

MÁSTER UNIVERSITARIO  
Corrupción y Estado de Derecho

TRABAJO FIN DE MASTER  
**PROGRAMA DE CLEMENCIA INSTITUIDO POR  
LA LEY ANTICORRUPCIÓN DE BRASIL: CARAC-  
TERÍSTICAS, PROBLEMAS Y RETOS**

AUTORA  
**KATIA REGINA RIBEIRO**  
DIRECTOR  
**ISIDORO BLANCO CORDERO**

Salamanca, 2017

## **Reconocimientos**

Al Ministerio de la Transparencia y Controladoría General de la Unión que me concedió la licencia que hizo posible completar el Máster en Corrupción y Estado de Derecho (curso 2016/2017).

Mi especial agradecimiento a los profesores del Máster en Corrupción y Estado de Derecho. Particularmente mi agradecimiento al director de este máster, Dr. Eduardo A. Fabián Caparrós y al distinguido profesor Dr. Isidoro Blanco Cordero, quien actuó con diligencia extrema y calificada guía en su papel de director del Trabajo de Fin de Máster.

## **RESUMEN**

La Ley n° 12.846 de 2013 trata del tema de la responsabilidad de las personas jurídicas, disponiendo las sanciones de naturaleza administrativa y civil para castigar las prácticas de corrupción. Además, introduce en el ámbito del derecho administrativo sancionador el Acuerdo de Clemencia. A pesar de constituirse un avance, algunos requisitos y condiciones del programa de clemencia han sido criticados y, incluso, se teme que, debido a las fallas e inconsistencias de esta norma, se tornen los acuerdos entre la Administración y las personas jurídicas, en inviables. Los puntos más criticados se refieren a: las lagunas e inconsistencias existentes en la Ley Anticorrupción; la desconfianza existente en relación al órgano competente para celebrar los acuerdos de clemencia; los aparentes conflictos de atribuciones entre los órganos involucrados en la aplicación de del programa de clemencia; y la revelación de informaciones relacionadas con las negociaciones del acuerdo que deberían ser mantenidas en secreto.

**PALABRAS CLAVE:** programa de clemencia, acuerdo de clemencia, acuerdo de lenidad, responsabilidad de personas jurídicas, responsabilidad administrativa, responsabilidad civil.

## SUMARIO

LISTADO DE ABREVIATURAS .....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
1. PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, CONFORME LA LEY N° 12.846/2013.....	9
1.1. ORIGEN: CONVENCIONES INTERNACIONALES FIRMADAS POR BRASIL Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS .....	9
1.2. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA ANTES DE LA PUBLICACIÓN DE LA LEY ANTICORRUPCIÓN .....	11
1.2.1. TIPOS DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD .....	13
1.2.1.1. RESPONSABILIDAD PENAL .....	13
1.2.1.2. RESPONSABILIDAD CIVIL .....	14
1.2.1.3. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.....	15
1.2.2. REPERCUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS ÁMBITOS PENAL, CIVIL Y ADMINISTRATIVO.....	16
1.3. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, SEGÚN LA LEY ANTICORRUPCIÓN. 17	
1.3.1. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO .....	19
1.3.2. ACTOS LESIVOS: NATURALEZA .....	20
1.3.3. SANCIÓN: NATURALEZA.....	21
1.4. PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ....	22
1.4.1. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS .....	23
1.4.2. RITO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS .....	26
1.4.2.1. FASES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	26
1.4.3. RECURSOS ADMINISTRATIVOS.....	30
1.5. PROGRAMAS DE INTEGRIDAD CORPORATIVA – COMPLIANCE ANTICORRUPCIÓN .....	30
1.6. ACUERDOS DE CLEMENCIA .....	32
1.7. ESTADÍSTICAS REFERENTES A LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS DE RESPONSABILIDAD .....	32
2. EL ACUERDO DE CLEMENCIA Y LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LA PERSONA JURÍDICA EN BRASIL - LEY ANTICORRUPCIÓN.....	34
2.1. EL PROGRAMA DE CLEMENCIA .....	34
2.1.1. CONCEPTOS .....	34
2.1.2. ORIGEN HISTÓRICO: LA EXPERIENCIA AMERICANA .....	35
2.1.3. CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA JURÍDICA .....	38
2.2. LA CLEMENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEÑO.....	39

2.2.1. ACUERDO DE CLEMENCIA EN LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN A LA COMPETENCIA - LEY Nº 12.529/2011.....	39
2.2.1.1. OPINIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE EL ACUERDO DE CLEMENCIA DE LA LEY ANTITRUST.....	45
2.2.2. EL ACUERDO DE CLEMENCIA EN LA LEGISLACIÓN ANTICORRUPCIÓN - LEY Nº 12.846/2013.....	46
2.2.2.1. NORMAS QUE REGLAMENTARAN EL ACUERDO DE CLEMENCIA DE LA LEY ANTICORRUPCIÓN.....	52
2.2.3. LOS ACUERDOS DE CLEMENCIA EFECTUADOS POR EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL	54
3. ACUERDOS DE CLEMENCIA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN – LEY Nº 12.846/2013: EXPERIENCIA BRASILEIRA.....	61
3.1. PROBLEMAS IDENTIFICADOS EN LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA PREVISTO EN LA LEY ANTICORRUPCIÓN.....	61
3.1.1. SUSPENSIÓN DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD Y LA PRESCRIPCIÓN DE LOS ILÍCITOS	63
3.1.2. CÁLCULO DEL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS .....	69
3.1.3. CAPACIDAD TÉCNICA, AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DE LOS ÓRGANOS RESPONSABLES DE CELEBRAR EL ACUERDO DE CLEMENCIA .....	71
3.1.4. APARENTES CONFLICTOS INSTITUCIONALES ENTRE LOS ÓRGANOS DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN.....	77
3.1.4.1. APARENTE CONFLICTO INSTITUCIONAL ENTRE LA CGU Y EL TCU.....	78
3.1.4.2. APARENTE CONFLICTO INSTITUCIONAL ENTRE LA CGU Y EL MPF .....	82
3.1.5. LA QUIEBRA DEL SECRETO EN LAS NEGOCIACIONES DE LOS ACUERDOS DE CLEMENCIA .....	87
3.2. DATOS REFERENTES A LOS ACUERDOS DE CLEMENCIA .....	89
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	90
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	94
ANEXO LEGISLATIVO .....	97

## LISTADO DE ABREVIATURAS

AGU	Abogacía General de la Unión
CNEIS	Catastro Nacional de Empresas Inidóneas y Suspensas
CNEP	Catastro Nacional de Empresas Punidas
CADE	Consejo Administrativo de Defensa Económica
CGU	Ministerio de la Transparencia y Controladoría General de la Unión.
CRG	Inspectoría General de la Unión
LAC	Ley Anticorrupción
LAI	Ley de Acceso a la Información
MPF	Ministerio Público Federal
MP	Medida Provisoria
MJ	Ministerio de la Justicia
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.
OEA	Organización de los Estados Americanos.
PAR	Proceso Administrativo de Responsabilización.
PL	Proyecto de Ley
RDC	Régimen Diferenciado de Contrataciones Públicas
SBDC	Sistema Brasileiro de Protección a la Competencia
SisCOR	Sistema de Corrección del Poder Ejecutivo Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justicia de Brasil.
STPC	Secretaria de Transparencia y Prevención de la Corrupción
TCU	Tribunal de Cuentas de la Unión
UERJ	Universidad del Estado del Rio de Enero

## INTRODUCCIÓN

Los estudios acerca del tema de la corrupción demuestran que este fenómeno es muy antiguo y se produce como resultado de una confluencia de factores sociales, políticos y económicos. Las prácticas corruptas afectan, aun cuando de manera y grados diferentes, a todos los Estados e instituciones, causando efectos negativos, a veces devastadores, en las dimensiones económica, política y social.

Brasil ha sufrido el problema de la corrupción desde su colonización hasta los días actuales. Más específicamente en la última década vive una ola de continuos y graves escándalos, cuyos protagonistas son importantes políticos y grandes contratistas. El mayor caso de corrupción ha sido desmontado por fiscales y policías federales, y es referido a la operación Lava-Jato.

En el plano de las reacciones, institucionales y normativas, Brasil, en los recientes años, ha dado importantes pasos en la lucha contra este flagelo: es signatario de tres convenciones internacionales relativas al tema y ha reformado su ordenamiento jurídico interno, en particular el Código Penal al tipificar varios instrumentos de combate a la corrupción. Estas últimas reformas se dieron en la parte especial del Código Penal, lo que ha permitido definir de mucho mejor forma la autoría y la participación en estos tipos de delitos.

Uno de los avances fue la publicación de la Ley n° 12.846 de 2013, llamada Ley Anticorrupción (LAC), aprobada para atender a las exigencias de las convenciones internacionales firmadas por Brasil. Esta norma trata del tema de la responsabilidad de personas jurídicas e innova en el ordenamiento patrio previendo sanciones de naturaleza administrativa y civil para castigar las prácticas de corrupción.

Además de las reformas de carácter penal, la Ley n° 12.846 de 2013, llamada Ley Anticorrupción, introdujo en el ámbito del derecho administrativo sancionador el instituto del Acuerdo de Clemencia como un instrumento de carácter consensual a ser utilizado en la lucha contra la corrupción. Se trata de un mecanismo jurídico de investigación, de carácter consensual, que permite un pacto entre la Administración Pública y la persona jurídica involucrada en actos de corrupción y tiene como objetivo la obtención de pruebas

(este es el mayor reto del sistema) de las prácticas corruptas de manera mucho más rápida que la manera tradicional.

A pesar de los avances conseguidos, hay mucho espacio de mejoramiento todavía por resolver. Es así que algunos de los requisitos y condiciones del Acuerdo de Clemencia, creados por la Ley Anticorrupción, han sido criticados por los operadores del derecho y por representantes de los órganos de combate a la corrupción. Incluso, se teme que, debido a las fallas e inconsistencias de esta norma, se tornen los acuerdos entre la Administración y las personas jurídicas, en inviables.

Este estudio trata de la obtención de datos respecto de los puntos más criticados del programa de clemencia instituido por la Ley Anticorrupción. Estos puntos se refieren a: 1) las lagunas e inconsistencias existentes en la Ley Anticorrupción que han generado problemas tanto en la celebración del acuerdo de clemencia como en los procesos de responsabilidad de las personas jurídicas; 2) la desconfianza de los operadores del derecho y representantes de los otros órganos de combate a la corrupción con relación al órgano legalmente competente para celebrar los acuerdos de clemencia; 3) los aparentes conflictos de competencias entre los órganos involucrados en la aplicación de los acuerdos; y 4) la revelación de informaciones relacionadas con las negociaciones del acuerdo de clemencia, que deberían ser secretas.

Más allá de identificar los problemas relacionados con la celebración de los acuerdos de lenidad, este estudio pretende hacer algunas comparaciones entre el programa de clemencia creado por la Ley Anticorrupción y el programa de clemencia instituido por la Ley Antitrust que trata del combate a las actividades de carteles empresariales, que también tiene un carácter administrativo.

Por último, el trabajo pretende recomendar algunas medidas para disminuir los impactos provocados por los problemas identificados en el programa de lenidad de la Ley Anticorrupción y sus reflejos en los procesos de responsabilidad de las personas jurídicas desarrollados por el Ministerio de la Transparencia y Controladoría General de la Unión, en ámbito federal.

