrita na tipificação) ou do prejuízo causado aos cofres públicos é que se torna irrelevante para fins de sanção.**

Uma última observação é pertinente: mesmo que dirigentes e administradores não tenham qualquer conhecimento do ilícito praticado por um empregado ou preposto, a conduta, se tipificada no art. 5º desta Lei, atrai a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, situação que aumenta de importância a adoção do compliance, que será logo adiante analisado.

A afirmação de que dirigentes e administradores serão punidos independentemente do conhecimento da prática de ato lesivo encontra amparo na interpretação conjunta do caput do art. 2º com o § 1º do art. 3º, de onde se extrai que mero interesse ou benefício é motivo suficiente para punição, não tendo a norma, em momento algum, exigido a ciência da conduta lesiva.

De toda sorte, se adotarmos uma interpretação puramente literal daqueles dispositivos, na hipótese descrita nos parágrafos anteriores seríamos obrigados a afirmar que a responsabilidade objetiva aqui tratada não comportaria nem mesmo a excludente de culpa exclusiva de terceiro, o que a tornaria mais gravosa até do que a responsabilidade objetivo do Estado e a aproximaria de uma responsabilidade pelo risco integral.

Tal abrangência da responsabilidade objetiva aqui analisada há de ter contornos mais bem definidos quando as situações fáticas forem apresentadas ao crivo do Poder Judiciário. Por ora, a redação, dados aos dispositivos legais, não permite pensar de outra forma: dirigentes e administradores serão punidos ainda que não saibam e não aprovelem a conduta de seu proposto, bastando que o ato lesivo traga algum benefício à pessoa jurídica.

3 As sanções em face dos atos lesivos às licitações e a não extensão dos efeitos à disciplina da Lei nº 8.666/1993

A Lei nº 12.846/2013 prevê, em seu art. 5º, uma série de atos lesivos que atentam contra o patrimônio público, os princípios da administração pública ou os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Em seu art. 6º, a Lei nº 12.846/2013 afirma que as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos descritos no art. 5º são a multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória. Há previsão ainda, mas agora no art. 19, de que tais atos lesivos permitem o ajuizamento de ação – pelas respectivas advocacias públicas ou pelo Ministério Público – com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

- a) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
- b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
- c) dissolução compulsória da pessoa jurídica;
- d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Não há como deixar de notar que não houve qualquer previsão de proibição de participar de licitação ou de contratar com o Poder Público, mesmo sendo prevista na via judicial a sanção de suspensão ou interdição de atividades.

Ora, **uma pessoa jurídica condenada por ato lesivo à administração pública à suspensão ou interdição parcial de suas atividades na esfera judicial, não pode, sob o enfoque da moralidade e da eficiência administrativa, licitar ou contratar com o poder público**, notadamente quando algumas de suas condutas lesivas são descritas como atentatórias justamente às licitações e aos contratos administrativos, conforme o inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.846/2013.

Todavia, do ponto de vista do princípio da legalidade administrativa, a pessoa jurídica condenada a qualquer sanção da citada Lei nº 12.846/2013 não fica impedida de licitar e contratar com o poder público, e tal afirmação

se apoia nos seguintes motivos:

- a) a Lei nº 12.846/2013 previu várias proibições às pessoas jurídicas sancionadas pelas condutas que descreve como lesivas, não prevendo expressamente a proibição de licitar ou contratar com o poder público, não sendo possível o uso da analogia pelo princípio da legalidade, principalmente quando implicar sanção ao administrado;
- b) a Lei nº 8.429/1992, que trata da sanção por improbidade administrativa, prevê a proibição de contratar com o Poder Público, mas a sanção é prevista para agente público ou para pessoa física que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma;
- c) as sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 são aplicadas por inexecução do contrato, ou seja, quando a pessoa jurídica já foi adjudicada no objeto licitado, sendo certo que os atos lesivos previstos na Lei nº 12.846, de 2013, podem ou não estar relacionadas com licitações públicas (incisos I a III e V do art. 5º) ou terem sido praticados antes da efetiva contratação com o poder público (alíneas 'a' a 'e' do inciso IV do art. 5º).

4 O compliance como medida a ser adotada pelas empresas a fim de atenuar as sanções eventualmente aplicáveis

Compliance é o termo da língua inglesa (do verbo to comply) utilizado para designar o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades de uma organização (SANTOS, *on-line*, p. 4).

