REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos Científicos

Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção

Comments on the Act 12.846/2013 – Anti-corruption ACT

Patrícia Toledo de Campos

Resumo: O presente artigo realiza uma análise pontual sobre a Lei nº. 12.846/2013, publicada no Diário Oficial da União de 02 de agosto de 2013. Inicialmente, apresenta a participação nacional e internacional do Brasil no combate à corrupção. Posteriormente, exibe um panorama geral sobre a lei anticorrupção, abordando as inovações, bem como seus pontos obscuros e polêmicos.

Palavras-chave: Anticorrupção; Lei nº 12.846/2013; responsabilidade civil e administrativa de pessoa jurídica; *compliance*.

Abstract: This article provides an analysis of the Act no. 12.846/2013, published in the Official Gazette of 2 August 2013. Initially, it presents at national and international participation of Brazil in combating corruption. Subsequently, it brings an overview of the anti-corruption Act, addressing the innovations, as well as its obscure and controversial points.

Keywords: Corruption; Act no. 12.846/2013; civil and administrative liability of legal entities; compliance.

DOI: http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2n1p160-185

Artigo submetido em: maio de 2014 **Aprovado em:** julho de 2014

Este conteúdo está protegido pela lei de direitos autorais. É permitida a reprodução do conteúdo, desde que indicada a fonte como "Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo". A RDDA constitui veículo de excelência criado para divulgar pesquisa em formato de artigos científicos, comentários a julgados, resenhas de livros e considerações sobre inovações normativas.

COMENTÁRIOS À LEI Nº 12.846/2013 – LEI ANTICORRUPÇÃO

*Patrícia Toledo de CAMPOS**

Sumário: 1 Introdução; 2 Aspectos preliminares; 3 Considerações sobre a Lei nº 12.846/2013; 3.1 Responsabilidade objetiva; 3.2 Atos lesivos; 3.3 Das sanções; 3.3.1 Responsabilização civil; 3.3.2 Responsabilização administrativa; 3.4 Programa de compliance; 3.5 Do processo administrativo de responsabilização; 3.6 Do acordo de leniência; 3.7 Do Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP; 4 Considerações finais; 5 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Movida pelo ímpeto de dar um basta à corrupção, a população brasileira foi às ruas em junho de 2013 reivindicando, de modo especial, ética, moral e integridade por parte dos governantes.

O Projeto de Lei nº. 6.826/2010 proposto pela Controladoria Geral da União em 18 de fevereiro 2010, com objetivo de assegurar garantias de lisura aos eventos internacionais a serem realizados no Brasil, foi aprovado na Câmara dos Deputados em maio de 2011. Porém, desde 2013 estava paralisado no Senado. Somente após inúmeros e intensos protestos realizados no mês de junho é que obteve regime de tramitação de prioridade e foi aprovado em 05 de julho de 2013, sendo transformado na Lei Ordinária nº 12.846/2013 em 02 de agosto de 2013.

O referido diploma legal é constituído por sete capítulos e tem por escopo a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº. 12.846/2013 estão a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, o *compliance*, o acordo de leniência, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, bem como a rigidez das sanções. Todavia, ainda que a referida lei possa representar um passo importante, há diversos pontos que merecem mais atenção, como a ausência de regulamentação sobre critérios para aplicação de multa, fatos agravantes e atenuantes da pena imposta à pessoa jurídica, assim como rito e competência do procedimento administrativo.

Apesar de ser possível considerar a Lei nº. 12.846/2013 a regra mais severa que almeja o combate a corrupção, pelo fato de estabelecer sanções rígidas às pessoas jurídicas que praticarem atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, é necessário tecer comentários sobre o diploma legal sob análise a fim de que, após a devida regulamentação, não se trate apenas de mais uma lei presente no

* *Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL-PR), onde é pós-graduanda em Direito do Estado. Atualmente é mestranda em Direito do Estado, subárea Direito Administrativo, pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP).*

ordenamento jurídico que tenha por escopo a anticorrupção, mas sim de uma norma eficaz que combata frontalmente a corrupção.

2 Aspectos preliminares

Muitos são os escândalos noticiados cotidianamente pela mídia envolvendo atitudes antiéticas de gestores públicos, bem como de empresas que pactuam com a Administração Pública. O vocábulo corrupção é pronunciado e escrito com frequência nos meios de comunicação social.

Inúmeras são as definições de corrupção existentes. Merece destaque a definição de Klitgaard (1994, p. 40), pela qual

> corrupção é o comportamento que se desvia dos deveres formais de uma função pública devido a interesses privados (pessoais, familiares, de grupo fechado) de natureza pecuniária ou para melhorar o *status*, ou que viola regras contra o exercício de certos tipos de comportamento ligados a interesses privados.

Logo, é a busca por satisfazer exclusivamente interesses privados que intensifica a corrupção, ou seja, o comportamento oposto aos deveres da função pública.

Como se sabe, a corrupção não ocorre somente no Brasil, mas também em países desenvolvidos - em que pese no Brasil a referida conduta seja bastante notória. Exemplo disso é o notório caso de *Watergate* ocorrido na década de setenta nos Estados Unidos, que revelou um esquema de corrupção pelo qual quatrocentas empresas americanas subornavam funcionários públicos pelo importe de trezentos milhões de dólares. Esse emblemático acontecimento deu origem ao *Foreign Corrupt Practices Act*, que foi aprovado pelo Congresso estadunidense em 1977, com a finalidade de proibir empresas de subornarem funcionário de governos estrangeiros, candidatos a cargos políticos e partidos políticos estrangeiros, visando auferir vantagens comerciais ou econômicas indevidas, bem como concretizar ou manter negócios.

Visando combater a corrupção, o Brasil, a exemplo dos demais países, ratificou a Convenção das Nações Unidas contra corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Apesar de farta participação no cenário internacional de combate à corrupção, o Brasil não ofuscou sua imagem de nação corrupta em âmbito internacional e muito menos conseguiu se desvencilhar dessa imagem no território pátrio.

Em junho de 2013, a população se alastrou pelas cidades brasileiras reivindicando, sobretudo, ética na gestão pública. A atual lei nº 12.846/2013, também chamada de lei

anticorrupção, foi sancionada como uma resposta aos clamores da sociedade brasileira em meio à vasta corrupção espalhada por este país, bem como para atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção.

3 Considerações sobre a Lei nº 12.846/2013

A lei anticorrupção (Lei nº. 12.846/201) tem por objetivo sanar a lacuna existente no sistema jurídico brasileiro sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas que praticam atos ilícitos em desfavor da Administração Pública nacional e estrangeira, principalmente, atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos.

É constituída por sete capítulos, quais sejam, I – Disposições Gerais, II – Dos atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, III – Da responsabilização administrativa, IV – Do processo administrativo de responsabilização, V – Do acordo de leniência, VI – Da responsabilização judicial e VII – Disposições Finais.

Ao longo desse texto serão apresentados os principais aspectos polêmicos e problemáticos trazidos em seu bojo.

3.1 Responsabilidade objetiva

O primeiro deles se refere à responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Pode-se dizer que a principal novidade apresentada pela Lei nº. 12.846/2013 está em seu artigo 1º, a saber, a previsão legal de que será objetiva a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos atos lesivos praticados em desfavor da Administração Pública.