## **1. PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS, CONFORME LA LEY N° 12.846/2013**

### **1.1. Origen: convenciones internacionales firmadas por Brasil y la responsabilidad de las personas jurídicas**

Brasil es signatario de tres convenciones internacionales que alcanzan directamente el tema del combate a la corrupción y la responsabilidad administrativa y penal de las personas jurídicas. La primera que el país firmó fue la Convención sobre el Combate a la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE); la segunda fue la Convención Interamericana contra la Corrupción, de la Organización de los Estados Americanos (OEA); y la tercera firmada fue la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Estas convenciones llegaron a formar parte del ordenamiento jurídico brasileño como leyes ordinarias, después de pasar por algunos procedimientos, ejecutivos y legislativos: primero, el presidente de la República firma el tratado internacional. A continuación, la norma es votada por el Congreso Nacional y aprobada por medio de un decreto legislativo y, por último, es promulgada a través de un decreto presidencial.

La Convención sobre el Combate a la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, de 1977, fue incorporada en el ordenamiento jurídico brasileño por el Decreto Presidencial n° 3.678, de 30 de noviembre de 2000<sup>1</sup> La convención trata del tema de la lucha contra la corrupción transnacional, exigiendo que los estados parte tipifiquen como delito el cohecho activo transnacional y adopten las medidas necesarias para garantizar que el soborno y el producto de la corrupción estén sujetos a la retención y puedan ser objeto de confiscación (comiso).

El Artículo 2 trata acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas. Dispone

---

<sup>1</sup> BRASIL. Decreto n° 3.678, de 30 de noviembre de 2000. Promulga la Convención acerca del Combate a la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, concluida en París, el 17 de diciembre de 1997. Disponible en: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm)>

que cada estado parte debe tomar las medidas necesarias para establecer las responsabilidades de las personas jurídicas por la corrupción de funcionario público extranjero, de acuerdo a las especificidades de su sistema jurídico interno.

El Artículo 3 exige que los estados parte prevean sanciones que sean eficaces, proporcionadas y disuasorias, aunque no exige que la responsabilidad de las personas jurídicas sea penal cuando la legislación del país no admita este tipo de sanción (esto puede ser entendido como una limitación ya que el Derecho Penal es un instrumento muy eficaz en la lucha contra el delito de corrupción).

Por separado, la Convención Interamericana contra la Corrupción, de la OEA – 1996, fue promulgada por el Decreto Presidencial nº 4.410, de 07 de octubre de 2002<sup>2</sup>. Su ratificación resultó de presiones internacionales lideradas por los Estados Unidos, que exigían que la comunidad internacional responsabilizara a las personas jurídicas por la práctica de actos corruptos en territorio extranjero.

Desde 1977 los Estados Unidos ya sancionaban sus empresas nacionales por soborno transnacional mediante la *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA – (Ley contra las Prácticas de Corrupción Extranjera). Como consecuencia, estas empresas tenían sus capacidades de competencia reducidas, y ante lo que ellas asumieron como perjudicial pidieron que los Estados Unidos actuaran para que otros países llegaran a adoptar también reglas para responsabilizar a sus propias empresas. De este modo, todas las empresas podrían competir en el mercado internacional en condiciones próximas a la igualdad.

En torno a la responsabilidad de personas jurídicas, el Artículo VIII de la norma de marras se refiere al soborno transnacional y exige que los estados parte prohíban y castiguen el ofrecimiento de propinas o pagos, por parte de personas físicas o jurídicas, a funcionarios públicos de otro estado a cambio de favores. La Convención de la OEA incluye, como elemento que la diferencia, un protocolo de adaptación progresiva de las reglas.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Decreto nº 4.410, de 07 de octubre de 2002. Promulga la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 29 de marzo de 1996. Disponible en: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4410.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm)>

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción – Convención de Mérida – fue ratificada mediante el Decreto Presidencial n° 5.687, de 31 de enero de 2006<sup>3</sup> y se refiere al vínculo existente entre corrupción y otras formas de delincuencia, dentro de ellas el blanqueo de capitales.

Esta convención trata el tema de la corrupción en su sentido más amplio, para lo que dispone conductas de prevención y represión de los actos de corrupción; cooperación internacional y recuperación de activos. En consonancia con las otras dos convenciones, aborda también el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas, en el Artículo 26, exigiendo que los estados parte prevean sanciones proporcionales, eficaces y disuasorias de prácticas corruptas de personas jurídicas, aunque no obliguen la tipificación en ámbito penal. Exige incluso que las empresas establezcan mecanismos de cumplimiento (*compliance*), relacionados con la prevención de los delitos de corrupción.

## **1.2. Responsabilidad de las personas jurídicas en la legislación brasilera antes de la publicación de la ley anticorrupción**

Para tratar de la responsabilidad de las personas jurídicas es necesario hacer un recorrido sobre el funcionamiento del sistema jurídico brasilero, a modo de derecho comparado histórico. Previo a la aprobación de la Ley Anticorrupción había una laguna en el sistema jurídico brasilero con relación a la responsabilidad de las personas jurídicas, por la práctica de actos ilícitos contra la Administración Pública, en particular los actos de corrupción. Es decir, no se disponía de medios jurídicos específicos que permitiesen alcanzar el patrimonio de las personas jurídicas con el fin de obtener resarcimiento de perjuicios causados.<sup>4</sup>

Sin embargo, el ordenamiento jurídico brasilero ya disponía de normas para sancionar administrativamente personas jurídicas por conductas en licitaciones y contratos públicos (Ley de Licitaciones y Contratos - Ley n° 8.666, de 21 de junio de

---

<sup>3</sup>BRASIL. Decreto n° 5.687, de 31 de enero de 2006. Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 31 de octubre de 2003 y firmada por Brasil el 09 de diciembre de 2003. Disponible en: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm)>

<sup>4</sup> Exposición de motivos EMI 00011 2009 – CGU/MJ/AGU, de 23/10/2009, del anteproyecto de la Ley Anticorrupción. Disponible en: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1084183.pdf>>

1993 y la Ley de Régimen Diferenciado de Contrataciones Públicas – RDC, Ley n° 12.462, de 4 de agosto de 2011) y por prácticas lesivas a la competencia (Ley Antitrust – Ley n° 12.529, de 30 de noviembre de 2011).

Para efectos de este estudio interesa la segunda ley, la Ley Antitrust, que propicia el combate a las actividades de carteles empresariales. La norma creó el Sistema Brasileiro de Defensa de la Competencia (SBDC) y dispuso la prevención y represión de infracciones contra el orden económico. Sus normas se aplican a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.

Esta Ley también creó el instituto del Acuerdo de Clemencia como un instrumento de combate a la práctica de cartel. Se trata de un pacto a ser firmado entre la Administración Pública con las personas naturales o jurídicas, autoras de infracción al orden económico, con el objeto de obtener informaciones y pruebas relacionadas con la investigación de prácticas de cartel. A cambio, la empresa puede recibir clemencia de la acción punitiva de la Administración Pública. (En el capítulo 2 se tratará del tema de manera más detallada).

Otra vía de sanción existente en el ordenamiento jurídico brasileiro es la llamada Ley de Improbidad Administrativa (Ley n° 8.429, de 2 de junio de 1992), que establece sanciones civiles y administrativas por la perpetración de actos de improbidad administrativa en perjuicio de la administración pública. La norma relaciona como actos de improbidad aquellos que: 1) generan enriquecimiento ilícito; 2) causan perjuicio al erario; 3) resultan en concesión o aplicación indebida de beneficio financiero o tributario; y 4) atentan contra los principios de la administración pública.

Aunque no hay previsión legal expresa, la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia brasileiro (STJ) establece que las personas jurídicas que practiquen actos de improbidad también están incluidas en el rol de sujetos pasivos. “...*las personas jurídicas pueden ser polo pasivo de las acciones civiles de improbidad administrativa*”<sup>5</sup>

La Ley no excluye la responsabilidad de la persona física, representante de la

---

<sup>5</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justicia. Procesual Civil e Administrativo. Recurso Especial. Acción Civil Pública por Acto de Improbidad Administrativa. Persona Jurídica de Derecho Privado. Legitimidad Pasiva. (STJ - REsp: 970393 CE 2007/0158591-4, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Fecha de Enjuiciamiento: 21/06/2012, T1 – Primera Turma, Fecha de Publicación: DJe 29/06/2012).

empresa, pues en el caso de responsabilidad de la persona jurídica, se mantiene o se muestra mediante la responsabilidad de los socios, directivos y gestores, respondiendo éstos con su patrimonio personal por los daños causados.

### **1.2.1. Tipos de responsabilidad de las personas jurídicas y los ámbitos de responsabilidad**

Con carácter general, el concepto de responsabilidad implica la idea de una respuesta a la ocurrencia de un hecho. El responsable por el hecho, comisivo u omisivo debe responder ante al ordenamiento jurídico. Carvalho Filho explica que el hecho que genera la responsabilidad varía de acuerdo con la naturaleza de la norma jurídica que a tal hecho se refiere. Es decir, si la norma tiene naturaleza penal, la ocurrencia del hecho provoca responsabilidad penal. Si el hecho está previsto en norma civil, la responsabilidad será civil y, por último, si el hecho se refiere al derecho administrativo, la responsabilidad será administrativa.<sup>6</sup>

Los tres diferentes tipos de responsabilidad – penal, civil y administrativa – son, en principio, relativamente independientes entre sí, pues las normas jurídicas son también autónomas. Esto es, aunque la existencia de un tipo de responsabilidad no implica la ocurrencia de otra, se puede conjugar responsabilidades siempre que la conducta practicada viole simultáneamente normas de naturaleza diversa.

Carvalho Filho señala que

Toda responsabilidad provoca determinada sanción, cuya naturaleza varía en función del tipo de responsabilidad: la responsabilidad penal importa a la aplicación de sanción penal; la civil, reproche de carácter privado, y así sucesivamente. Si el mismo hecho provoca responsabilidad de más de una naturaleza, son aplicables, acumulativamente, las respectivas sanciones. La sanción aplicable en el caso de responsabilidad civil es la indemnización, que se configura como el montante pecuniario que representa la reparación de los perjuicios causados por el responsable.<sup>7</sup>

#### **1.2.1.1. Responsabilidad penal**

---

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de derecho administrativo**. 27. ed. 2014. São Paulo: Atlas, 2014. p. 553.

<sup>7</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 558.

El Código Penal de Brasil<sup>8</sup> no contiene ningún tipo acerca de la responsabilidad penal de personas jurídicas, sin embargo, la Constitución Federal, publicada décadas más tarde, en 1988, establece hipótesis delictiva que puede tener como sujeto activo a las empresas, especialmente concentradas en el daño contra el medio ambiente<sup>9</sup>. En la esfera penal sólo será posible responsabilizar empresas si cometen crimen ambiental. Sin embargo, la repercusión penal de actividades relacionadas con la corrupción apenas alcanzará a las personas físicas involucradas.

### 1.2.1.2. Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil se refiere a reparación de daños o perjuicios causados a alguien. Así que, la existencia de un daño o perjuicio es presupuesto obligatorio para indemnizar la víctima por pérdidas y daños, morales o materiales, conforme lo regula el Código Civil brasileño.<sup>10</sup>

De acuerdo con Carvalho Filho,<sup>11</sup> la legislación brasileña prevé dos tipos de responsabilidad civil: la objetiva y la subjetiva. La responsabilidad civil objetiva no exige la comprobación de la intención o de la imprudencia. Así que, el interesado debe probar únicamente la relación causal entre el hecho y el daño. Por otro lado, la responsabilidad civil subjetiva implica una conducta culposa o intencional, de carácter comisivo u omisivo, o sea, es necesario que la víctima pruebe la existencia de imprudencia o de intención en la práctica del acto para que surja la obligación de indemnizar. La responsabilidad civil puede ser investigada tanto en la esfera judicial, como en la administrativa y, necesariamente, no impone la aplicación de condenar el infractor, sin embargo, obliga a la reparación del daño o perjuicios morales o materiales causados.