Tendência moderna nas organizações empresariais, notadamente as que têm contrato com o poder público, o *compliance* engloba o conjunto de ações voltadas a cumprir os regulamentos internos sobre ética empresarial e a legislação anticorrupção existente no País.

São instrumentos usualmente adotados pela área de compliance das empresas o uso de código de ética e/ou código de conduta, canais de denúncia, ouvidorias, desenvolvimento de controles internos e procedimentos voltados à divulgação de temas relacionados à corrupção (SANTOS, *on-line*, p. 4).

A Lei nº 12.846/2013 elenca, em seu art. 7º, as circunstâncias que serão consideradas como agravantes ou atenuantes na aplicação de sanções,

dentre as quais “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” (inciso VIII).

Por oportuno, é relevante mencionar que os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos relativos aos compliance devem ser estabelecidos por regulamento expedido pelo Poder Executivo federal⁴.

O comando normativo acima transcrito (inciso VIII do art. 7º) acaba por fazer um rol legal de instrumentos adotados pelo compliance empresarial, devendo tal lista ser considerada como meramente exemplificativa, até porque não cabe ao legislador encerrar a discussão teórica sobre o tema, que é afeto à Administração Geral e não ao Direito.

Assim, caso uma empresa adote instrumentos que entenda adequados e eficientes na prevenção e repressão de desvios na conduta interna da corporação e de atos de corrupção lesivos à Administração Pública, tal conduta deverá ser considerada como atenuante no momento da aplicação de penalidades, compondo necessariamente o relatório a ser redigido pela comissão prevista no art. 10 da Lei nº 12.846/2013.

Importante citar ainda que a aplicação de qualquer penalidade na via administrativa exige análise por parte do órgão de assessoria jurídica do órgão ou entidade, conforme preceitua o § 2º do art. 6º desta Lei.

Outra vantagem na adoção do compliance decorre do caráter objetivo das sanções aplicadas, que alcança inclusive ações que não são do conhecimento de dirigentes e administradores. Assim, mesmo que estes não tenham qualquer conhecimento do ilícito praticado por um empregado ou preposto, a conduta, se tipificada no art. 5º desta Lei, atrai a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, situação que pode ser elidida se houver estrutura que se ocupe de divulgar uma cultura organizacional ética, além de controlar a legalidade das ações empresariais; ainda que não seja evitado o cometimento do ilícito, os esforços da pessoa jurídica devem ser considerados para fins de atenuar a penalidade a ser eventualmente aplicada.

Não custa enfatizar que a adoção da interpretação conjunta do caput do art. 2º com o § 1º do art. 3º, de forma puramente literal, leva a concluir que a responsabilidade objetiva aqui tratada não comportaria nem mesmo

4 Vide parágrafo único do art. 7º da Lei nº 12.846/2013.

a excludente de culpa exclusiva de terceiro, o que a aproximaria de uma responsabilidade pelo risco integral. Até que o Poder Judiciário manifeste-se sobre o tema, o exame daqueles dispositivos implica afirmar que dirigentes e administradores serão punidos ainda que não saibam e não aproveem a conduta de seus prepostos, bastando que os atos lesivos tragam benefício à pessoa jurídica.

Todavia, em situações peculiares, onde se mostrasse nítida a falta de razoabilidade da punição em face da existência de uma política de compliance firmemente arraigada e a verificação de ato ilícito isolado, notadamente fora da esfera de conhecimento dos dirigentes, seria possível até pensar em exclusão da punibilidade da pessoa jurídica, cabendo apenas sanção penal ao preposto.

Também cabe o registro de que a adoção desta cultura que respeita regulamentos, códigos de conduta e leis pertinentes à lisura das relações com o poder público pode se prestar ainda como publicidade positiva das pessoas jurídicas, notadamente no que se refere à sua responsabilidade social, permitindo a concessão de benefícios e incentivos fiscais ou creditícios, por parte das agências oficiais de fomento.

Não seria exagerado dizer ainda que pessoas jurídicas que exercem atividade econômica regulada pelo Estado podem encontrar no compliance um importante aliado no processo permanente de fiscalização, tendo em conta que o mecanismo interno envolve auditorias e verificações que se prestam a identificar problemas na execução da atividade regulada antes de qualquer medida estatal de caráter sancionatório.