Vale destacar que a responsabilização de pessoa jurídica em decorrência de atos lesivos à Administração Pública não representa novidade exclusiva da lei anticorrupção. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que numa ação de improbidade, por exemplo, a pessoa jurídica pode figurar no polo passivo, ainda que desacompanhada de seus sócios, sendo responsabilizada com seu patrimônio pela prática de ato ímprobo (RESp. 970.393).

Pois bem. Ao lecionar sobre a responsabilidade objetiva, Cavalieri Filho (2008, p.137) afirma que "todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexo de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa".

Como a responsabilidade civil objetiva prescinde da culpa, restando comprovado o fato, o resultado e o nexo causal, a pessoa jurídica será responsabilizada. A mera configuração desses elementos ensejará a responsabilização da empresa, independente da pessoa natural que realmente tenha praticado o ato prejudicial à Administração Pública.

Justen Filho (2013), no entanto, possui entendimento diverso. Para o administrativista, o ato de corrupção somente é realizado pela ação humana de pessoas físicas. Dessa forma, as sanções previstas na lei anticorrupção apenas irão ser consumadas se na ação da pessoa física contiver dolo.

Nas palavras do autor,

> em momento algum a Lei nº. 12.846/2013 instituiu uma espécie de 'corrupção objetiva', em que seria bastante e suficiente a ocorrência de eventos materiais. Ocorre que, consumada a infração em virtude da conduta reprovável de um ou mais indivíduos, poderá produzir-se a responsabilização de pessoa jurídica. Essa responsabilização será 'objetiva', na acepção de que bastará a existência de um vínculo jurídico com a pessoa física infratora.

Apesar de no art. 5º, alíneas "a", "b", "c", "d", "e" e "f" o legislador ter se utilizado de elementos subjetivos, como "de modo fraudulento"– *consilium fraudis*[1]*,* ao disciplinar os atos lesivos à Administração Pública no tocante a licitações e contratos, remetendo-nos à imprescindibilidade da comprovação do dolo específico do agente nesses casos, entende-se aqui, em contraponto à opinião de JUSTEN FILHO que, ao afastar a análise do elemento culpa na prática da infração, a lei buscou evitar a irresponsabilidade de pessoas jurídicas por ausência de comprovação de elementos subjetivos, como a intenção de causar o dano.

Logo, não é necessário comprovar a culpa ou o dolo de agentes específicos, mas simplesmente a atuação genérica da empresa inclinada à fraude, sem necessidade de individualização de conduta ou comprovação do elemento subjetivo de pessoas a ela vinculadas.

Afirmar que os fatos típicos previstos na Lei Anticorrupção somente se consumariam quando a ação da pessoa física contivesse o elemento subjetivo dolo (JUSTEN FILHO, 2013) seria ir à antemão do objetivo pretendido pela lei. Como dispõe o artigo 3º, a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de quaisquer pessoas naturais – autoras, coautoras, partícipes, dirigentes, administradores – e independe da responsabilização individual das referidas pessoas.

[1] 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: (...)

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.

Assim, ainda que não se comprove o dolo da pessoa física, a pessoa jurídica deverá ser responsabilizada pela lesão causada à Administração Pública nacional ou estrangeira.

A Lei nº. 12.846/2013 também é enfática ao afirmar que dirigentes e administradores que tenham concorrido para o ilícito praticado serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade, isto é, somente serão responsabilizados se restar comprovado que agiram com culpa ou dolo de lesionar a Administração Pública nacional ou estrangeira. No entanto, enfatiza-se que a responsabilização de dirigentes e administradores independerá da responsabilização (objetiva) da pessoa jurídica.

Além de dolo ou culpa, entende-se que os seguintes critérios também devem ser observados para aferir a culpabilidade dos dirigentes e administradores que lesionaram a Administração Pública, a fim de proporcionar-lhes uma sanção adequada: (i) os motivos que os levaram à prática do ato; (ii) as circunstâncias e as consequências do ato lesivo; (iii) o comportamento concorrente da Administração Pública nacional ou estrangeira para o evento danoso; (iv) a reiteração da conduta do agente; (v) os riscos que a conduta danosa causou aos direitos da empresa; (vi) o montante do lucro auferido; e (vii) a colaboração do dirigente ou administrador durante a apuração do ilícito.

A observância dos critérios acima possibilitará a análise profunda da conduta do indivíduo, permitindo que se estabeleça de forma apropriada o grau de reprovabilidade do ato ilícito praticado e, em seguida, a aplicação adequada da sanção.

Dessa forma, é possível a seguinte afirmação: enquanto a pessoa jurídica é responsabilizada objetivamente pelos atos ilícitos praticados, os dirigentes e administradores da pessoa jurídica penalizada terão suas condutas analisadas sob o prisma da responsabilidade subjetiva, pois a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de quaisquer pessoas naturais.

Cumpre enfatizar que a citada conclusão não minimiza as inúmeras indagações que podem ser levantadas sobre o tema. Ao contrário, surgem algumas questões relacionadas à constitucionalidade da lei: “é plausível penalizar a empresa sem que haja comprovação de sua culpa? Não é possível que os funcionários pratiquem atos ilícitos almejando prejudicar a empresa? E quanto ao sócio investidor, que detém menor poder de administração, limitando-se a ter participação nas cotas da sociedade empresarial, será prejudicado por conta de funcionários ou de sócios que efetivamente praticavam a gestão da sociedade?”. Vejamos.

O alicerce da responsabilidade no ordenamento pátrio é a responsabilidade subjetiva, excepcionado quando há lei dispondo em contrário.

O Código Civil de 2002 dispõe que o empregador será responsável pelos atos ilícitos praticados por seus empregados, no exercício do trabalho que lhes competir (art. 932,

III), bem como que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei (art. 927, parágrafo único).

A Constituição Federal, por sua vez, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, aduz que a lei poderá estabelecer a responsabilização da pessoa jurídica, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, §5º). Todavia, observando o ordenamento jurídico, em especial, a Lei do Sistema Financeiro (lei nº. 4.595/1964), a Lei da Concorrência (lei nº. 12.529/2011) e o Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que tais circunstâncias estão todas regulamentadas. Ademais, a nova lei anticorrupção empresarial não abrange os referidos assuntos, mas apenas os atos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Destarte, a possível discussão a respeito da constitucionalidade da lei paira no fato de que, em que pese a lei nº. 12.846/2013 tenha expressamente previsto a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, esta foi além dos limites previstos na Constituição Federal.

3.2 Atos lesivos

A lei anticorrupção, em seu artigo 5º, enuncia que os atos lesivos à Administração Pública, ensejadores da responsabilização objetiva da pessoa jurídica, são aqueles que atentam contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Na sequência elenca um rol taxativo composto por cinco incisos.

Destaca-se que as condutas previstas no art. 5º não são exclusivas e originais da lei anticorrupção, eis que já eram consideradas ilícitas pelo Código Penal, pela Lei de licitações ou pela Lei de Improbidade Administrativa.