---

<sup>8</sup> BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Ley n° 2.848/1940, de 07 de diciembre de 1940. Disponible en: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>

<sup>9</sup> BRASIL. **Constitución** (1988). Artículo 225. Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la sana cualidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones. § 3º Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetarán los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados

<sup>10</sup> BRASIL. **Código Civil**. Ley n° 10.406, de 10 de enero de 2002.

Artículo 186. Aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, violar derecho y causar daño a otro, aún que exclusivamente moral, comete acto ilícito.

Artículo 927. Aquel que, por acto ilícito (arts. 186 y 187), causar daño a otro, es obligado a repararlo.

<sup>11</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 777/779.

La Ley de Improbidad Administrativa<sup>12</sup> fue publicada a fin de reglamentar el dispositivo de la Constitución Federal brasilera<sup>13</sup>, que dispuso la figura de la improbidad administrativa. Esta ley constituye un novedoso sistema de responsabilidad político-civil, cuyas sanciones tienen naturaleza civil.

Las penas previstas en el Capítulo III de la Ley incluyen la suspensión de los derechos políticos; la pérdida de la función pública; la indisponibilidad de los bienes; y resarcimiento al erario público<sup>14</sup>. Entre las sanciones previstas está la prohibición de contratar con la Administración, que puede ser aplicada de forma aislada o, aún, acumulativamente con otras sanciones penales, civiles y administrativas, previstas en leyes específicas. Se debe agregar que el carácter no penal de las sanciones por la comisión de actos de improbidad consta expresamente en el texto constitucional. Las conductas consideradas de improbidad administrativa aparecen descritas en los artículos 9º, 10, 10A y 11 de la Ley de Improbidad.

Con referencia a los sujetos activos de los actos de improbidad administrativa, la Ley trata solamente de las personas naturales y no incluye expresamente las personas jurídicas, sin embargo, la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia (STJ) afirma que las personas jurídicas se constituyen en posibles sujetos activos.

### **1.2.1.3. Responsabilidad administrativa**

Pueden ser responsabilizados administrativamente tanto los funcionarios o empleados públicos (personas físicas) como los agentes privados (personas físicas o jurídicas) que se relacionan con las administraciones públicas. Con referencia a las personas jurídicas que cometen irregularidades contra la Administración Pública, ellas pueden ser responsabilizadas tanto en el ámbito civil, como administrativo.

La Ley de Licitaciones y Contratos, por ejemplo, prevé sanciones administrativas para punir empresas contratadas por la Administración que cometen irregularidades en la ejecución del contrato. Las sanciones aplicables son: multas; suspensión temporaria de

---

<sup>12</sup> BRASIL. Ley nº 8.429, de 2 de junio de 1992

<sup>13</sup> BRASIL. **Constitución. (1988)**. Artículo 15.V.

<sup>14</sup> BRASIL. Ley nº 8.429/1992. Artículo 37, § 4º.

participación en procesos de contratación administrativa, impedimentos de contratar con la Administración y declaración de ineptitud para licitar o contratar con la Administración.<sup>15</sup>

### **1.2.2. Repercusión de la responsabilidad en los ámbitos penal, civil y administrativo**

La investigación de la responsabilidad de personas jurídicas que cometen actos lesivos contra la Administración Pública nacional o extranjera se da en los ámbitos administrativo y civil, de forma relativamente independiente. Es decir, no es necesario esperar que una acción en uno de los ámbitos se inicie o termine para que la otra vía sea activada.

En el sistema jurídico brasilero rige el principio general de derecho de independencia en los ámbitos administrativo, civil y penal. Este fundamento está expreso en varias leyes de nivel no constitucional y determina que un mismo hecho puede fundamentar la instauración de acción penal, civil o administrativa para investigar la responsabilidad. Estas acciones son autónomas e independientes entre sí, excepto en dos casos: la decisión en ámbito penal que absuelve por inexistencia del hecho o negación de la autoría.

Sin embargo, esta regla no es absoluta, como decidió el Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF). Es posible la repercusión de un ámbito de responsabilidad en otro. La repercusión del ámbito penal en el ámbito civil se da en las dos situaciones: (a) cuando la sentencia producida en el ámbito penal decide por inexistencia material del hecho y (b) por negación de autoría (cuando se afirma que el supuesto infractor no es el autor del delito).<sup>16</sup> En estos dos casos, no es posible una acción de resarcimiento del daño en el ámbito civil, pues el ámbito penal de responsabilidad genera cosa juzgada.

Del mismo modo, el ámbito administrativo es afectado por estos dos tipos de decisiones penales, repercutiendo de la misma manera. Es decir, en los casos de decisión penal (inexistencia material del hecho y negación de autoría) no es posible la instauración

---

<sup>15</sup> BRASIL. Ley nº 8.666/1992. Artículo 87.

<sup>16</sup> BRASIL. **Código de Proceso Penal**. Artículos 66 y 67.

de un proceso administrativo de responsabilidad.

### 1.3. Responsabilidad de las personas jurídicas, según la ley anticorrupción

La Ley Anticorrupción permite responsabilizar objetivamente las personas jurídicas, tanto en ámbito administrativo como en el civil, en el caso de comisión de actos lesivos contra la Administración Pública nacional o extranjera. Como ya se ha dicho, antes de la publicación de esta Ley, el ordenamiento jurídico de Brasil sólo disponía de medios para sancionar a las personas físicas que actuaban en nombre de las personas jurídicas. No hay previsión de responsabilidad de personas naturales en esta norma, conforme señala Ribeiro.<sup>17</sup>

Hay que mencionar que la responsabilidad de las personas jurídicas no impide la imputabilidad de los directivos y administradores de la empresa u otros participantes del acto ilícito, en ámbito penal.<sup>18</sup> No obstante, en esos casos, será indispensable que se pruebe la culpa de estas personas físicas, o sea, se trata de responsabilidad subjetiva.<sup>19</sup>

La Ley Anticorrupción definió dos ámbitos de responsabilidad de las personas jurídicas: el judicial y el administrativo.<sup>20</sup> En el ámbito judicial, la autoridad administrativa competente solicita a las Abogacías Públicas o al respectivo órgano de representación judicial, que inste la acción judicial, en nombre de los entes perjudicados, con vistas a aplicación de sanciones a las personas jurídicas infractoras (ver a Simão e Vianna<sup>21</sup>).

En el ámbito judicial, el Ministerio Público también es competente para perseguir judicialmente mediante esta acción, incluso puede pedir en esta misma acción que sean

---

<sup>17</sup> RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilidad administrativa de personas jurídicas a la luz de la ley anticorrupción empresarial**. Belo Horizonte: Fórum. 2017. p. 37.

<sup>18</sup> BRASIL. Ley nº 12.846/2013. Artículo 3. La responsabilidad de la persona jurídica no excluí la responsabilidad individual de sus dirigentes o administradores o de cualquier persona física, autora, coautora o partícipe del acto ilícito.

<sup>19</sup> BRASIL. Ley nº 12.846/2013. Artículo 3. La responsabilidad de la persona jurídica no excluí la responsabilidad individual de sus dirigentes o administradores o de cualquier persona física, autora, coautora o partícipe del acto ilícito.

<sup>20</sup> BRASIL. Ley nº 12.846/2013. Artículo 18.

<sup>21</sup> SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. P. 35/36.

acumuladas las sanciones administrativas admisibles, en el caso de que haya omisión por parte de la autoridad administrativa competente para promoverla.

En el ámbito administrativo, la persona jurídica será procesada y sancionada por la autoridad administrativa competente, que podrá aplicar las sanciones previstas en la ley, incluso de manera acumulativa se puede sancionar con la multa y la publicación extraordinaria de la decisión condenatoria en medios de comunicación de gran circulación.

La naturaleza jurídica de la responsabilidad prevista es la responsabilidad civil objetiva. Es decir, la responsabilidad no exige que haya intención o infracción del deber de cuidado, o sea no es necesaria la existencia de dolo o imprudencia en la práctica del acto ilícito. Así, las empresas pueden ser castigadas por la simple violación de la norma de conducta, dejando a la acusación (Ministerio Público) probar únicamente el nexo de causalidad entre el ilícito cometido y la actuación directa o indirecta de la persona jurídica procesada.<sup>22</sup>

Las penas aplicables en ámbito judicial son las siguientes: pérdida de bienes, derechos y valores que representen provecho directa o indirectamente obtenidos de la infracción, excepto el derecho del lesionado o tercero de buena fe; suspensión o interdicción parcial de sus actividades; disolución compulsoria de la persona jurídica; y prohibición de recibir beneficios, subsidios, subvenciones, donaciones, o préstamos de órganos o entidades públicas y de instituciones financieras públicas o controladas por el Poder Ejecutivo, y por un plazo mínimo de un año y máximo de cinco años.

La Ley dispuso la regulación de este nuevo sistema de responsabilidad de personas jurídicas. La responsabilidad es investigada por medio de un proceso administrativo de responsabilidad, durante el cual se deben respetar los principios, derechos y valores garantizados por la Constitución Federal, como el debido proceso legal que ofrece a los acusados un sistema contradictorio y derecho a la defensa, con todos los medios y recursos inherentes (ver a Márcio de Aguiar Ribeiro).

El Derecho Administrativo Sancionador es informado por relevantes principios de orden

---

<sup>22</sup>BRASIL. Ley n° 12.846/2013. Artículo 1 y Artículo 2.

constitucional, de manera que se presenta como presupuesto lógico y jurídico de la imputación de cualquier tipo de responsabilidad y respectiva sanción administrativa la instauración del debido proceso administrativo.<sup>23</sup>

### 1.3.1. Sujetos activo y pasivo

La Ley Anticorrupción establece una relación amplia de las personas jurídicas que pueden ser sujetos activos de las prácticas de corrupción: las sociedades empresarias y simples, con o sin personalidad jurídica, con cualquier modelo de organización; las fundaciones; las asociaciones de entidades o personas; y las sociedades extranjeras, con sede, sucursales o representación en territorio brasileiro, constituidas de hecho o de derecho, mismo que transitoriamente.

El tratadista José Anacleto Santos plantea que se trata de una lista abierta que tiene carácter ejemplo, y, por eso, otros tipos de personas jurídicas de derecho privado descritas en el Código Civil brasileiro<sup>24</sup> y que no fueran relacionadas por la Ley Anticorrupción pueden también figurar como sujetos activos, pueden ser las organizaciones religiosas, los partidos políticos y las empresas individuales de responsabilidad limitada.<sup>25</sup>

Señala el autor que incluso las empresas estatales se someten a las reglas de la Ley nº 12.846/2013. Sin embargo, en estos casos, las penas se limitan a la multa, la publicación extraordinaria de la decisión condenatoria, la pérdida de bienes, derechos y valores obtenidos con la práctica corrupta y/o la prohibición de recibir incentivos, subsidios, subvenciones de órganos/entidades públicas, por el plazo de un a cinco años.