Portanto, em uma análise preliminar sob o aspecto jurídico, podemos afirmar que a adoção do *compliance* oferece os seguintes benefícios:

- a) configura conduta atenuante para fins de aplicação de penalidades;
- b) contribui para evitar o cometimento de ilícitos por parte de empregados e prepostos, que, mesmo sem a chancela ou o conhecimento de dirigentes e administradores, permite a responsabilização das pessoas jurídicas;
- c) caracteriza o compromisso com a responsabilidade social, permitindo o recebimento de incentivos fiscais ou creditícios, por parte de agências de fomento;
- d) facilita o processo de fiscalização e controle pelo ente regulador, permitindo ainda que o regulado se previna de condutas

ilícitas, potencialmente ensejadoras de medidas sancionatórias.

Finalizando a abordagem desta Lei sobre o compliance, cabe registrar que, em nossa opinião, o legislador poderia ter sido mais ousado no incentivo às políticas empresariais anticorrupção, prevendo também mecanismos de premiação por conduta ética, e não somente a sanção por ilícitos praticados.

Seria interessante, por exemplo, que a Lei trouxesse também a previsão de um “cadastro positivo” de empresas que adotam o compliance, e não apenas o “cadastro negativo” previsto no art. 22, qual seja, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP).

Outra medida possível seria considerar como critério de desempate nas licitações públicas o fato de os bens ou serviços serem produzidos ou prestados por empresa que tenha implantado um departamento ou gerência de auditoria interna e compliance, o que seria concretizado com uma alteração simples no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

5 A descon sideração da personalidade jurídica

Conforme mencionado de forma destacada no art. 14 da Lei nº 12.846/2013, a personalidade jurídica poderá ser descon siderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo, assim, estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, necessariamente observando o contraditório e a ampla defesa.

Vale mencionar que a descon sideração da personalidade jurídica aqui prevista adotou a chamada “Teoria Maior” da descon sideração, prevista no art. 50 do Código Civil de 2002, que exige a verificação do abuso da personalidade em caso de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, e não a “Teoria Menor”, que se contenta com a mera insolvência e é prevista no § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor⁵.

Neste ponto é oportuno citar ainda que, no âmbito do direito administrativo, a descon sideração da personalidade jurídica pode ocorrer em 2

5 Vide REsp 279.273/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 04/12/2003, DJ 29/03/2004, p. 230.

(duas) situações (com adoção da “Teoria Maior” em ambos os casos):

- a) para fins de aplicação de sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/1993, conforme jurisprudência do TCU (Acórdão nº 1.327/2012-TCU-Plenário), na hipótese de fraude comprovada;
- b) em caso de aplicação das sanções desta Lei, quando a personalidade da empresa for utilizada com abuso do direito, para fins de encobrir ou dissimular atos ilícitos, ou para provocar confusão patrimonial.

6 O acordo de leniência como medida que beneficia exclusivamente as pessoas jurídicas

A Lei nº 12.846/2013, em seu art. 16, prevê que as pessoas jurídicas podem celebrar acordo de leniência para fins de identificação dos demais envolvidos e obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. O § 1º do mesmo artigo exige que a celebração do acordo precisa atender a 3 (três) requisitos: a pessoa jurídica deve ser a primeira a manifestar interesse em cooperar, cessar completamente sua participação nas ilicitudes e admitir sua participação nos ilícitos, cooperando de forma plena e permanente com as investigações e com o processo administrativo.

Atendidos todos os requisitos e celebrado o acordo de leniência, a pessoa jurídica fica isenta, conforme § 2º do art. 16, das sanções previstas no inciso II do art. 6º (publicação da decisão condenatória) e no inciso IV do art. 19 (proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entes públicos), tendo ainda sua sanção pecuniária prevista no inciso I do art. 6º reduzida em até 2/3 (dois terços).

Apesar de parecer um acordo tentador à primeira vista, é preciso observar que não há qualquer benefício previsto para as pessoas físicas que cometem o ilícito tipificado.