> De fato, não se passou a considerar ilícito ato que anteriormente era permitido e praticado pelas empresas. [...] A novidade é que enquanto, até hoje, salvo algumas exceções, a pena para atos de corrupção concentrava-se apenas na pessoa física, doravante, a pessoa jurídica passará a ser punida, e o será em razão de qualquer ato praticado em seu benefício, por qualquer empregado ou representante, ainda que não tenha concorrido ou concordado (PENA, 2013).

Uma das preocupações trazida pela Lei nº. 12.846/2013 consiste na abertura excessiva dos tipos estabelecidos em seu art. 5º. A lei se utiliza de condutas imprecisas, que permitem vastas compreensões, garantindo alto grau de subjetividade para a atividade hermenêutica dos intérpretes, o que ocasiona menos segurança jurídica. Os tipos abertos admitem o excesso de subjetividade na sua compreensão e podem prejudicar pessoas jurídicas em virtude das sanções serem intensamente graves e árduas (SANTOS JÚNIOR; PARDINI, 2014).

Dessa forma, caberá ao sujeito competente verificar a configuração do ato lesivo à Administração Pública no caso concreto e utilizar-se do princípio da razoabilidade no momento da aplicação da sanção.

3.3 Das sanções

A sanção pode ter natureza civil, penal e administrativa e pode ser definida como a imposição de um mal àquele que não observa uma conduta prevista por uma norma jurídica.

A Lei nº. 12.846/2013 prevê a responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica. A responsabilização civil é a que melhor consegue atingir os anseios sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, já que o processo administrativo tem se demonstrado mais efetivo no combate às ilicitudes oriundas de contratos administrativos e procedimentos licitatórios, conforme dispõe o anteprojeto da referida lei.

Na esfera administrativa, as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas responsáveis pelos atos lesivos são multa e publicação extraordinária da decisão condenatória. Já na esfera judicial, as sanções consistem em perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

3.3.1 Responsabilização Civil

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, assim como o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação de sanções às pessoas jurídicas que praticarem os atos lesivos enunciados no artigo 5º da Lei Anticorrupção.

A rigidez das sanções previstas pela Lei nº. 12.846/2013 a fez ganhar ainda mais repercussão. No tocante à esfera judicial, as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas estão previstas em seu artigo 19 e consistem em repressões mais graves que serão aplicadas após decisão do Poder Judiciário, de modo isolado ou cumulativamente.

A penalidade mais grave aplicável à empresa prevista na Lei Anticorrupção consiste na dissolução compulsória, também denominada de “pena de morte da pessoa jurídica”. Esta sanção somente será fixada se restar comprovado ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos ou ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Merece destaque o veto do parágrafo 2º do artigo 19. Este dispositivo estabelecia que a aplicação de três das sanções trazidas no artigo 19 dependeria de comprovação de culpa ou dolo. Porém, as razões apresentadas para o veto, previstas na Mensagem nº. 314, de 01.08.2013, foram que este dispositivo iria contrariar a lógica norteadora do projeto de lei, centrada na responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas que cometam atos contra a Administração Pública, o que anularia todos os avanços apresentados pela nova lei, uma vez que não há que se falar na mensuração da culpabilidade de uma pessoa jurídica.

Há divergência de entendimentos acerca da mensuração da culpabilidade de pessoa jurídica, tendo em vista se tratar de ente desprovido de vontade própria. Gomes (1999, p. 35-41) se posiciona no sentido de que, pelo fato de a pessoa jurídica não ser provida de consciência, não há como mensurar sua culpabilidade. Por outro lado, Tiedemann (1995, p. 21) afirma que é possível a aplicação da culpabilidade social à empresa.

Todavia, como dispõe Pinto (2014, p. 63): "Em relação ao uso da culpabilidade ao ente coletivo (ponto controvertido no Direito Penal), para o Direito Administrativo esta discussão não se aplicaria". Costa (2010, p. 224) disserta que não há óbices para a utilização da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, exceto nos casos de penalidades muito onerosas, como o encerramento de suas atividades, porém, no tocante às pessoas naturais, a responsabilidade exigida é a subjetiva.

Dessa forma, verificamos que a lei anticorrupção foi disciplinada no sentido de responsabilizar objetivamente as pessoas jurídicas que cometam os atos ilícitos por ela tipificados. Assim, vincular a aplicação das sanções de (i) suspensão ou interdição parcial de atividades, (ii) dissolução compulsória da pessoa jurídica e (iii) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, à comprovação de culpa ou dolo, inserindo no centro da lei elementos da responsabilidade subjetiva, anularia todos os progressos que sua promulgação tem como finalidade.

Por fim, cumpre consignar que a lei anticorrupção não previu prazo para a sanção de suspensão e interdição das atividades da pessoa jurídica infratora. Logo, caberá ao magistrado analisar o caso concreto e determinar um período, atentando-se para os limites da razoabilidade.

3.3.2 Responsabilização Administrativa

Além da responsabilidade apurada na esfera judicial, a pessoa jurídica também poderá ser responsabilizada no âmbito administrativo.

Para que a pessoa jurídica possa ser sancionada na esfera administrativa é necessário que tenha praticado um ilícito administrativo. O ilícito será administrativo quando lhe houver atribuída alguma sanção administrativa, ou seja, uma medida aflitiva de caráter negativo, imposta pela Administração Pública como forma de resposta ao comportamento ilícito cometido (MELLO, 2007, p. 62-63).

Logo, a responsabilização administrativa consiste na imposição de uma sanção ao infrator de um dever jurídico pela Administração Pública, penalizando-o em virtude da prática de um ilícito administrativo.

A Lei Anticorrupção introduziu os atos lesivos que ensejarão a aplicação de sanções administrativas, determinou quais as sanções administrativas aplicáveis à pessoa jurídica e estabeleceu alguns parâmetros para dosá-las. Contudo, cumpre ressaltar que a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas não constitui uma inovação na órbita jurídica, eis que algumas leis também possuem essa previsão, a saber, as Leis nº. 12.529/2011[2], nº. 8.666/1993 e nº. 8.429/1992.

As sanções administrativas fixadas foram multa e publicação extraordinária da decisão condenatória, as quais poderão ser aplicadas isoladas ou cumulativamente e não excluirão a obrigação da reparação integral do dano causado.

Quanto à multa, o legislador limitou sua aplicação entre 0,1% (um décimo por cento) e 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, prevendo que nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação, e declarou que a multa será de R$ 6.000,00 (seis mil reais) a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) quando não for possível utilizar o critério do faturamento bruto da pessoa jurídica.

Destaca-se que o parágrafo sexto do artigo 6º estabelecia que o valor da multa não poderia exceder o valor total do bem ou serviço contratado ou previsto. Porém, conforme Mensagem nº. 314, de 01.08.2013, o referido dispositivo foi vetado sob o argumento de que, limitada a penalidade, esta poderia se verificar insuficiente para punir de modo efetivo os infratores e desestimular futuras infrações, colocando em risco a efetividade da lei.