La norma establece reglas para los casos de reformas posteriores a la constitución de las personas jurídicas, definiendo que la responsabilidad subsistirá en los casos de

---

<sup>23</sup> RIBEIRO. Márcio de Aguiar. Op. cit., p. 63.

<sup>24</sup> BRASIL. Ley nº 10.406, de 10/01/2002. Art. 44. Son personas jurídicas de derecho privado:

I - las asociaciones;

II - las sociedades;

III - las fundaciones.

IV - las organizaciones religiosas;

V - los partidos políticos.

VI - las empresas individuales de responsabilidad limitada.

<sup>25</sup> SANTOS, José Anacleto et al. **Comentarios à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupción**. 2ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 85/86.

fusión o incorporación, en que la responsabilidad de la sucesora, con relación a los hechos anteriores, se limitará a la multa y a la reparación integral del daño causado hasta al límite del patrimonio transferido, a menos que tales alteraciones tengan resultado de simulación o fraude.<sup>26</sup>

La Ley define que el sujeto pasivo de los actos de corrupción es la Administración Pública nacional o extranjera, que son los órganos y entidades estatales, incluso las representaciones diplomáticas y las personas jurídicas controladas por el Poder Público del país extranjero. Sin embargo, la Ley no conceptúa expresamente la Administración Pública nacional. Así que, hay que buscar una interpretación en otras normas brasileñas o en la doctrina.

Santos et al plantean que la Ley debe ser interpretada de acuerdo con los conceptos adoptados por la doctrina brasileña, que emplea el concepto amplio de administración pública, englobando los órganos de la Administración Directa de los tres Poderes (incluidos el Ministerio Público y el Tribunal de Cuentas); las autarquías,<sup>27</sup> las fundaciones de derecho público; las empresas públicas que hacen parte de la Administración Pública Indirecta, en los tres niveles brasileños, el federal, estadual y municipal.<sup>28</sup>

### **1.3.2. Actos lesivos: naturaleza**

La Ley define expresa y exhaustivamente (*numerus clausus*) los actos que considera lesivos para la Administración Pública nacional o extranjera<sup>29</sup>. Son considerados actos lesivos aquellos practicados contra el patrimonio público nacional o extranjero, los principios de la administración y los compromisos internacionales asumidos por Brasil. La Ley Anticorrupción relaciona también como actos ilícitos aquellos practicados por persona jurídica en el área de licitaciones y contratos, descritos en el artículo 5. IV.

---

<sup>26</sup> BRASIL. Ley n° 12.846/2013. Artículo 3.1.

<sup>27</sup> Autarquías son personas jurídicas de derecho público creada por ley para desarrollar actividad típica del Estado.

<sup>28</sup> SANTOS, José Anacleto et al. Op. cit., p. 70/71.

<sup>29</sup> BRASIL. Ley n° 12.846/2013. Artículo 5.

Para Santos et Al,<sup>30</sup> estos actos son actos típicos, antijurídicos y culpables, imputables objetivamente a las personas jurídicas. Es decir, son típicos porque exigen previa previsión legal. Son antijurídicos, pues atentan contra bienes jurídicos protegidos por el Derecho. Culpables, por cuanto el sistema puede castigarles. Y son objetivamente imputables a las personas jurídicas al ser suficiente que sea demostrado el nexo de causalidad entre la conducta típica y el resultado material o inmaterial. De modo que no es necesaria la comprobación de dolo o culpa para que se caracterice el delito.

### **1.3.3. Sanción: naturaleza**

De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley Anticorrupción, las vías civil y administrativa han sido elegidas para responsabilizar las personas jurídicas, aun cuando la vía civil es la que mejor se presta a los objetivos sancionatorios aplicables a las personas jurídicas (resarcimiento de los perjuicios económicos causados a las arcas del Estado). Y la vía administrativa ha sido escogida porque el proceso administrativo es un instrumento sancionador más rápido y mucho más efectivo para la represión de prácticas corruptas en contratos administrativos y en procedimientos licitatorios, de manera que proporciona respuestas más rápidas a la sociedad brasilera. Al contrario, el Derecho Penal no ofrece mecanismos efectivos para castigar a las personas jurídicas por ser una vía más lenta y compleja.

De hecho, la sanción administrativa, que en los últimos años ha obtenido significativos resultados en Brasil, está demostrando ser un importante instrumento en la lucha contra la corrupción, justamente por su naturaleza más pronta que la sanción judicial. Antes de la promulgación de la Ley Anticorrupción, la vía de la responsabilidad administrativa era utilizada para sancionar las personas físicas (funcionarios públicos) involucradas en prácticas corruptas.

Sanción administrativa puede ser entendida como una sanción impuesta por la Administración Pública siempre que identifica una práctica de actos contrarios a las normas definidas por el régimen jurídico-administrativo (ver a Márcio de Aguiar

---

<sup>30</sup> SANTOS, José Anacleto et al. Op. cit., p. 158/159.

Ribeiro<sup>31</sup>). Más allá de su función punitiva, la sanción administrativa tiene todavía el objetivo pedagógico de desestimular y prevenir la práctica de ilícitos. La Ley Anticorrupción prevé en el artículo 6 los tipos de sanciones aplicables a las personas jurídicas consideradas responsables por los actos lesivos previstos en el artículo 5.<sup>32</sup> Son ellas la multa y la publicación extraordinaria de la decisión condenatoria.

#### **1.4. Proceso administrativo de responsabilidad de las personas jurídicas**

El proceso administrativo sancionador es una sub-especie del proceso administrativo. La Administración lo utiliza siempre que el acto administrativo final pueda ser un acto sancionador. Es decir, cuando el Estado quiere acudir al *ius puniendi*, debe utilizar un proceso administrativo regular que ofrezca al administrando la posibilidad de amplia defensa.

Ribeiro propone conceptualizar proceso administrativo sancionador como:

La relación jurídica establecida entre la Administración Pública y el particular, deteniendo éste la prerrogativa de la más amplia participación en la formación del acto administrativo conclusivo. La relación jurídica es instrumentalizada por una sucesión ordenada de actos procesales, cuyo objetivo principal es la investigación de hechos y la deseable recomposición de la normalidad administrativa por ventura abalada y que existe la posibilidad eventual de aplicación de sanción administrativa.<sup>33</sup>

Así que el objetivo último del proceso administrativo sancionador no es aplicar por sí mismo la sanción administrativa, más que eso, posibilita la investigación de los hechos para obtener la verdad material y la recomposición de la normalidad administrativa eventualmente perjudicada, ofreciendo al acusado oportunidad de defensa.

---

<sup>31</sup> RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Op. cit., p.65

<sup>32</sup> BRASIL. Ley nº 12.846/2013.

Artículo 6. En la esfera administrativa, serán aplicadas a las personas jurídicas consideradas responsables por los actos lesivos previstos en esta Ley las siguientes sanciones:

I – multa, en el valor del 0,1% (un décimo por ciento) al 20% (veinte por ciento) de la facturación bruta del último ejercicio anterior al de la instauración del proceso administrativo, excluidos los tributos, la cual nunca será inferior a la ventaja obtenida, cuando fuera posible su estimación; y

II – publicación extraordinaria de la decisión condenatoria.

<sup>33</sup> RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Op. cit., p.68.

#### 1.4.1. Principios fundamentales del proceso administrativo de responsabilidad de las personas jurídicas

La Constitución Federal aseguró a los brasileros un “conjunto de principios garantistas limitadores del poder punitivo estatal, independientemente de la sanción ser aplicada por el Estado Administración o por el Estado Juez” (ver a Moreira Neto).<sup>34</sup> Este autor plantea que hay un núcleo fundamental del Estado Democrático de Derecho que se constituye en los parámetros esenciales para la aplicación del poder punitivo del Estado y que sustenta el Derecho Administrativo Sancionador. Son ellos: el debido proceso legal, entendido en su vertiente adjetiva (derecho a la defensa y contradictorio) y en su vertiente sustantiva (proporcionalidad y razonabilidad); la seguridad jurídica; la legalidad y la tipicidad.

El debido proceso legal adjetivo es la garantía formal de observancia de un procedimiento legal, que asegura a las partes, en procesos administrativos o judiciales, el derecho a la defensa y al contradictorio, entre otras garantías. El debido proceso legal sustantivo, por su turno, está relacionado con un proceso justo y razonable justo en el momento de la creación normativo-legislativa.

Ribeiro plantea que el principio del debido proceso legal es el principio que rige el proceso administrativo sancionador:

La garantía constitucional del *due proces of law* se presenta como cláusula mater de donde se extraen las prerrogativas esenciales al desarrollo del proceso, tales como: el derecho al proceso regular; el derecho a la citación y conocimiento del contenido de la acusación; el derecho al contradictorio y plenitud de defensa; el derecho a la prueba; el derecho de no ser procesado con fundamentos en pruebas ilícitas; el derecho a la no autoincriminación; el derecho a un enjuiciamiento imparcial, entre otros.<sup>35</sup>

El principio de la seguridad jurídica es un principio constitucionalmente garantizado y está íntimamente relacionado con la estabilidad de las relaciones jurídicas, o sea, se trata de la protección del derecho adquirido, del acto jurídico perfecto y de la cosa juzgada.<sup>36</sup> Modernamente, está asociado a la idea de confianza en la actuación del

<sup>34</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flavio Amaral. **A principiologia no direito administrativo sancionador**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. P. 4/5

<sup>35</sup> RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Op. cit., p.69.

<sup>36</sup> Brasil. **Constitución** (1988). Art. 5.36. la ley no perjudicará el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada;

Estado.

Interesante punto es el presentado por Neto en el que relaciona la seguridad jurídica con el derecho de saber lo que está prohibido, es obligatorio o está permitido. Plantea el autor que:

Es inadmisibles que prevalezcan incertezas cuanto a las imposiciones punitivas estatales. Es necesario que las normas administrativas sancionadoras establezcan con extremo cuidado y elevado grado de objetividad las conductas indeseables y las sanciones aplicables a cada situación.<sup>37</sup>

Neto defiende que una norma vulnera la seguridad jurídica cuando establece valores mínimos y máximos de multa excesivamente espaciados y si no fija parámetros que orientan el aplicador del derecho para llegar a una dosimetría proporcional y razonable de la sanción. Eso produce falta de razonabilidad y lleva a distorsiones, provocando una indeseable inseguridad jurídica. En consecuencia, las empresas no pueden pautar sus comportamientos envasados en un mínimo de previsibilidad.

El principio de legalidad es un principio constitucional que garantiza a todos los ciudadanos que solamente la ley podrá crear derechos, deberes y obligaciones.<sup>38</sup> Tal principio rige también el proceso administrativo sancionador, presentándose como al mismo tiempo como una garantía y un límite. Para los administrados es una garantía, pues sólo deberán cumplir las exigencias de la Administración Pública si están previstas en la ley. Es también un límite al poder de la Administración, que apenas podrá actuar con base en la ley. En el ámbito del derecho administrativo sancionador, el principio de la legalidad asegura que el poder punitivo del Estado apenas puede actuar cuando el tipo delictivo administrativo y la correspondiente sanción estén previstos en ley.<sup>39</sup>

El principio de la tipicidad está ligado al principio de legalidad e impone que las conductas y actos de los administrados considerados ilícitos, sus correlaciones con las respectivas infracciones, incluso las sanciones aplicables sean claramente detalladas para que los administrados puedan orientar con previsibilidad sus acciones y conductas.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Op. cit., p. 11/13.

<sup>38</sup> BRASIL. **Constitución** (1988). Artículo 5.2. Nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de la ley;

<sup>39</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Op. cit., p. 13/14.