Ora, se a pessoa jurídica vai celebrar acordo, apontar culpados, oferecer informações ou documentos e cooperar plenamente com as investigações, é certo que tais condutas só podem ser materializadas por pessoas físicas, notadamente seus gestores mais graduados, que detêm – ou pelo menos deveriam deter – o conhecimento das decisões estratégicas e das relações com o poder público, estando, assim, aptos a prestar colaboração de forma eficiente.

E nem se diga que dirigentes e administradores só serão punidos se tiverem o pleno conhecimento do ato lesivo à Administração Pública, tendo em conta que a interpretação conjunta do *caput* do art. 2º com o § 1º do art. 3º não deixa dúvida de que o simples interesse ou benefício é motivo suficiente para aplicação de sanções, não tendo a norma, em momento algum, exigido a ciência da conduta lesiva.

Assim sendo, a confissão de ato lesivo contra o poder público, normalmente também tipificado como ilícito penal, pode até trazer vantagens à pessoa jurídica, mas certamente trará consequências gravosas às pessoas físicas. Neste ponto, é curioso observar que, quanto mais colaborar o dirigente ou administrador, mais reduzida ficará eventual sanção pecuniária a ser imputada à pessoa jurídica, e mais implicado ficará o delator na esfera criminal.

Por oportuno, é bom lembrar que o legislador, por ocasião da Lei nº 12.529/2011, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, teve a oportunidade de elaborar um vantajoso “programa de leniência” tanto para pessoas físicas quanto jurídicas, o que inclui até mesmo a extinção da punibilidade penal em caso de cumprimento do acordo de leniência⁶.

A verdade é que Lei nº 12.846/2013 não previu qualquer extensão às pessoas físicas dos benefícios que pretende conceder às pessoas jurídicas em caso de acordo de leniência, não sendo errado afirmar que a oportunidade para tal até se apresentou, quando o legislador decidiu aplicar os benefícios de forma extensiva às empresas que formam o mesmo grupo econômico, conforme redação dada ao § 5º do art. 16.

Por fim, entendemos que a fórmula genérica contida no § 4º do art. 16 (“o acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo”) não permite a concessão, na via administrativa, de qualquer benefício ou vantagem às pessoas físicas, tendo em conta que a extinção de punibilidade penal é matéria que se insere no âmbito da reserva legal.

7 A prescrição da punibilidade das infrações e a imprescritibilidade das ações de ressarcimento (art. 37, § 5º, da Constituição Federal)

6 Vide arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011.

Conforme preceitua o art. 25 da Lei nº 12.846/2013, “prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”.

É importante registrar que o prazo prescricional previsto será interrompido com a instauração do processo administrativo de apuração da infração, nos termos do parágrafo único do art. 25.

A partir da leitura da norma contida no caput do artigo em exame a primeira conclusão é até óbvia: aqui se apresenta mais uma situação onde foi adotada a prescrição quinquenal para fins de punição a ser imputada por ilícito praticado contra a Administração Pública. Exemplos de normas que adotam a prescrição quinquenal das punições a serem imputadas àqueles que lesam o poder público podem ser lembrados com facilidades, cabendo citar, por sua relevância, as seguintes Leis:

- a) Lei nº 8.112/1990: estabelece prescrição quinquenal para a ação disciplinar que vise punir o servidor com demissão, cassação de aposentadoria, disponibilidade ou destituição de cargo em comissão (art. 142);
- b) Lei nº 8.429/1992: estabelece prescrição quinquenal para aplicação de sanções por improbidade administrativa aos que exercem cargo em comissão ou cargo efetivo no âmbito federal (art. 23);
- c) Lei nº 9.873/1999: estabelece prescrição quinquenal para a ação punitiva da Administração Pública federal no exercício do poder de polícia (art. 1º).

A segunda conclusão que se julga possível extrair do citado art. 25 não é tão óbvia quanto a anterior. Ocorre que o texto legal ficou silente em relação à reparação integral do dano – prevista no § 3º do art. 6º –, o que pode levar à equivocada conclusão de que a reparação do dano também prescreve com o lapso temporal de 5 (cinco).

Todavia, por sua natureza de ressarcimento aos cofres públicos, a reparação do dano a que se refere a Lei nº 12846/2013 é amparada por direito de ação imprescritível, conforme interpretação que extrai do teor do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, já devidamente assentada no âmbito do STF⁷.