A Lei nº. 12.846/2013 atua na prevenção, ou seja, busca, por meio de sanções elevadas, fazer com que a empresa se abstenha do ato de corrupção. Limitar o valor da multa ao valor integral do bem ou do serviço contratado seria um retrocesso, pois se a importância pactuada não representasse uma fração valiosa para o patrimônio da empresa, esta poderia continuar a propagar a prática corruptiva sem temer a aplicação

[2] Enfatiza-se que a referida responsabilização já existia, inclusive, na lei anterior nº. 8.884/1994 ab rogada.

de uma penalidade insignificante. Dessa forma, andou bem a Presidência em vetar o referido dispositivo.

É preciso salientar que um ponto obscuro constante na Lei nº. 12.846/2013 sobre multas encontra-se no artigo 24. A lei anticorrupção não aponta de modo preciso os destinatários dos valores arrecadados pelas multas pagas nem os destinatários dos bens perdidos pelas pessoas jurídicas sancionadas, limitando-se a afirmar que serão destinatários *preferencialmente* os órgãos e entidades públicas lesadas. Logo, caberá à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário determinar no caso concreto o receptor da multa arrecada.

No tocante à publicação extraordinária da decisão condenatória, o legislador consolidou que esta se dará na forma de extrato de sentença, as expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

O artigo 7º da Lei Anticorrupção estabelece os fatores que deverão ser analisados e sopesados quando da aplicação de sanções administrativas, a saber, a gravidade da infração, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação ou não da infração, o grau de lesão ou perigo de lesão, o efeito negativo produzido pela infração, a situação econômica do infrator, a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações, 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 e o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Cumpre mencionar que o inciso X do artigo 7º dispunha que também deveria ser levado em consideração o grau de eventual contribuição da conduta de servidor público para a ocorrência do ato lesivo. Contudo, tal dispositivo foi vetado, nos termos da Mensagem nº. 314, de 01.08.2013, sob a justificativa de que não havia sentido sopesar a penalidade aplicável à pessoa jurídica infratora em razão do comportamento do servidor público que contribuiu para a prática do ato lesivo à Administração Pública.

Entendemos que o veto presidencial foi adequado. A empresa deve ser sancionada em razão dos atos praticados unicamente por seu pessoal, ou seja, representantes, dirigentes, administradores e funcionários e, por essa razão, não deve obter qualquer espécie de benefício em virtude de eventual participação ou coautoria de agente público.

Pois bem. Conforme destacam Nohara e Marrara, a Administração Pública atua de acordo com o princípio da legalidade, o qual se apresenta sob as diretrizes da primazia

da lei e da reserva da lei. Estas diretrizes, no âmbito sancionatório, determinam, entre outras coisas: "(1) que a Administração não aplique sanção administrativa sem previsão em lei (*lex certa);* (2) que a Administração respeite o princípio da razoabilidade na fixação e aplicação das sanções" (2009, p.436).

A Lei nº. 12.846/2013 previu as sanções administrativas aplicáveis e elencou alguns critérios para dosar as sanções, balizando, parcialmente, o exercício da discricionariedade sancionatória. Porém, ainda que haja alguns parâmetros a serem levados em consideração, a análise do princípio da razoabilidade também se faz necessária no momento da cominação da sanção, a fim de atribuir à pessoa jurídica infratora uma medida repressiva adequada, necessária e proporcional.

Vale destacar que, embora o dever de sancionar seja vinculado, a dosimetria da sanção possui carga de discricionariedade quanto ao conteúdo da ação administrativa.

Como leciona Marrara (2012, p. 215),

> há situações em que certa entidade pública é obrigada a praticar um ato (uma sanção, uma medida acautelatória, um ato normativo), porém detém margem de escolha quanto ao conteúdo desse ato. Em outras palavras, ainda que a prática do ato seja obrigatória (não havendo discricionariedade 'de' ação), existe margem para escolha do conteúdo da ação. Esse tipo de margem de escolha quanto ao conteúdo frequentemente surge nas atividades administrativas de punição ou de controle prévio da atividade privada.

Destarte, restando configurada a prática do ilícito a autoridade administrativa competente terá de cominar a sanção à pessoa jurídica infratora, pois se trata de ato vinculado. Não obstante, a dosagem da sanção, ainda que balizada nos critérios trazidos pela Lei Anticorrupção e no princípio da razoabilidade, terá caráter discricionário.

Convém consignar que, para Carvalho Filho (p. 73), a aplicação da punição não constitui ato discricionário, eis que o administrador deverá proferir sua decisão de forma vinculada aos elementos do processo administrativo. Todavia, de igual forma, sustenta que para a correta aplicação da sanção é necessário observar o princípio da proporcionalidade.

Assim, no tocante à Lei Anticorrupção, para que a sanção administrativa aplicada à pessoa jurídica seja adequada, é imprescindível que a autoridade competente, sopese, com razoabilidade, os critérios estabelecidos no artigo 7º do diploma legal.

Caso a Administração Pública aplique uma sanção desproporcional à empresa que praticou ato lesivo – por exemplo, uma penalidade mais grave do que exigiria o ato lesivo –, estaremos diante de um ato ilegal. Logo, o Poder Judiciário poderá anular o

ato administrativo sancionador[3], garantindo, assim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o controle de legalidade dos atos administrativos.

Quando da anulação do ato administrativo sancionador, o Judiciário não poderá substituir o administrador, rever o caso concreto à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e aplicar sanção mais branda. Caberá ao Poder Judiciário somente anular o ato sancionador e determinar à autoridade administrativa a aplicação de penalidade mais leve, cabendo a esta, por sua vez, realizar o exame dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e cominar uma penalidade menos severa compatível com a falta cometida[4].

Outro aspecto que deve ser analisado é o fato de a aplicação das sanções previstas na Lei nº. 12.846/2013 não afetarem os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes das Leis nº. 8.429/1992, nº. 8.666/1993 e nº. 12.462/2011.

Ao analisar os atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, verifica-se que as condutas ilícitas se assemelham, e muito, com os tipos previstos na Lei de Licitações, de Improbidade, de Defesa da Concorrência e do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). A título de exemplo, veja: o artigo 36, §3º, I, "d" da Lei de Defesa da Concorrência[5], o artigo 5º, inciso IV, alínea "a" da Lei Anticorrupção[6], o artigo 10, inciso VIII, da Lei de Improbidade Administrativa[7], o artigo 88 da Lei de Licitações[8] e o artigo

[3] A 3ª Seção do STJ reconheceu a nulidade do ato sancionador por não observar o princípio da proporcionalidade e pela decisão administrativa não encontrar respaldo no conjunto probatório colhido no processo. (MS n. 13.091/ DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27.2.2008, v.u., DJU 7.3.2008).

[4] RMS 24.901, Rel. Min. Ayres Britto, RTJ 194/590; MS 24.803, Rel. Min. Gilmar Mendes, RTJ 214/371.

[5] 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:
§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:
I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

[6] 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.

[7] Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:
VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

[8] 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:
II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação.

47, inciso V, da Lei que institui o RDC[9] tipificam a mesma conduta, porém com sanções diversas. Por essa razão, vem sendo aventada a possível ocorrência do *bis in idem* e a consequente dúvida sobre qual norma deverá ser aplicada.

Entendemos que o artigo 30 da lei anticorrupção não deixou dúvidas acerca da aplicação conjunta de sanções previstas em seu bojo e de penalidades dispostas nas Leis nº. 8.429/1992, nº. 8.666/1993 e nº. 12.462/ 2011.