<sup>40</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Op. cit., p. 16/18..

Existen otros varios principios que tienen aplicación en el proceso administrativo sancionador, como, por ejemplo, el principio del formalismo moderado, la motivación y la razonable duración del proceso. El primero determina que los ritos sacramentales y formas rígidas son innecesarios al proceso administrativo y está previsto en la ley que reglamenta el proceso administrativo brasileño, que dispone la adopción de formas sencillas y suficientes en los procesos administrativos, para propiciar adecuado grado de certeza, seguridad y respeto a los derechos.<sup>41</sup>

En la práctica de la actividad punitiva de la Administración, este principio es importante para proporcionar efectividad a los trabajos de los equipos responsables por los procesos disciplinarios y de responsabilidad conforme enseña el Manual de Responsabilidad Administrativa de Persona Jurídica del Ministerio de Transparencia y Controladoría General de la Unión.

En la realidad vivenciada por los equipos responsables por la conducción de los procesos administrativos, podemos verificar diversas situaciones en las que el principio del formalismo moderado incide. En efecto, es posible defender la validez de la comunicación de los actos procesales, aunque no tienen observado la forma prevista en ley – por ejemplo, cuando se cambia la nomenclatura de un acto administrativo – si se alcanzó el objetivo.<sup>42</sup>

El principio de la motivación, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, se presenta como una obligación legal de la Administración de presentar los motivos de todos los actos administrativos que impongan o agraven deberes, encargos y sanciones. Es decir, todos los hechos relevantes y los fundamentos jurídicos determinantes que fundamenten la decisión de la autoridad deben ser aclarados. La ausencia de los motivos posibilita la declaración de nulidad procesal tanto por la propia Administración, como por el Poder Judicial.<sup>43</sup>

Por último, la Constitución garantiza la razonable duración del proceso, que

---

<sup>41</sup> BRASIL. Ley nº 9.784/1999. Artículo 2. La Administración Pública obedecerá, entre otros, a los principios de la legalidad, finalidad, motivación, razonabilidad, proporcionalidad, moralidad, amplia defensa, contradictorio, seguridad jurídica, interés público e eficiencia.

XIX. adopción de formas sencillas, suficientes para propiciar adecuado grado de certeza, seguridad y respeto a los derechos de los administrados;

<sup>42</sup> Manual de Responsabilidad Administrativa de Persona Jurídica del Ministerio de Transparencia y Controladoría General de la Unión. (2016), p. 20.

<sup>43</sup> RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Op. cit., p.77.

también tiene aplicación en el proceso administrativo sancionador y se refiere a la efectividad y celeridad en la prestación del servicio público jurisdiccional. Además, se relaciona con la seguridad jurídica, pues es necesario que el proceso de responsabilidad tenga un tiempo mínimo de duración a fin de respetarse a todas las garantías constitucionales ya descritas, como el contradictorio, la amplia defensa y la motivación.

#### **1.4.2. Rito del proceso administrativo de responsabilidad de las personas jurídicas**

La Ley Anticorrupción dispuso la exigencia de instauración de Proceso Administrativo de Responsabilidad (PAR) y las reglas generales del rito procesal en el Capítulo 4<sup>44</sup>, que incluyen a la competencia para instauración y enjuiciamiento; la competencia para instrucción procesal, competencia para proponer la sanción; el plazo para defensa y conclusión del proceso.

La Ley fue reglamentada por el Decreto n° 8.420/2015 que también dispone detalles de los procedimientos. La Controladoría General dictó la Orden n° 910/2015, que incluye otros detalles procedimentales.

##### **1.4.2.1. Fases del proceso administrativo de responsabilidad de las personas jurídicas**

La Ley n° 12.846/13 prevé que el proceso de responsabilidad de las personas jurídicas se producirá en tres distintas fases: apertura, instrucción y enjuiciamiento. Cada una de ellas será conducida por una autoridad administrativa definida en Ley, que será responsable de los procedimientos típicos de la etapa.

La Ley nombra la fase inicial del proceso de responsabilidad de Fase de Apertura y define como competente para iniciarla la autoridad máxima de cada órgano o entidad de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, siendo posible la delegación.<sup>45</sup> La autoridad deberá actuar de oficio o mediante provocación de algún interesado en la responsabilidad, como, por ejemplo, el MPF o la Policía Federal, si identifican algún caso

---

<sup>44</sup> BRASIL. Ley 12.856/2013. Artículos 8° a 15.

<sup>45</sup> BRASIL. Ley 12.846/2013. Artículo 8°.

de infracción administrativa.

A nivel del Ejecutivo federal, en el caso de la Administración Directa la competencia es del Ministro de Estado. En el caso de la Administración Indirecta, la competencia es de la autoridad máxima de las entidades. No ámbito del Poder Ejecutivo federal la Ley elige expresamente la CGU como autoridad competente para iniciar los procesos.<sup>46</sup>

La Ley atribuye también a la CGU la competencia concurrente para apertura de estos procesos en algunos casos específicos.<sup>47</sup> Dicho de otra manera, excepcionalmente en los casos definidos en norma, la CGU puede iniciar procesos de responsabilidad contra las empresas.<sup>48</sup> Tales casos son: 1) si hay omisión por parte de la autoridad competente; 2) si no hay condiciones objetivas para la apertura de estos procesos en el órgano originalmente competente; 3) si el caso concreto es complejo; 4) si el valor del contrato administrativo con empresa es alto; y 5) si el caso concreto involucra varios órganos de la Administración.

La Ley también dispuso la competencia de la CGU para tratar procesos de responsabilidad abiertos por otros órganos, en el ámbito del Poder Ejecutivo federal, para examinar sus regularidades o para corregir errores cometidos en los procedimientos.<sup>49</sup> Por último, la CGU tiene competencia exclusiva para la apertura de proceso de responsabilidad y enjuiciamiento de los actos ilícitos practicados contra la administración pública extranjera.<sup>50</sup>

Respecto las condiciones para la apertura procesal, la Ley Anticorrupción fue silente, sin embargo, es obvio que para el proceso sea iniciado, deben existir elementos mínimos de autoría y materialidad que lo justifique. El Decreto n° 8.420/2015, complementando la Ley, dispuso el juicio de admisibilidad del proceso.<sup>51</sup> En caso de que

---

<sup>46</sup> BRASIL. Ley 12.846/2013. Artículo 9°.

<sup>47</sup> BRASIL. Ley 12.846/2013. Artículo 8°, § 2°.

<sup>48</sup> BRASIL. Decreto n° 8.420/2015. Artículo 13, § 1°.

<sup>49</sup> BRASIL. Ley 12.846/2013. Artículo 8°, § 2°.

<sup>50</sup> BRASIL. Ley 12.846/2013. Artículo 9°.

<sup>51</sup> BRASIL. Decreto n° 8.420/2015. Artículo 4°. La autoridad competente para apertura del PAR, al tomar ciencia de la posible ocurrencia de acto lesivo a la administración pública federal, en sede de juicio de admisibilidad y mediante despacho fundamentado, decidirá:

I – por la apertura de investigación preliminar;

II – por apertura del PAR; o

III – por el archivamiento de la materia.

la Administración no disponga de tales elementos mínimos suficientes para iniciar inmediatamente el proceso de responsabilidad (al no darse la certeza sobre la existencia o no de indicios de infracción administrativa que justifique la instauración de un proceso) existe previsión en la norma acerca de la posibilidad de apertura de una investigación preliminar, ello con el propósito de obtener mayor información acerca del hecho y que, finalmente, ampare la toma de decisión por la Autoridad.

El Decreto nº 8.420/2015 reglamentó la investigación preliminar, disponiendo que tendrá carácter secreto y no punitivo. Se destina esta fase a investigar los indicios de autoría y materialidad de los actos lesivos. Para ello, el equipo de investigación tendrá 60 días prorrogables para concluir los trabajos.<sup>52</sup>

Si del examen de admisibilidad resultar una convicción sobre la adecuación de la apertura del PAR, la autoridad formalizará la instrucción, por medio de una Orden de Apertura, a ser publicada en el Diario Oficial de la Unión, que dará formalidad al inicio del proceso de responsabilidad de empresas. Por medio de tal orden, la autoridad responsable de la apertura nombrará un órgano colegiado, compuesto por dos o más funcionarios públicos, con estabilidad en el servicio público, los que serán responsables de la instrucción del proceso, conforme lo que determina la Ley Anticorrupción.<sup>53</sup> La publicación de la Orden producirá dos efectos importantes: inicia el plazo legal de 180 días para la conclusión del proceso; e interrumpe el plazo de la prescripción del derecho de la Administración de sancionar las prácticas corruptas. A partir de esta fecha, se inicia el nuevo conteo de tiempo para la consumación de la prescripción.

La segunda fase del PAR es la de la instrucción procesal, que tiene como característica principal la identificación y recolección de los elementos probatorios necesarios para la formación del entendimiento conclusivo acerca de los hechos apurados, sea para absolver o para condenar la persona jurídica procesada. La Ley dispuso la competencia para ejecutar los actos procesales propios de esta fase al órgano colegiado, concediéndole autonomía e independencia para desarrollar los trabajos, o sea, no hay relación de subordinación del órgano colegiado con ningún otro órgano o autoridad de la

---

<sup>52</sup> BRASIL. Decreto nº 8.420/2015. Artículo 4º.

<sup>53</sup> BRASIL. Ley 12.846/2013. Artículo 10. El proceso administrativo de investigación de la responsabilidad de persona jurídica será conducido por un órgano colegiado designado por la autoridad que der apertura al proceso y será compuesto por 2 (dos) o más servidores estables.

Administración Pública, de manera que puede actuar sin interferencias. La única excepción legal de interferencia en el proceso se refiere a la supervisión técnico-formal de los procedimientos, hecha por la autoridad responsable de la apertura del proceso. Es un procedimiento con vistas solamente al control relacionado con de la legalidad y la forma del proceso de responsabilidad, lo que no incluye, de ninguna manera, el examen de mérito.

Esta fase consiste en la obtención de y producción de pruebas. Tales pruebas pueden ser producidas por las dos partes, tanto por la empresa acusada como por el órgano colegiado, garantizándose de esta manera el contradictorio y el derecho de defensa. Si después de finalizada la fase de instrucción, hay elementos de prueba suficientes para caracterizar la materialidad y autoría de los actos lesivos previstos, el órgano colegiado deberá elaborar un informe que habrá de contener: 1) la especificación de los hechos; 2) la tipificación del acto lesivo, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley; 3) la imputación de la persona jurídica; 4) las respectivas pruebas. A continuación, se debe intimar la persona jurídica para que presente una defensa escrita y especifique otras eventuales pruebas que pretenda producir, de acuerdo con el Manual de Responsabilidad Administrativa.<sup>54</sup>

El órgano de responsabilidad analizará el conjunto de pruebas y los argumentos jurídicos, incluso los producidos por la defensa. En seguida, elaborará un informe final en el cual constará su convicción sobre los hechos probados y de la eventual responsabilidad administrativa de la persona jurídica. Además, en el documento constará, de manera motivada: la propuesta de las sanciones a ser aplicadas; la descripción de la dosimetría utilizada para el cálculo de la multa; o, si fuera el caso, la propuesta de archivo del proceso. Después de finalizado el informe final, el órgano colegiado deberá notificar la persona jurídica para manifestarse, en el plazo máximo de diez días, conforme determina la Orden n° CGU 910/2015.<sup>55</sup>

Siempre que haya una repercusión del acto lesivo en otras áreas, civil o penal, el equipo de responsabilidad encaminará el informe final y las otras piezas del proceso administrativo de responsabilidad al Ministerio Público, para la responsabilidad de

---

<sup>54</sup> Manual de Responsabilidad Administrativa de Persona Jurídica. (2016), Op. cit., p. 85.