7 Vide MS 26.210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, julgado em 04/09/2008, DJE 10/10/2008.

8 O regime de independência de instâncias para fins de punibilidade, previsto nos arts. 3º, 18 e 30, e a possibilidade de dupla sanção pelo mesmo fato

A Lei nº 12.846/2013 definiu um peculiar regime de independências de instâncias para fins de punibilidade, utilizando como critérios diferenciadores a natureza do infrator, a esfera de responsabilização e norma sancionadora aplicável, conforme se depreende da leitura dos arts. 3º, 18 e 30, respectivamente, sendo possível elaborar a seguinte síntese:

- a) o art. 3º define que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual dos dirigentes e administradores, nem de qualquer pessoa natural, autora, coatora ou partícipe do ato ilícito (**critério da natureza do infrator**);
- b) o art. 18 afirma que a responsabilidade da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta a responsabilidade no âmbito do processo judicial (**critério da esfera de responsabilização**);
- c) o art. 30 dispõe que a aplicação de sanções previstas na Lei nº 12.846/2013 não afeta a aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/1992, e de atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666/1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), instituído pela Lei nº 12.462/2011 (**critério da norma sancionadora aplicável**).

A **primeira hipótese de independência de instâncias (em face da natureza do infrator)** foi suficientemente abordada quando se fez um paralelo entre a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e a responsabilidade subjetiva das pessoas físicas, nada mais sendo necessário acrescentar.

Quanto ao **critério da esfera de responsabilização**, que permite punição tanto no âmbito quanto judicial, cabem algumas ponderações sobre os seguintes aspectos:

- a) impossibilidade de cumulação de uma mesma espécie de sanção punitiva;
- b) natureza das sanções aplicáveis;
- c) competência concorrente do Ministério Público e do órgão de representação judicial para ajuizamento da responsabilização judicial;
- d) atuação subsidiária do Ministério Público.

A responsabilização em âmbito administrativo foi disciplinada no art. 6º da Lei nº 12.846/2013, sendo previstas como sanção às pessoas jurídicas consideradas responsáveis a aplicação de multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória. No âmbito do processo judicial, conforme redação do art. 19, são cabíveis o perdimento dos bens, direitos e valores, a suspensão ou interdição parcial de suas atividades, a dissolução compulsória e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas. Portanto, mesmo com a independência das instâncias administrativa e judicial, é impossível que uma mesma espécie sancionatória, uma multa, por exemplo, seja aplicada de forma dúplice, ou seja, pelo mesmo fato e em momentos e instâncias distintas (*bis in idem*). Todavia, a possibilidade de dupla imputação pode ocorrer quando se permitir a incidência de norma diversa sobre os mesmos fatos, o que será analisado quando comentarmos a regra do art. 30.

Curioso observar que as sanções administrativas têm nítido caráter civil (uma de natureza pecuniária e outra com natureza de obrigação de fazer), enquanto as sanções previstas no âmbito judicial, com exceção do perdimento de bens, direitos e valores, guardam nítida semelhança as punições normalmente aplicadas no exercício do poder de polícia administrativa.

Outra regra que chama atenção é do caput do art. 19, que estabelece competência concorrente entre o Ministério Público e os órgãos de representação judicial da Advocacia Pública federal para ajuizamento das ações de responsabilidade pelos atos lesivos à Administração Pública tipificados no art. 5º. Ainda que se diga que previsão semelhante pode ser encontrada também no art. 5º da Lei nº 7.347/1985, em defesa dos direitos difusos e coletivos, e no art. 17 da Lei nº 8.429/1992, em defesa da probidade administrativa, a regra em questão cita de forma específica o órgão de representação judicial, sem adotar a menção genérica ao ente federado ou às pessoas jurídicas de sua Administração Indireta; ademais, no § 4º do mesmo art. 19 consta até mesmo a previsão de que o órgão da Advocacia Pública federal requeira a indisponibilidade cautelar de bens e direitos necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano.

Também é digno de registro que a Lei nº 12.846/2013 instituiu uma regra de atuação judicial subsidiária do Ministério Público na hipótese de omissão da autoridade administrativa, conforme redação do art. 20 daquela

Lei. Segundo a norma citada, o Ministério Público fica autorizado a propor a aplicação conjunta das sanções previstas no art. 6º (que devem ser aplicadas no curso de um processo administrativo) com as do art. 19, sempre que a autoridade administrativa se mostrar inerte diante da ciência de atos que, em tese, se adequam às condutas descritas no art. 5º, hipótese em que também devem ser tomadas medidas contra o agente público omissivo.