É sabido que a Administração Pública somente pode cumular sanções administrativas se houver previsão legal para tanto, o que ocorre no presente caso. Todavia, a cominação de sanções administrativas idênticas pela mesma conduta num mesmo procedimento sancionatório ou até mesmo em outro é terminantemente coibida haja vista o princípio da proibição do *bis in idem.*

É o que leciona Marrara e Nohara (2009, p. 451),

> a Administração somente está autorizada a cumular sanções administrativas quando houver autorização legal expressa. Em nenhum caso, poderá a autoridade aplicar duas sanções administrativas idênticas em razão da mesma conduta. Não poderá, tampouco, multiplicar os processos administrativos para sancionamento da mesma conduta, devendo extinguir o processo sancionatório novo quando a conduta que lhe serve de objeto já tiver dado causa a sanção administrativa do administrado ou do servidor público.

Assim, no tocante à Lei Anticorrupção, a autoridade competente deverá verificar se a infração cometida pela empresa também é punível por outras leis. Caso seja, em se tratando das Leis nº. 8.429/1992, nº. 8.666/1993 e nº. 12.462/ 2011, averiguar se não há sanção idêntica já cominada ou em processo de sancionamento. Se já houver, deverá extinguir o processo sancionatório. Se não houver, poderá iniciar o processo administrativo. Caso seja, porém se trate de outras leis, a Administração não deverá proceder à abertura de processo administrativo, eis que não há previsão legal de cumulação de sanções administrativas para demais normas, sob pena de caracterização de *bis in idem.*

Por fim, ressalta-se que se a conduta ilícita prevista na lei anticorrupção também for punível pelas Leis nº. 8.429/1992, nº. 8.666/1993 e/ou nº. 12.462/ 2011, mas com sanções de natureza diversa, não ocorrerá *bis in idem,* uma vez que há previsão legal de cumulação de sanções (art. 30, Lei nº 12.846/2013) e se tratam de sanções administrativas distintas.

3.4 Programa de *compliance*

[9] Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:
V - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato.

O artigo 7º, inciso VIII, da Lei Anticorrupção enuncia que 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 serão levadas em consideração no momento da aplicação das sanções.

Em outras palavras, a lei nº. 12.846/2013 está concedendo benefício de atenuação de pena às empresas que inserirem *efetivamente* procedimentos de combate à corrupção, como códigos de ética e de conduta, bem como canal de ouvidoria e de denúncia, a fim de prevenir a prática de ilicitudes e implantar uma mudança cultural no modo de agir das pessoas jurídicas que contratam com o Poder Público.

O ministro-chefe da Controladoria Geral da União (CGU), Jorge Hage (2014), declarou que

> a lei vai contribuir com a mudança de atitude e mentalidade do empresariado brasileiro. (...) Percebemos o interesse das empresas em se preparar, em instaurar mecanismos de *compliance* [integridade] e códigos de conduta. Os empresários estão ansiosos para saber qual vai ser a exigência de administração pública.

Diante disso, verifica-se que há uma expectativa de que as empresas que pactuam com a Administração Pública se conscientizem aos poucos do efeito pedagógico e repressivo das sanções e, visando obter a concessão da atenuante prevista no artigo 7º, elaborem o programa de *compliance,* definido como "ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal" (MANZI, 2008, p.15).

Vale destacar que a prática de *compliance* já é utilizada por algumas empresas (p.ex. *Siemens*[10]).

A previsão de *compliance* na Lei nº. 12.846/2013 constitui um avanço direcionado à ética e à transparência das relações negociais entre a Administração Pública e o setor privado. Ademais, trata-se de um sinal de que a empresa deve adotar um determinado padrão de conduta compatível com uma boa-fé objetiva.

O parágrafo único do artigo 7º dispõe que os parâmetros de avaliação 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 serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo Federal.

[10] "A Siemens implementou globalmente em 2007 um programa de fortalecimento da ética e integridade, interna e externamente [...] A área de compliance da Siemens já fez diversas investigações internas na empresa no mundo e, sempre que encontrou indícios de irregularidades, fez uma minuciosa apuração dentro da empresa e levou proativamente o tema às autoridades competentes" (SELHORST, 2014)

Como leciona Carvalho Filho (2013, p. 58),

> a formalização do poder regulamentar se processa, basicamente, por decretos e regulamentos. Nesse sentido é que o art. 84, IV, da Constituição Federal dispõe que ao Presidente da República compete expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Pelo princípio da simetria constitucional, o poder é conferido a outros Chefes do Poder Executivo (governadores, prefeitos, interventores) para os mesmos objetivos.

Por essa razão, o ministro-chefe da Controladoria Geral da União (CGU), Jorge Hage, afirmou que há receio de que os regulamentos estaduais e municipais venham a prejudicar a execução da lei, mas narrou que tem esperança de que os demais entes federativos aguardem a regulamentação federal e tomem-na como referência a fim de minimizar as discrepâncias e eventuais decisões arbitrárias. Todavia, verifica-se que os Estados não compartilharam do mesmo entendimento, haja vista que o Estado de Tocantins regulamentou a Lei Anticorrupção por meio do Decreto 4.954, em 13 de dezembro de 2013 e o Estado de São Paulo também o fez através do Decreto 60.106, publicado no dia 30 de janeiro de 2014.

Apesar das regulamentações estaduais, as empresas aguardam ansiosamente os parâmetros a serem estabelecidos pelo Poder Executivo Federal para que possam se adequar perfeitamente ao dispositivo previsto na Lei Anticorrupção, estipulando regras para atuar com probidade empresarial, prevenindo condutas que violem os princípios da Administração Pública e, consequentemente, beneficiando-se da atenuante, caso venham a ser condenadas.

Sugere-se que as empresas possuam um sistema de controle para garantir sua atuação ética e adotem a criação de um organismo, portador de hábil conhecimento sobre a matéria, para analisar os procedimentos anticorrupção e orientá-las a procederem com condutas que não tenham pertinência aos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção, garantindo, assim, a probidade institucional.

Portanto, aguarda-se a regulamentação federal que haverá de vir, bem como a regulamentação pelos Poderes Públicos estaduais e municipais que já está sendo objeto de decretos, rogando-se pela harmonia entre as regulamentações para evitar insegurança jurídica e possíveis dissonâncias no sistema jurídico brasileiro.

3.5 Do processo administrativo de responsabilização

A Lei Anticorrupção dispõe que a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos poderes executivo, legislativo e judiciário, observado o contraditório e a ampla defesa. Afirma, ainda, que a competência poderá ser delegada, porém veda a subdelegação.

No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União (CGU) terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento na Lei nº. 12.846/2013, para exame de sua regularidade ou para corrigir lhes o andamento, bem como para apurar, processar e julgar os atos ilícitos praticados contra a Administração Pública estrangeira.

O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por dois ou mais servidores estáveis. O ente público, a pedido da comissão, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive busca e apreensão. Cautelarmente, a comissão poderá propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.