<sup>55</sup> BRASIL. Ley 12.846/2013. Artículo 18.

eventuales delitos, conforme preceptúa la Ley Anticorrupción.<sup>56</sup>

Además, el Decreto n° 8.420/2015 determina que la autoridad que juzgará el proceso, lo envíe al Ministerio Público y a la Abogacía General de la Unión, en caso de investigación por otras instancias.

El proceso administrativo de responsabilidad será enviado para la Abogacía Pública o a otro órgano de asistencia jurídica para recibir un parecer jurídico, antes que la autoridad competente emita su decisión.<sup>57</sup> La autoridad emitirá su decisión, que deberá acompañar la propuesta del órgano colegiado, solamente dejará de juzgar conforme las conclusiones del informe final del colegiado si éste contradice y desvirtúa las pruebas obtenidas en el proceso. En este caso, deberá motivar su decisión.<sup>58</sup> A fin de dar publicidad al enjuiciamiento, la decisión deberá ser publicada en el Diario Oficial de la Unión.

### **1.4.3. Recursos administrativos**

La Ley Anticorrupción no trata de la cuestión de los recursos administrativos. Sin embargo, el Decreto n° 8.420/2015, dispone que cabe solicitud de reconsideración de la decisión emitida por la autoridad que juzgó el proceso. El recurso tiene efecto suspensivo y el plazo de interposición es de diez días contados a partir de la publicación de la decisión. La autoridad juzgadora decidirá sobre la solicitud en el plazo de treinta días.<sup>59</sup>

## **1.5. Programas de integridad corporativa – *compliance* anticorrupción**

La Ley Anticorrupción además de prever las medidas represivas, trata también de las reglas de prevención de la corrupción. Eso está reflejado en el tratamiento diferenciado dado por la norma a la atenuación de las sanciones aplicables si la persona jurídica posee un efectivo programa de *compliance* relacionado con la prevención de la corrupción.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> BRASIL. Ley 12.846/2013. Artículo 15.

<sup>57</sup> BRASIL. Orden CGU n° 910/2015. Artículo 20.

<sup>58</sup> BRASIL. Ley n° 8.122/1990, de uso subsidiario en el PAR. Artículo 168. El enjuiciamiento acatará el informe del equipo, salvo cuando contrario a las pruebas de los autos.

Párrafo Único. Si el informe del equipo contrariar las pruebas de los autos, la autoridad que juzga podrá, motivadamente, agravar la pena propuesta, atenuar o eximir el servidor de la responsabilidad.

<sup>59</sup> BRASIL. Ley 12.846/2013. Artículo 11.

<sup>60</sup> BRASIL. Ley 12.846/2013. Artículo 7. Será considerado en la aplicación de las sanciones:

Las medidas preventivas elegidas por la Ley de combate a la corrupción están de conformidad con los requerimientos internacionales que, para un combate eficaz de la corrupción, hay que incluir al sector privado en la prevención. Por eso, la Ley incentiva a las empresas a desarrollar instrumentos internos de prevención de la corrupción.

De conformidad con eso, el Decreto n° 8.420/2015 destina el capítulo 4 al tratamiento detallado del programa de integridad que es definido como un conjunto de: 1) mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoría e incentivo a la denuncia de irregularidades y la aplicación efectiva de códigos de ética y de conducta; y 2) políticas y directrices con el objetivo de detectar y sanar desvíos, fraudes, irregularidades y actos ilícitos practicados contra la administración pública, nacional o extranjera.

El reglamento ejecutivo refleja la preocupación internacional con la efectividad que debe tener un programa de integridad, es decir, la necesidad que sea bueno, pero también que sea puesto efectivamente en práctica por parte de la empresa. Por eso, la norma se preocupa en establecer un conjunto de parámetros que debe incluir el programa, los que serán objeto de evaluación en caso de que la empresa reciba una sanción por participar en actos de corrupción. El artículo 42 del Decreto n° 8.420/2015 define un grupo de parámetros o indicadores que serán considerados para evaluar el programa de integridad de la empresa. Esta evaluación será la base para el establecimiento de la sanción de multas. Estos mismos parámetros serán considerados en la redacción de los acuerdos de clemencia.

De acuerdo con el tratadista Ribeiro<sup>61</sup>, la norma legal ubicó el programa de integridad como condición principal del criterio de atenuación de eventuales multas. Es así que, si es considerado un programa efectivo de prevención de la corrupción, el órgano colegiado de responsabilidad puede reducir el monto de la multa. Al contrario, si se muestra absolutamente ineficaz para mitigar el riesgo de ocurrencia de actos lesivos a la Administración Pública no será considerado para fines de reducción de las multas.

---

VIII. La existencia de mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoría e incentivo a la denuncia de irregularidades y la aplicación efectiva de códigos de ética y de conducta en el ámbito de la persona jurídica;

<sup>61</sup> RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Op. cit., p. 201/226.

## **1.6. Acuerdos de clemencia**

En ámbito del proceso administrativo de responsabilidad de personas jurídicas, la Ley Anticorrupción instituyó el acuerdo de clemencia como un instrumento jurídico a ser utilizado en sede administrativa, con vista a obtener pruebas de manera más rápida y también para promover una resolución consensual, o pactada, de lo procesal.<sup>62</sup> Se trata de un pacto entre la Administración Pública y una persona jurídica acusada de corrupción. El objetivo del acuerdo es que la empresa colabore con las investigaciones de prácticas de corrupción a cambio de reducir las sanciones aplicables.

En el capítulo siguiente se abordará de manera detallada el programa de clemencia previsto en la Ley Anticorrupción, sus características y requisitos, y sus relaciones con los procesos administrativos de responsabilidad.

## **1.7. Estadísticas referentes a los procesos administrativos de responsabilidad**

Desde la vigencia de la Ley n° 12.846/2013, en la CRG del Ministerio de la Transparencia y Controladoría General de la Unión, se han iniciado 29 Procesos Administrativos de Responsabilidad de las Personas Jurídicas (PAR). Las sanciones aplicadas, conforme exigido por la Ley n° 12.846/2013, constan en el Archivo Nacional de las Empresas Punidas (CNEP).<sup>63</sup>

De estos 29 procesos abiertos:<sup>64</sup>

- 21 iniciativas están en proceso; en 12 de ellas hay negociaciones de acuerdos de clemencia;
- 8 procesos concluidos, siendo que, en 6 de los procesos, las empresas fueron castigadas con la sanción de Declaración de Ineptitud para contratar con el Poder Público por el mínimo de 2 años; y 3 procesos

---

<sup>62</sup> RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Op. cit., p. 227.

<sup>63</sup> Archivo CNEP. Disponible en: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/cnep>> Acceso en 29/05/17.

<sup>64</sup> Datos obtenidos en la página web del Ministerio de la Transparencia y Controladoría General de la Unión, en mayo de 2017. Disponible en: <<http://www.cgu.gov.br/noticias>> Acceso en 28/05/17.

archivados por falta de pruebas.

Es menester destacar que las sanciones aplicadas a estas personas jurídicas no fueron las previstas en la Ley Anticorrupción, en su lugar por la Ley de Licitaciones y Contratos (Ley 8.666/1993) ya que los ilícitos fueron cometidos previo a la publicación de la Ley Anticorrupción (aplicación constitucional de las normas en el tiempo).

## **2. EL ACUERDO DE CLEMENCIA Y LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LA PERSONA JURÍDICA EN BRASIL - LEY ANTICORRUPCIÓN**

En el mundo globalizado, la probabilidad de fracaso del proceso administrativo sancionador ha aumentado considerablemente. Plantea Thiago Marrara que esto ocurre por dos motivos: por un lado, las prácticas delictivas han ganado complejidad, lo que hace que sea cada vez más complicada su detección; por otro, la mayor dificultad que existe hoy día de obtener pruebas, debido a las garantías procesales legítimamente aseguradas a los individuos.<sup>65</sup>

Esta dificultad ha llevado a las autoridades administrativas a buscar instrumentos novedosos a fin de facilitar las investigaciones y modernizar el mecanismo de obtención de pruebas. En este contexto se introduce expresamente en el derecho brasileño el acuerdo de clemencia, primeramente, en la legislación de protección a la competencia o legislación antitrust y, años más tarde, como un mecanismo de combate a la corrupción. En las dos leyes, este instrumento jurídico de investigación es utilizado en ámbito del derecho administrativo sancionador.

### **2.1. El Programa de clemencia**

#### **2.1.1. Conceptos**

La palabra clemencia significa “blandura en exigir el cumplimiento de los deberes o en castigar las faltas”, conforme la Real Academia Española. Ya el acuerdo de clemencia está previsto en el ordenamiento jurídico brasileño como un pacto entre la Administración Pública y una persona jurídica involucrada en prácticas ilícitas previstas en ley. Esta última puede recibir una atenuación o inmunidad de sanciones a cambio de cooperar con las investigaciones administrativas.

Pereira plantea que el acuerdo de clemencia tiene la naturaleza jurídica de un instrumento de instrucción procesal penal-administrativo, aunque entiende que no hay

---

<sup>65</sup> MARRARA, Thiago. **Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro**: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Revista Digital de Direito Administrativo. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo. P. 511.

consenso en la doctrina sobre la naturaleza jurídica del pacto. Con base en este entendimiento, sugiere un concepto:

... es un instrumento de prueba, o sea, de instrucción procesal penal-administrativa. En este sentido, el pacto firmado entre Estado y la persona jurídica se destina a la reunión de pruebas convincentes y suficientes para que la autoridad que procesa inicie la imputación de uno o más agentes públicos, y, eventualmente, otras personas jurídicas en concurso corruptivo buscando, de esta manera, la verdad procesal.<sup>66</sup>

El Manual de Responsabilidad Administrativa de Personas Jurídicas de la CGU propone una concepción, relacionando el acuerdo de clemencia al proceso administrativo de responsabilidad:

En el ámbito del Proceso Administrativo de Responsabilidad, el acuerdo de clemencia puede ser definido como el acto administrativo consensual por medio del cual la Administración que procesa concede exenciones o atenuaciones de sanciones administrativas imputables a determinado infractor a cambio de una efectiva colaboración procesal, que consiste en la presentación de informaciones relevantes y pruebas directas relacionadas con la práctica de ilícitos administrativos, que permitan inferir, de forma substancial, la existencia de elementos notorios de autoría y materialidad.<sup>67</sup>

### **2.1.2. Origen histórico: la experiencia americana**

El acuerdo de clemencia surgió en los Estados Unidos, en 1978, con el *U.S. Corporate Leniency Program*, programa de clemencia empresarial de la División Antitrust del Departamento de Justicia americano. Este programa consistía en la utilización de un instrumento consensual de combate a la actividad de cartel de empresas americanas. La División Antitrust adoptó este instrumento consensual de combate a las actividades ilícitas debido a la especificidad del tipo de ilícito (la práctica de cartel), considerado de mayor complejidad y, por eso, de difícil represión. Como en las investigaciones de las prácticas de cartel es extremadamente difícil la obtención de pruebas para la condena, se justifica la intervención de la autoridad en el sentido de buscar la cooperación de las propias empresas que practican el delito, con la finalidad de esclarecer el esquema ilícito por medio de la delación.