Em caso de atuação subsidiária do Ministério Público nos casos em que não se instaurou processo administrativo, não cabe falar em desrespeito ao contraditório e à ampla defesa previstos no art. 8º, porque a defesa do acusado será oportunizada no curso do processo judicial. Todavia, em tal hipótese, mostra-se adequado colher a manifestação do órgão de representação judicial, que não teve a oportunidade de exercer a prerrogativa descrita no § 2º do art. 6º.

Por fim, a **independência de instâncias para fins de punição prevista no art. 30** da Lei nº 12.846/2013, apoia-se no **critério da norma sancionadora aplicável**, permitindo a cumulação das sanções daquela Lei com as penalidades previstas nas Leis nº 8.429/1992 (improbidade administrativa), nº 8.666/1993 (licitações e contratos) e nº 12.462/2011 (RDC), caso o ato praticado represente ilícito tipificado em mais de uma norma.

Quanto ao regime jurídico previsto na Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, não há a menor dúvida de que as sanções ali previstas podem ser cumuladas com as da Lei nº 12.846/2013, tendo em conta a notória diversidade de seus escopos de incidência, pois na primeira norma a sanção é prevista para o agente público ou para a pessoa física que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma, enquanto na segunda as penalidades são dirigidas somente às pessoas jurídicas.

Entretanto, quanto à aplicação conjunta de sanções previstas nas Leis nº 12.846/2013 e nº 8.666/1993, é necessário conceder atenção especial a uma possível dupla punição em face do mesmo fato (*bis in idem*).

Dentre as condutas descritas no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, é preciso atentar para aquelas estampadas no inciso IV, que se relacionam particularmente às licitações públicas e aos contratos administrativos, conforme transcrição a seguir:

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;
- (grifos nossos)

Analisando de forma mais acurada as sanções descritas no inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.846/2013, é possível vislumbrar um aparente conflito com a disciplina das sanções contratuais estabelecidas na Lei nº 8.666/1993, notadamente as regras de seus arts. 87 e 88, a seguir reproduzidas:

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.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

(grifos nossos)

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.

(grifos nossos)

Não é preciso maior esforço interpretativo para se verificar que as condutas descritas no inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.846/2013, amoldam-se às hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993.

Todavia, o aparente conflito de normas não resiste a uma observação simples: o âmbito de incidência e os destinatários da Lei nº 12.846/2013, no tocante às fraudes em licitações e contratos, são diversos daqueles descritos na Lei nº 8.666/1993. **Enquanto aquele diploma legal trata de responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas** que, conforme o inciso IV de seu art. 5º,

fraudaram procedimento licitatório ou contrato firmado com o poder público, **a Lei de Licitações e Contratos, em seus arts. 87 e 88, cuida de responsabilidade contratual daqueles que já pactuaram avença com a Administração Pública** (pessoas físicas ou jurídicas) e que, por esta razão, detém com este vínculo administrativo especial, ou relação especial de sujeição, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 811-816).

No caso das sanções motivadas pelas condutas do inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.846/2013, a empresa não precisa sequer ter sido escolhida como vencedora no certame licitatório⁸, ou seja, não precisa possuir qualquer vínculo especial com o poder público, tendo em conta que a punição não decorre de sua sujeição especial pela condição de contratada – o que exigiria ao menos culpa –, mas de uma conduta típica, apenas de forma objetiva, sem que se precise demonstrar qualquer grau de culpa⁹.

Assim, mesmo que certa conduta atenda cumulativamente à tipificação feita nas duas normas em exame (Lei nº 12.846/2013 e Lei nº 8.666/1993), **mostra-se possível a cumulação de sanções, tendo em conta a diversidade das naturezas jurídicas, sendo uma delas motivada por responsabilidade objetiva e outra por responsabilidade contratual por vínculo especial com a Administração Pública**. Em conclusão, **não há que se falar em conflito de normas quando seu escopo de aplicação é diverso**¹⁰.