A conclusão do processo deverá ocorrer no prazo de cento e oitenta dias contados da data da publicação do ato que a instituir – podendo ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora – e, ao final, deverão ser apresentados relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas. De posse dos relatórios, o processo administrativo será remetido à autoridade instauradora para julgamento (art. 12).

A pessoa jurídica objeto de investigação terá o prazo de 30 dias para defesa, contados a partir de sua intimação.

No tocante ao processo administrativo de responsabilização, verifica-se que o legislador foi econômico em trazer normas disciplinadoras do processo administrativo sancionador da lei.

A primeira encontra-se na competência para instaurar e julgar os procedimentos administrativos. A Lei nº. 12.846/2013 não atribuiu competência a um único órgão dotado de conhecimentos específicos necessários, pelo contrário, delegou à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo possível, ainda, a delegação à competência concorrente da Controladoria Geral da União no âmbito do Poder Executivo federal, do que resulta uma infinidade de autoridades capazes de instaurar e conduzir os referidos processos, o que se espera ser delimitado com os vindouros decretos de regulamentação.

Essa infinidade de autoridades competentes se agrava ainda mais por incluir, geralmente, de ocupantes de cargos em comissão, ou seja, de nomeação política. A Lei nº. 12.846/2013 foi estereotipada como a Lei Anticorrupção empresarial, no entanto, sabe-se que, muitas vezes, a prática da corrupção se inicia no agente público que, com frequência, fica impune a sanções. O fato de a decisão do processo administrativo ser proferida por indivíduo ocupante de cargo político e de a decisão não estar vinculada a

parecer de servidores efetivos que integraram a comissão ocasiona certo desequilíbrio ao processo administrativo e em nada colabora para combater a corrupção.

Por essa razão, há quem diga que existem riscos de politização das instâncias administrativas na gerência da Lei Anticorrupção.

> Como se pode notar, imensos poderes são outorgados às autoridades administrativas, as quais, no entanto, não gozam de autonomias institucionais, não têm independência funcional nem garantias constitucionais que lhes assegurem imunidades contra interferências políticas (OSÓRIO, 2014).

Assim, é previsível que a prática corruptiva continuará a se propagar nesse ínterim, principalmente se a Administração Pública tiver algum interesse político e/ou econômico na pessoa jurídica sob julgamento ou, ainda, se a autoridade tiver sua campanha eleitoral financiada por determinada empresa.

A influência das empresas no poder público tem sido cada vez maior. Todavia, apesar da falta de mecanismos para que esse índice possa diminuir, há expectativa de possíveis melhoras.

> O próximo passo é a vedação do financiamento empresarial [em eleições]. Se não conseguirmos que o financiamento público seja exclusivo, que ao menos ele seja público e de pessoa física. Mas com o teto bem baixo de contribuições individuais, algo como mil reais, para evitar que as pessoas sejam canais fraudulentamente para doações de grandes empresários. Com isso, há condições de eliminar o absoluto poder econômico nas eleições, que é a negação do princípio básico da democracia: um homem, um voto (HAGE, 2014).

Outra omissão da lei anticorrupção se trata da ausência de previsão recursal. É possível que a lei não tenha previsto a interposição de recurso administrativo por ser a autoridade máxima de cada órgão ou entidade a responsável por instaurar e julgar os processos administrativos. Contudo, como leciona Jaloreto (2013),

> sempre que houver concentração excessiva de poder de decisão sobre punir ou não punir, sobre decidir se um acusado é culpado ou inocente, estaremos diante das sutilezas características da natureza humana. Desvios de caráter e de conduta são possíveis, até sob certo ponto de vista, são previsíveis.

Entendemos que houve falha do legislador nesse aspecto. A lei reguladora do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (nº. 9.784/1999) dispõe no inciso X, parágrafo único de seu artigo 2º, que deverá ser observada a garantia do direito à interposição de recursos nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio. Para tanto, é mais do que necessária a aplicação subsidiária da Lei

nº. 9.784/1999 a fim de que haja grau recursal para minimizar possíveis acordos ilegais entre a Administração Pública e grandes grupos econômicos.

De igual forma, verifica-se que a Lei Anticorrupção dispôs timidamente sobre a garantia do contraditório e da ampla defesa, limitando-se a estabelecer o prazo de 30 dias para defesa. Entendemos que, apesar da timidez da lei nº. 12.846/2013 a respeito da referida garantia constitucional, o princípio do contraditório e da ampla defesa é aplicado a todos os processos administrativos tramitados pela Administração Direta e Indireta da União, ainda que não haja disposição em lei específica, tendo em vista os arts. 2º, parágrafo único, X, 3º, III, 26, 28, 46 da LPA (MARRARA; NOHARA, 2009, p. 438).

Também é necessário tecer breve comentário sobre a possibilidade de prorrogação do término do processo administrativo. A lei nº. 12.846/2013 dispõe que o encerramento do processo administrativo deverá ocorrer no prazo de cento e oitenta dias; podendo ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora. Observa-se que o legislador não definiu o período da prorrogação, se será por mais cento e oitenta dias ou qualquer outro prazo que já poderia ter sido fixado por ele. Porém, o que não pode ocorrer é a pessoa jurídica ficar por tempo indefinido à mercê da autoridade competente. A investigação pela prática de atos ilícitos de determinada empresa não deve ser perpétua, eis que durante o lapso da apuração dos fatos a imagem da pessoa jurídica é comprometida no mercado econômico.

Outro atributo a ser ressaltado da Lei Anticorrupção está em seu artigo 14, a saber, a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, entendimento admitido pelo Superior Tribunal de Justiça[11].

Da leitura do dispositivo supra, a desconsideração da personalidade jurídica configura uma exceção à regra geral de penalização de pessoa jurídica prevista no artigo 1º, caput e parágrafo único da Lei nº. 12.846/2013.

Nota-se que a Lei Anticorrupção está em sintonia com o artigo 50 do Código Civil Brasileiro. O instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi previsto para reprimir o abuso da personalidade jurídica, caracterizado quando há desvio da finalidade da pessoa jurídica, ou seja, exercício da atividade-fim da pessoa jurídica visando precipuamente o benefício dos sócios e administradores, ou confusão patrimonial, a saber, a ausência de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio particular dos administradores (DONIZETTI; QUINTELLA, p.80-81).

[11] "Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Licitação. Sanção de inidoneidade para licitar. Extensão de efeitos à sociedade com o mesmo objeto social, mesmos sócios e mesmo endereço. Fraude à lei e abuso de forma. Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. Possibilidade. Princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos." (RO MS 15.166/BA. DJ 08.09.03. p. 262).

Para que seja aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, basta que tenha sido utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Dessa forma, se restar comprovado durante o processo administrativo que a empresa abusou da personalidade jurídica para encobrir a prática de atos ilícitos previstos no artigo 5º da Lei nº. 12.846/2013 ou, ainda, para provocar confusão patrimonial, a autoridade competente deverá aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, visando coibir o abuso de direito e inibir a prática de fraude através de adulteração do instituto da personalidade civil. Ressalta-se que os sócios sem poderes de administração que não tenham contribuído para as condutas ilícitas não serão alcançados pela desconsideração, uma vez que o dispositivo prevê tal ressalva.