---

<sup>66</sup>PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. **Acuerdo de clemencia en la ley anticorrupción**. (Ley nº 12.846/2103). Disponible en: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2017/03/acordo-leniencia-lei-anticorruptao.pdf>> Acceso en 10/05/17. p. 86.

<sup>67</sup> Manual de Responsabilidad Administrativa de Persona Jurídica (2016), Op. cit., p. 92.

En líneas generales, el programa de clemencia en su primera versión consistía en que cualquier participante del cartel podría celebrar un acuerdo con la autoridad antitrust, siempre que fuese el primero en delatar las actividades ilícitas del cartel, y que no hubiera ninguna investigación iniciada. A cambio, recibía amnistía tanto de las multas como de los delitos cometidos. Sin embargo, las empresas no tenían garantía de la obtención de la amnistía, ni tampoco podían prever las ventajas que podían tener, ya que la concesión no era automática y dependía de la discrecionalidad de la autoridad.

Por todo esto, el programa de clemencia carecía de transparencia, era imprevisible, y no proporcionaba los incentivos necesarios para que las empresas se auto-delataran y cooperaran con el programa. Como consecuencia, se observó una falta de adhesión por parte de las personas jurídicas. Eso se reflejó en las estadísticas del programa: el promedio de solicitudes de acuerdo fue apenas una al año. Además, Estados Unidos no consiguió llevar a los tribunales americanos ningún caso de cartel internacional utilizando los acuerdos de clemencia.<sup>68</sup>

Ribeiro explica los resultados obtenidos por la División Antitrust de la siguiente manera:

Sin embargo, el programa no logró el éxito esperado, en función, especialmente, de la amplia discrecionalidad conferida a la autoridad gubernamental en el análisis de los requisitos necesarios para la formalización del acuerdo, la cual podría aceptar o denegar la solicitud de la empresa sin mayores esfuerzos argumentativos, generando un ambiente de gran desconfianza e inseguridad jurídica por parte de los entes empresariales.<sup>69</sup>

En 1993, la División Antitrust hizo una revisión en su *Corporate Leniency Program*, y, basada en la experiencia anterior fracasada, reformuló el programa, a fin de tornarlo más atractivo para las empresas, de manera que hubiera más adhesiones. El nuevo programa de clemencia se basó en conclusiones a que llegaron los expertos. De acuerdo con los técnicos, para adoptar e implementar un programa de clemencia realmente efectivo, deben existir tres requisitos indispensables, los cuales deben estar en vigor antes

---

<sup>68</sup> HAMMOND, Scott D. The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades. 2010. EUA, 2010. Disponible en: <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>>. Acceso en: 05/05/217.

<sup>69</sup> RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Op. cit., p. 230.

de la implementación del acuerdo de clemencia.

Son estos los requisitos: 1) las leyes antitrust deben contener amenaza de sanciones severas para aquellos que participan en actividades ilícitas de cartel y no se auto-delatan; 2) las empresas deben percibir un alto riesgo de detección por parte de las autoridades antitrust si no se auto-delatan; y 3) debe haber alto grado de transparencia y previsibilidad en todo el programa de clemencia, a fin de que las empresas puedan prever con alto grado de seguridad como serán tratadas si buscaran llegar a un acuerdo de clemencia, incluso, cuáles serán las consecuencias si no la buscan.<sup>70</sup>

De donde resulta que la nueva versión del programa de clemencia tenía las siguientes características: 1) en caso de no haber investigación pre-existente, la clemencia sería concedida automáticamente para la primera empresa que solicitase el acuerdo y que cumpliera las condiciones del programa; 2) si la investigación ya estuviera en marcha, la clemencia aún podría ser concedida, pero dependería de la discrecionalidad de la autoridad. En este caso, la empresa debería ser la primera a delatar y obedecer las condiciones del programa; y 3) en caso de que la empresa lograra el acuerdo de clemencia, el beneficio podía ser extendido a todos sus funcionarios, directivos, y empleados; 4) previsión de la *Amnesty Plus*, o sea, posibilidad de extender la delación a otros ilícitos diferentes de los de la investigación en curso.<sup>71</sup>

Después de la reformulación, el interés de las empresas por la delación creció y el número de acuerdos firmados aumentó significativamente. De acuerdo con Scott D. Hammond, ex directivo de la Criminal Enforcement Antitrust Division, del Departamento de Justicia americano, se llegaron a realizar tres acuerdos mensuales, incluso, creció el número de condenas. Las multas aplicadas superaron el valor de mil millones de dólares. Como consecuencia, el programa fue considerado el instrumento más eficiente de investigación y combate a las prácticas de cartel.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> HAMMOND, Scott D. The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades. DEPARTMENT OF JUSTICE. (2010) Disponible en <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>> Acceso en: 05/05/2017.

<sup>71</sup> HAMMOND, Scott D. The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades. 2010. EUA, 2010. Disponible en: <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>>. Acceso en: 05/05/2017.

<sup>72</sup> HAMMOND, Scott D. Op. cit.

### 2.1.3. Características y naturaleza jurídica

Sobre las características básicas del instituto de la clemencia, Marrara conceptualiza el acuerdo de la siguiente manera: 1) se trata de un pacto administrativo integrativo; 2) que no excluye la acción unilateral del Estado; 3) que genera la obligación de cooperar con la investigación y la instrucción del proceso acusatorio por cuenta y riesgo del que propone el acuerdo; y que implica para el Estado la obligación de reducir las sanciones que serían aplicadas, en su caso, al infractor<sup>73</sup>.

Primeramente, el acuerdo es integrador porque se une al proceso administrativo sancionador con la finalidad de facilitar la instrucción. El pacto no excluye la acción unilateral del Estado de efectuar la investigación y sanción, en la medida que el acuerdo, aunque es consensual, funciona como un complemento, un medio de obtención de pruebas, no poniendo fin en la unilateralidad característica de la actuación de la Administración. Además, el acuerdo genera para el proponente la obligación de cooperar, asumiendo el riesgo de ser acusado por un tercero, lo que, incluso, podría llevar a otros tipos de responsabilidad no abarcados por los beneficios otorgados por la clemencia. Y, por último, crea para el Estado la obligación de mitigar o extinguir las sanciones previstas.

Estas características demuestran la naturaleza negociable del acuerdo de clemencia. Inicialmente, este carácter consensual de la clemencia dio origen a varios cuestionamientos por parte de la doctrina. La principal polémica se refería a la cuestión de que el Estado pudiera aceptar negociar con un infractor por medio de un instrumento de orden consensual.<sup>74</sup>

Sin embargo, el Manual de Responsabilidad Administrativa de la CGU defiende el posicionamiento de que las novedosas “*modalidades de negociación que involucran la Administración Pública no fundamentarán la renuncia del interés público, sino que, en verdad, la negociación es uno de los modos de atingir el interés público con mayor eficiencia y rendimiento*”.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> MARRARA, Thiago. Op. cit., p. 513.

<sup>74</sup> MARRARA, Thiago. Op. cit., p. 515.

<sup>75</sup> Manual de Responsabilidad Administrativa de Persona Jurídica. Op. cit., p. 92.

## **2.2. La clemencia en el derecho administrativo sancionador brasilero**

Como ya se ha dicho, el instituto del acuerdo de clemencia fue incluido, por la primera vez, en el ordenamiento jurídico brasilero, en el ámbito de la legislación de protección a la competencia. Años más tarde, en 2013, la clemencia también fue instituida por la Ley Anticorrupción como herramienta de combate a la corrupción, como respuesta al llamamiento internacional que recomendaba que los países responsabilizaran a las personas jurídicas que practicaran actos de corrupción. Brasil no optó establecer la responsabilidad penal, sino que eligió el ámbito administrativo como vía de responsabilidad de las empresas.

### **2.2.1. Acuerdo de clemencia en la legislación de protección a la competencia - Ley n° 12.529/2011**

El acuerdo de clemencia fue incluido, por la primera vez, en el año 2000, en la legislación brasilera, por medio de la Ley n° 10.149/2000, que modificó la Ley n° 8.884/94, incluyendo los artículos 35-B y 35-C sobre el programa de clemencia.<sup>76</sup> En 2011, fue publicada la Ley n° 12.529/2011, llamada Ley Antitrust, que reformuló la legislación de protección a la competencia a través de la estructuración del Sistema Brasileiro de Protección de la Competencia (SBDC). Además, la norma dispuso la prevención y represión de infracciones contra el orden económico y previó el programa de clemencia.<sup>77</sup>

El SBDC está formado por el Consejo Administrativo de Defensa Económica (Cade)<sup>78</sup> y por la Secretaria de Acompañamiento Económico del Ministerio de la Hacienda. El Cade ostenta la misión institucional de velar por la libre competencia en el mercado y fomentar y diseminar la cultura de la libre competencia. Para ello, recibió la potestad de investigar, decidir y aplicar penas a las personas involucradas en infracciones contra el orden económico, incluso, de celebrar acuerdos de clemencia.

Entre las conductas anticompetitivas, las prácticas de cartel son las que más

---

<sup>76</sup> Esta Ley disponía sobre la prevención y represión a las infracciones a la orden económica.

<sup>77</sup> Artículos 86 y 87.

<sup>78</sup> Ligado al Ministerio de Justicia.

gravemente lesionan la competencia. Funciona como un acuerdo entre competidores para principalmente fijar precios o cotas de producción, división de clientes y de mercados de actuación. El Cade se refiere a sobre la gravedad de este tipo de práctica para el orden económico de los países.

Los carteles perjudican seriamente a los consumidores al aumentar los precios y restringir la oferta, tornando los bienes y servicios más caros o indisponibles. El poder de un cartel de limitar artificialmente la competencia genera prejuicios también a la innovación, por impedir que otros competidores perfeccionen sus procesos productivos y lancen nuevos y mejores productos al mercado. Eso resulta en pérdida de bien-estar del consumidor y, a lo largo del plazo, pérdida de la competencia de la economía como un todo. Según la OCDE, 2002, los carteles generan un sobreprecio estimado entre 10 y el 20% comparado a un mercado competitivo, causando pérdidas anuales de centenas de millares de millones de reales a los consumidores.<sup>79</sup>

El Programa de Clemencia Antitrust del Cade es un conjunto de iniciativas con vistas a detectar, investigar y punir infracciones contra el orden económico; informar y orientar de manera permanente las empresas y los ciudadanos a respecto de los derechos y garantías del acuerdo de clemencia e incentivar y asistir a los intervinientes a celebrar el acuerdo de clemencia.<sup>80</sup> El primer acuerdo fue firmado en 2003, en medio a las investigaciones del llamado Cartel de los Vigilantes, que involucraba empresas de vigilancia privada. Desde entonces, más de 50 acuerdos fueran celebrados por la autoridad antitrust brasilera.

La Ley tipifica como infracciones contra el orden económico, independientemente de la culpa, los siguientes actos, aunque no alcancen sus objetivos: 1) limitar, falsear o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o la libre iniciativa; 2) dominar el mercado relevante de bienes o servicios; 3) aumentar arbitrariamente los beneficios; y 4) ejercer de forma abusiva la posición dominante.<sup>81</sup>

Las sanciones previstas son: 1) en caso de empresa, multa de 0,1% al 20% del valor de la facturación bruta de la empresa, grupo o conglomerado, en el último ejercicio anterior al de la instauración del proceso administrativo; 2) en caso de las demás personas

---

<sup>79</sup> Cartilla: Combate a carteles y programa de clemencia de la Colección SDE/CADE N° 01/2009. Disponible en: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha\\_leniencia.pdf/view](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_leniencia.pdf/view) > Acceso en 08/05/2017.