Não bastasse toda a argumentação expedida, existe ainda um argumento definitivo e suficiente para concluir que a aplicação das sanções da Lei nº 12.846/2013 e Lei nº 8.666/1993, pode (e deve) ocorrer de forma cumulativa: **o comando normativo do art. 30 daquela Lei é claro em afir-**

8 De fato, apenas nas condutas descritas nas letras 'd', 'f' e 'g' daquele inciso há possibilidade de a pessoa jurídica já ter sido contratada pela Administração.

9 Conforme art. 2º da Lei nº 12.846/2013: "As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não".

10 Ademais, ainda que possa ocorrer dupla sanção por fato que repercute em instâncias distintas, é importante notar uma modalidade específica de sanção nunca será aplicada de forma dúplice; ora, se alguma das condutas descritas no inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, também for verificada no âmbito da execução de um contrato administrativo, sua tipificação se fará pelo inciso II ou III do art. 88 da Lei nº 8.666, de 1993, e as sanções cabíveis serão multa – por força do art. 6º daquela Lei – e suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar ou declaração de inidoneidade – por aplicação do art. 87, III ou IV, da Lei de Licitações. Portanto, não seria possível, por exemplo, a aplicação de duas multas pelo mesmo fato considerado ilícito.

mar que as instâncias não se comunicam para fins de aplicação de sanção.
Vejam os teores do artigo citado:

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

(grifos nossos)

Por oportuno, mostra-se relevante expor o regime jurídico da independência de instâncias no direito brasileiro, formado 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, a seguir colacionados:

Lei nº 8.112/1990:

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Código Civil:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Código de Processo Penal

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:
I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

A comparação das sanções previstas na Lei nº 12.846/2013 com as da Lei nº 12.462/2011, que trata do RDC, não traz maiores novidades a tudo o que já foi comentado, até porque o § 2º do art. 47 desta norma permite a aplicação de todas as sanções previstas na Lei nº 8.666.

De importante a ser citado apenas a previsão de impedimento de licitar e contratar com os entes federativos em caso de ocorrência de algumas das hipóteses descritas no caput do art. 47, dentre as quais a ação de fraudar a licitação ou a execução do contrato.

9 Considerações Finais

Feitas estas observações, conclui-se que a aplicação das sanções previstas na Lei de Licitações não fica impedida por apelação em virtude da Lei Anticorrupção, podendo as normas serem aplicadas cumulativamente até pelo mesmo fato, tendo em vista que a aplicação conjunta das sanções, além de permitida pela diversidade do escopo de responsabilização previsto naquelas normas, está assegurada pelo art. 30 da Lei nº 12.846/2013.

Em suma, um mesmo fato ocorrido no curso de um processo de licitação ou na execução de um contrato pode ser caracterizado como conduta infracional pela Lei nº 8.666/1993 e como ato lesivo à Administração Pública, nos termos da Lei nº 12.846/2013, justamente pela independência de instâncias antes comentada, não cabendo falar em bis in idem.

Por último, e não se poderia deixar de registrar tal fato, a independência de instâncias punitivas e o variado rol de normas administrativas que impõem sanções aos ilícitos praticados no âmbito das licitações públicas, permite concluir que, segundo o arcabouço legal atualmente vigente, a fraude ou frustração a um procedimento licitatório poderá ensejar, inclusive de forma cumulativa, as seguintes sanções:

- a) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por até 2 (dois) anos e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 88, inciso II, da Lei nº 8.666/1993);
- b) impedimento de licitar e contratar com os entes federativos por até 5 (cinco) anos, quando se tratar do Regime Diferenciado de Contratações (art. 47 da Lei nº 12.462/2011);
- c) multa e publicação da decisão condenatória (art. 6º da Lei nº

12.846/2013);

d) ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, pagamento de multa civil de até 2 (duas) vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos, no caso de pessoa física que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 10, inciso VIII, *c/c* art. 12, inciso II, da Lei nº 8.429/1992).

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 de junho de 1992. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 fev. 2014.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 de junho de 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 fev. 2014.

_____. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 fev. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.327/2012-TCU-Plenário**. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 30 de maio de 2012. Diário Oficial da União, 19 jun. 2012.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais**. Disponível em: <www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/cartilha.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2014

SANTOS, Renato Almeida dos. **Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/concursos/Arquivos/6_ConcursoMonografias/2-Lugar-Profissionais.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2014.