Em recente decisão do Supremo Tribunal Federal (MS 32.494-MC/DF), o Ministro relator Celso de Mello suspendeu decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) que determinou a desconsideração da personalidade jurídica, fundamentando, sobretudo, no "periculum in mora", reconhecendo, todavia, que a questão da possibilidade da Administração Pública determinar a desconsideração ainda é tema pendente de análise pelo Supremo Tribunal.

Por fim, destaca-se que a Administração Pública deverá informar o Ministério Público ao término do processo administrativo para apuração de eventuais delitos (art. 15). De acordo com o Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Arthur Lemos Júnior, até que se finde o processo administrativo, fatos importantes da investigação a ser realizada pelo Ministério Público poderão ser perdidos. Ademais, suscita que pode ocorrer de a Administração Pública e a Promotoria de Justiça estarem apurando o mesmo fato simultaneamente.

> [...] Enquanto a administração pública está apurando, pode ser que o promotor de justiça também esteja. Se informasse antes, poderíamos fazer uma parceria. A lei poderia ter indicado essa comunicação. A lei não propicia uma investigação em força tarefa (LEMOS JÚNIOR, 2014).

Logo, verifica-se que o referido dispositivo legal não foi muito bem recebido pelos Promotores de Justiça.

3.6 Do acordo de leniência

O acordo de leniência é previsto no artigo 16 da Lei nº. 12.846/2013 e muito se assemelha ao instituto da delação premiada previsto no Direito Processual Penal. Vale enfatizar que não consiste numa exclusividade da Lei Anticorrupção, uma vez que no ano 2.000 a antiga Lei Antitruste (Lei nº. 8.884/1994) inaugurou o referido instituto em seu artigo 35-B.

Trata-se do acordo celebrado entre a autoridade máxima de cada órgão e as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos lesivos à Administração Pública que tiverem colaborado de modo efetivo com a investigação e o processo administrativo. O aludido auxílio deve resultar na descoberta de outros envolvidos no ilícito e no alcance de informações e documentos que comprovem a infração apurado.

Os requisitos concomitantes para a celebração do acordo de leniência são a pessoa jurídica ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; a pessoa jurídica cessar seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; e a pessoa jurídica admitir sua participação no ilícito e cooperar com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Por meio do referido acordo, a pessoa jurídica obterá somente a isenção das sanções de publicação da decisão condenatória e de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, bem como a redução de dois terços do valor da multa.

Logo, a feitura do acordo de leniência apenas abrandará as penalidades a serem impostas à pessoa jurídica, mas não interferirá no dever de reparar integralmente os danos causados. Entendemos que, no caso de impossibilidade fática de reparação integral do dano, a autoridade competente deverá estabelecer condições que contribuam para o ressarcimento do dano pela empresa infratora, ainda que parcialmente e a longo prazo. Desse modo, se a pessoa jurídica autora da conduta ilícita tiver preenchido simultaneamente os requisitos para a celebração do acordo de leniência, fará jus à isenção de sanções e/ou redução da multa mesmo que tenha havido tão-somente reparação substancial do dano.

Também é necessário tecer comentários acerca do artigo 17 da Lei Anticorrupção, o qual visa conceder isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos artigos 86 a 88 da Lei de Licitações por meio de acordos de leniência. Partilhamos do entendimento de Machado (2014, p. 133):

> O acordo de leniência é medida excepcional que relativiza o princípio da indisponibilidade do interesse público e, como tal, deve ser acompanhado de intenso regramento. No caso da Lei 12.846/2013, as sanções previstas são exclusivamente pecuniárias e, para os fins a que se destina, o desconto arrecadatório pode compensar o aprofundamento de investigação a ser realizada pelos órgãos de controle. No entanto, ao permitir a celebração de acordo de leniência nas hipóteses dos artigos 86 a 88, se está a abranger as penas de suspensão, impedimento e declaração de inidoneidade, cuja razão de ser é bastante distinta das penas de multa ou advertência.

Assim, pode ocorrer de autoridades imoralmente pactuarem a leniência apenas para romper com a aplicação de penalidades mais gravosas contidas na Lei de Licitações, o que, para nós, inviabiliza o zelo ao dispositivo em comento.

Em conclusão, para encerrar o presente tópico é importante colacionar alguns obstáculos que podem tornar o acordo de leniência menos atraente. A Lei nº. 12.846/2013 pecou em não contemplar possíveis efeitos penais do pacto, podendo o Ministério Público se utilizar das leniências para alcançar decretos condenatórios contra pessoas físicas e eventuais reparações de danos no âmbito civil. A Lei Anticorrupção também falhou em não disciplinar a extinção da punibilidade à pessoa jurídica infratora que efetivamente cooperar com as investigações e com o processo administrativo, limitando-se a estipular apenas redução da pena de multa aplicada. De igual forma, não houve previsão de leniência dúplice no decorrer do processo administrativo quanto à infração que venha a surgir no decorrer das investigações. E, ainda, o fato de o acordo de leniência não impedir que o órgão ministerial promova ação judicial a fim de aplicar as sanções previstas no artigo 19 da Lei Anticorrupção (MARRARA, 2013).

Destarte, verifica-se que o acordo de leniência almeja garantir a efetividade da colaboração realizada pela pessoa jurídica que praticou atos lesivos à Administração Pública, por meio da identificação de outros elementos envolvidos na infração e da obtenção célere de informações e/ou documentos comprobatórios do ilícito apurado, assim como o resultado satisfatório do processo. Contudo, ressalta-se que pode ocorrer de as empresas não se sentirem atraídas para pactuarem a leniência em virtude dos escassos benefícios que lhe serão conferidos.

3.7 Do Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP

No último capítulo da Lei Anticorrupção, capítulo VII, referente às Disposições Finais, foi implantado o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, no âmbito do Poder Executivo federal, responsável por reunir e dar publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo, os quais deverão informar e manter atualizados no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos artigos 87 e 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Em que pese a Lei Anticorrupção não tenha deixado claro qual a função do cadastro, observa-se que a pretensão do legislador foi agrupar e tornar públicas as sanções aplicadas pelo Poder Público às empresas responsabilizadas pela prática de atos lesivos à Administração Pública, bem como aos acordos de leniência celebrados, o qual deverá ser alimentado periodicamente pela autoridade competente de cada órgão.

Da leitura da lei, verifica-se que qualquer punição conferida à pessoa jurídica ensejará na inscrição de sua razão social no Cadastro Nacional de Empresas Punidas. Assim, resta claro que este procedimento visa desestimular a prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, uma vez que será divulgada a imagem da empresa como corrupta, tratando-se, portanto, de uma propaganda negativa para a pessoa jurídica ou, ainda, de uma espécie de rotulação de "empresa ficha suja".

A instauração do Cadastro Nacional de Empresas Punidas repercutiu no empresariado brasileiro. As empresas que estão aderindo ao programa de *compliance* pugnam para que sejam concedidos méritos, como redução de juros em financiamentos, para aquelas que gozarem de boa reputação no âmbito empresarial ("fichas limpas"). Já as empresas que possuem ações na Bolsa de Valores estão mais receosas pelo fato de se restar configurada sua participação em atos lesivos tipificados na Lei Anticorrupção, o preço de suas ações será surpreendentemente reduzido.

O cadastro deverá conter razão social e CNPJ, tipo de sanção, data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso, e, após transcorrido o prazo do cumprimento do acordo de leniência, da reparação do dano causado ou aquele disciplinado no ato sancionador, os registros serão excluídos mediante solicitação do órgão sancionador.

Registra-se que o legislador não previu prazo máximo para a publicidade das informações constantes no CNEP. Assim, verificamos que, caso a delimitação do lapso configure faculdade da autoridade competente, há possibilidade de a empresa enfrentar arbitrariedades praticadas pelo administrador público, ocasionando-lhe severas consequências até que a decisão administrativa seja revista na esfera judicial, as quais poderiam ser evitadas se o instituto e o prazo fossem disciplinados concomitantemente.

Além disso, cremos que a inscrição no Cadastro Nacional de Empresas Punidas deveria ter outra implicação legal. O CNEP não deveria apenas reunir e dar publicidade às sanções aplicadas às empresas que tenham praticado condutas ilícitas em desfavor da Administração, mas também servir como banco de dados de análise obrigatória para futuras contratações do Poder Público. Dessa forma, pessoas jurídicas que não tivessem sua "ficha completamente limpa" seriam impedidas de pactuar com a Administração Pública no âmbito federal, estadual ou municipal.

4 Considerações finais

É sabido que a corrupção torna o país menos desenvolvido, eis que o serviço público se torna ineficiente, a concorrência de mercado é destruída e, como consequência, há redução do número de investimentos naquele país; o que ratifica a informação de que a eficiência governamental cativa investimentos e, portanto, crescimento econômico (MAURO, 1995, p. 681-712).

Para se obter crescimento econômico e combater efetivamente a corrupção empresarial é necessário atribuir mais efeitos prejudiciais do que benéficos às pessoas jurídicas que pactuam de modo ilícito com o poder público. Da leitura da Lei Anticorrupção empresarial, observa-se que há passos nessa direção, haja vista a previsão de sanções mais rigorosas que intimidam as empresas de praticarem atos ilegais contra a Administração Pública o que, como corolário, eleva a nação a uma posição de destaque no cenário mundial.

Pode-se dizer, portanto, que o objetivo da Lei nº. 12.846/2013 é combater frontalmente a corrupção através de desestímulos de práticas ilícitas por parte de empresas privadas que se relacionam com o poder público, e proporcionar maior segurança e integridade ao mercado econômico.

Todavia, quanto ao motivo que garantirá o sucesso da Lei Anticorrupção, é clara a divergência entre os operadores do Direito. Enquanto alguns, como o ministro-chefe da Controladoria Geral da União, Jorge Hage, apostam "no poder inibitório da simples existência da previsão de multas pesadas, mostrando ao empresário que vale a pena ele se prevenir" (HAGE, 2014), outros sustentam a efetiva aplicação da lei.

Para nós, o êxito da nova Lei Anticorrupção Empresarial depende de sua *efetiva* aplicação. Entendemos que para qualquer lei ser efetivamente cumprida é necessária fiscalização. Logo, não foge à regra a Lei Anticorrupção, que, de igual forma, somente atingirá seus objetivos se houver efetiva fiscalização por parte das autoridades competentes.

A partir do momento em que as autoridades tornarem efetiva a fiscalização sobre as empresas que pactuam com o poder público, processando-as e multando-as, caso pratiquem algum ilícito previsto na Lei nº. 12.846/2013, as demais empresas se tornarão temerosas e buscarão agir com maior cautela para cumprir os deveres estabelecidos em lei.

É nítido que a lei atua na prevenção. Por tal razão, não se espera que a corrupção seja totalmente banida pelo advento da Lei nº. 12.846/2013, mas o fato de estabelecer punições ao corruptor-empresário almejando prevenir práticas ilícitas e desonestas contra a Administração Pública levará a sociedade a um aprendizado de grande valia que será responsável pela mudança de inúmeros comportamentos no âmbito empresarial brasileiro, garantindo, assim, seu real triunfo.

6 Referências bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade-efetividade. Tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático de direito civil*. São Paulo: Atlas 2012.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. *Crimes contra o meio ambiente - responsabilidade e sanção penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 10.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HAGE, Jorge. Lei Anticorrupção vai mudar a atitude do empresariado brasileiro. *Carta Capital.* Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/politica/lei-anticorrupcao-vai-mudar-atitude-e-mentalidade-do-empresariado-brasileiro201d-2906.html>. Acesso em 19.mar.2014.

JALORETO, Jair. Advogados alertam para efeito inverso de lei anticorrupção. Em *Consultor Jurídico*, disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-nov-19/especialistas-alertam-risco-lei-anticorrupcao-efeito-inverso. Acesso em 17 abril 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. A "Nova" Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini.* Curitiba, n. 82, dezembo de 2013. Disponível em: < http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo =82&artigo= 1110&l=pt >. Acesso em 27 março 2014.

KLITGAARD, Robert. *A corrupção sob controle*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

LEMOS JÚNIOR, Arthur. Nova lei anticorrupção. *Carta Capital.* Disponível em: www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-serapiao/201ce-mais-uma-ferramenta-para-combater-a-criminalidade-economica-organizada201d-diz-promotor-826.html. Acesso em 19.mar.2014.

MACHADO, Fernando Moreno. *As sanções administrativas da lei de licitações e a desconsideração da personalidade jurídica*. Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012.

MARRARA, Thiago. Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. Em *Consultor Jurídico*, disponível em http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-leianticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega. Acesso em 17.abril.2014.

MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. *Processo administrativo. Lei nº 9784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

MAURO, Paolo (1995). "Corruption and growth". In: *Quarterly Journal of Economics*, v. 110, n. 3, Aug. 1995, p. 681-712.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiro, 2007.

MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil.* São Paulo: Saint Paul, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. Lei anticorrupção. *Carta Capital.* Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-serapiao/ha-risco-de-politizacao-na-nova-lei-anticorrupcao-diz-advogado-1781.html>. Acesso em 19.mar.2014.

PENA, Eduardo Chemale Selistre. Punição às empresas é diferencial da Lei Anticorrupção. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de setembro de 2013. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-set-26/eduardo-pena-punicao-empresas-diferencial-lei-anticorrupcao. Acesso em 31 março 2014.

PINTO, João Otávio Torelli. Responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, Direito Penal para que? *Revista Digital de Direito Administrativo* (RDDA), v. 1, n. 1, p. 52-68, 2014.

SANTOS JÚNIOR, Belisário; Pardini, Isabella Leal. Lei Anticorrupção gera Incertezas, mas Consolida a Necessidade do Compliance. *Interesse Nacional*, ano 6, n. 24, jan-março 2014. Disponível em: http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/lei-anticorrupcao-gera-incertezas-mas-consolida-a-necessidade-do-compliance/. Acesso em: 31 março 2014.

SELHORST, Fábio. Lei Anticorrupção reforça importância do compliance. Em *Consultor Jurídico*, disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-fev-21/fabio-selhorst-lei-anticorrupcao-reforca-importancia-compliance. Acesso em 17.abril.2014.

TIEDEMANN, Claus. Responsabilidade penal de las personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 11, p. 21, 1995.