<sup>80</sup> Cartilla: Combate a carteles y programa de clemencia de la Colección SDE/CADE N° 01/2009. Op. cit.

<sup>81</sup> BRASIL. Ley n° 12.529/2011. Artículo 36.

físicas o jurídicas de derecho público o privado, así como cualesquiera asociaciones de entidades o personas constituidas de hecho o de derecho, aunque temporalmente, con o sin personalidad jurídica, que no ejerzan actividades empresarial, no siendo posible utilizar el criterio del valor de la facturación bruta, la multa será entre R\$ 50.000,00 (cincuenta mil reales) y R\$ 2.000.000,00 (dos mil millones de reales); 3) en caso de administrador, directa o indirectamente responsable de la infracción cometida, cuando comprobada su culpa o dolo, multa de 1% (uno por ciento) a 20% (vente por ciento) de aquella aplicada a la empresa.<sup>82</sup>

La norma antitrust prevé aún penas consideradas accesorias, tales como la publicación de la decisión condenatoria en un periódico; prohibición de contratar con instituciones financieras oficiales y de parcelar débitos fiscales; y de participar en licitaciones públicas de la Administración Pública por plazo no inferior a cinco años.<sup>83</sup>

Con relación a la competencia para celebrar el acuerdo de clemencia, la Ley instituye el Consejo Administrativo de Defensa Económica. Este acuerdo puede ser celebrado con personas naturales o jurídicas autoras de la infracción al orden económico.<sup>84</sup>

El Cade está compuesto por tres órganos: el Tribunal Administrativo de Defensa Económica, la Superintendencia General y el Departamento de Estudios Económicos, siendo la Superintendencia General la responsable de celebrar los acuerdos.<sup>85</sup> Cada uno de estos órganos ostentan competencias diferentes relacionadas con el acuerdo de clemencia. Las autoridades administrativas que ocupan los cargos de presidente del Cade, consejero, Superintendente General y Procurador-jefe son nombradas por el presidente de la República, después de la aprobación por el Senado Federal. Todos tienen mandato por periodo determinado por la ley.

Al Tribunal Administrativo de Defensa Económica cabe elaborar estudios y

---

<sup>82</sup> BRASIL. Ley n° 12.529/2011. Artículo 31.

<sup>83</sup> BRASIL. Ley n° 12.529/2011. Artículo 38

<sup>84</sup> BRASIL. Ley n° 12.529/2011. Artículo 86.

<sup>85</sup> La Superintendencia General es órgano jerárquicamente ligado al Cade. Disponible en: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/copy2\\_of\\_capa-interna](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/copy2_of_capa-interna)> Acceso en 17/05/17.

pareceres económicos para dar soporte a la actuación técnica y científica de los demás órganos del Cade. La Superintendencia General tiene como funciones la instrucción de procesos de investigación y punitivos y la celebración del acuerdo de clemencia. Al Tribunal Administrativo compete la firma del compromiso de cese de la práctica ilícita.

Con respecto a la responsabilidad, en los casos de las personas jurídicas, la responsabilidad es objetiva, o sea, no exige dolo o culpa, siendo suficiente la comprobación del nexo causal. Por contra, en los casos de las personas naturales, la responsabilidad es subjetiva, dependiendo la respectiva sanción de la prueba del elemento subjetivo de dolo o culpa.

Sobre las condiciones impuestas por la Ley para la celebración del acuerdo: 1) que la persona que propone el acuerdo colabore efectivamente con las investigaciones y el proceso administrativo, y 2) que de la colaboración resulte: la identificación de los demás involucrados en la infracción y la obtención de informaciones y documentos que comprueben la infracción comunicada o bajo investigación.

Los requisitos legales exigidos para la habilitación en el programa, que, incluso, deben ser cumulativos, son: 1) la empresa debe ser la primera en manifestarse respecto a la infracción comunicada o bajo investigación; 2) la empresa debe cesar completamente su participación en la infracción comunicada o bajo investigación, a partir de la fecha en la que fue propuesto el acuerdo; 3) que la Superintendencia General no disponga de pruebas suficientes para asegurar la condena de la empresa o persona física con ocasión de la propuesta del acuerdo; y 4) que la empresa confiese su participación en el ilícito y coopere plena y permanentemente con las investigaciones y el proceso administrativo, compareciendo, a sus expensas, siempre que sea solicitada, en todos los actos procesales, hasta su fin.

Los beneficios legales garantizados a las personas naturales o jurídicas que firmen el acuerdo de clemencia, son: 1) la extinción de la acción punitiva de la Administración Pública, cuando la Superintendencia General no tenga el conocimiento previo de la infracción comunicada; 2) en las demás hipótesis, la reducción de 1 a 2/3 de las penas

aplicables.<sup>86</sup>

La Ley Antitrust también prevé lo que la doctrina llama clemencia *plus*, o sea, la posibilidad de celebración de un acuerdo de clemencia relacionado con otra infracción que el Cade desconoce, si la persona natural o jurídica la comunica antes de que el proceso administrativo sea enviado a juicio. Es decir, la persona que no puede llegar a un acuerdo de clemencia, pero presenta informaciones sobre otra actividad de cartel, puede beneficiarse de la clemencia plus. En esta hipótesis, el beneficio concedido será la reducción de 1/3 de la pena aplicable.<sup>87</sup> Estos dos tipos de beneficios son concedidos por la norma porque la práctica de cartel es tipificada tanto un ilícito administrativo (art. 36, §3º, I de la Ley nº 12.529/2011) como penal (art. 4º, II de la Ley nº 8.137/1990). Así que, con la celebración del acuerdo de clemencia, el signatario del acuerdo recibe inmunidad administrativa y también penal.

La norma asegura otros beneficios para la persona que celebra el acuerdo, con el fin de incentivar la clemencia: 1) en caso de que la propuesta de acuerdo fuera rechazada por la Administración, los hechos relatados no se consideran una confesión, ni tampoco se considerará un reconocimiento de ilicitud de la conducta analizada, y no habrá divulgación sobre el contenido de la propuesta;<sup>88</sup> 2) el proponente del pacto tendrá la garantía de sigilo de la propuesta, salvo en el interés de las investigaciones y del proceso administrativo.<sup>89</sup> El objetivo del ofrecimiento legal de estas garantías es doble: por un lado, evita los daños que una exposición pública puede causar a la persona que delata, y, por otro, la Administración preserva las investigaciones y el proceso administrativo de responsabilización, si ya estuviera en curso.

En caso de celebración de acuerdo de clemencia, la Ley ofrece, incluso, un beneficio de orden penal: impide el ofrecimiento de denuncia de los crímenes contra el orden económico, tipificados en la Ley nº 8.137/1990 (Ley de los Crímenes contra el Orden Económico), en la Ley nº 8.666/1993 (Ley de Licitaciones y Contratos) y en artículo 288 (delito de asociación criminosa) del Código Penal.

---

<sup>86</sup> BRASIL. Ley nº 12.529/2011. Artículo 86, § 4º.

<sup>87</sup> BRASIL. Ley nº 12.529/2011. Artículo 86 §§ 7º y 8º

<sup>88</sup> BRASIL. Ley nº 12.529/2011. Artículo 86, §10

<sup>89</sup> BRASIL. Ley nº 12.529/2011. Artículo 86, § 9

Por último, dice la Ley que, con el cumplimiento del acuerdo, por la parte del beneficiario de la clemencia, se produce la extinción automática de la punibilidad de los delitos.<sup>90</sup> Esta extinción de punibilidad de los delitos causa un aparente conflicto, pues la decisión del Cade de celebrar la clemencia supera el ámbito administrativo y afecta el ámbito penal, perjudicando la competencia constitucional del Ministerio Público, legítimo titular de la acción penal pública.

La solución encontrada para por fin a este aparente conflicto fue incluir al MP en la celebración de los acuerdos. Simão plantea sobre el tema:

Se verifica, por tanto, que la Ley 12.529/2011 previó hipótesis en la que una decisión administrativa impide, de forma unilateral, el ejercicio de la función conferida al *parquet* por la Constitución Federal. No obstante, a pesar de la aparente polémica sobre el tema, no se tiene noticia de que esta previsión tenga configurado impedimento a la implementación de los acuerdos de clemencia antitrust. Según consta, en todos los acuerdos ya celebrados por el CADE, se buscó la intervención del Ministerio Público a fin de conferir la mayor seguridad jurídica al instrumento, aunque la ley no lo haya exigido.<sup>91</sup>

La Ley Antitrust prevé que, en caso de incumplimiento del acuerdo de clemencia, el beneficiario no podrá celebrar un nuevo acuerdo de clemencia por el plazo de tres años, contados desde la fecha de su enjuiciamiento.

El acuerdo de clemencia es un instrumento relativamente reciente de combate a las prácticas de cartel y está demostrando ser bastante eficaz. Las estadísticas del Cade presentan los siguientes datos: entre 2003 y 2009, la SDE firmó 14 acuerdos de clemencia, cerca del 60% de estos acuerdos fueron celebrados con personas involucradas en carteles que actuaban internacionalmente. En los años siguientes, el número de acuerdos creció. En apenas dos años, de 2010 a 2012, firmaron 19 acuerdos de clemencias. Entre 2013 y 2016, el número creció a 28. En este año, hasta febrero de 2017, ya se han firmado tres acuerdos.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> BRASIL. Ley nº 12.529/2011. Artículo 87

<sup>91</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p.85.

<sup>92</sup> Datos retirados de la página web del Cade. Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos. Brasília, 2013. Disponible en: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade\\_-\\_defesa\\_da\\_concorrencia\\_no\\_brasil\\_50\\_anos.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos.pdf)> Acceso en 09/05/17.

### **2.2.1.1. Opinión de la doctrina sobre el acuerdo de clemencia de la Ley Antitrust**

La doctrina se posiciona sobre las ventajas del programa de clemencia de la Ley Antitrust. Simão se manifiesta sobre el diseño institucional del Cade, planteando que su estructura parece ser muy interesante, pues fue organizada de manera que garantizase un enjuiciamiento justo en la medida que segrega las funciones de investigación y sanción de la función de enjuiciamiento. Incluso la forma de escoger las autoridades confiere mayor estabilidad al órgano. En palabras del autor:

Además, tanto las autoridades que juzgan los procesos como aquella responsable por la celebración del acuerdo de clemencia y de los TCCs son detentoras de mandatos. Opinamos que este modelo tiende a reducir indeseadas influencias políticas en el órgano y conferir mayor estabilidad institucional. Se suma a ello el hecho de que existe un miembro del Ministerio Público actuando junto a aquella autarquía, lo que, más allá de contribuir para la limpia conducción de los procesos, auxilia en la deseable y necesaria interlocución entre ambos órganos.<sup>93</sup>

Simão y Vianna elogian también la transparencia y previsibilidad del programa de clemencia del Cade. En su sitio en internet están disponibles todas las informaciones del programa, como legislaciones, manuales, guiones y preguntas y respuestas. Además, hay amplia divulgación de los casos juzgados por el Tribunal. Defiende el autor que esta práctica impacta en la decisión de las personas naturales y jurídicas de proponer la clemencia porque la claridad de las normas y la posibilidad de conocer los precedentes ya juzgados por el órgano generan seguridad.<sup>94</sup>

Ya Oliveira se manifiesta elogiando la armonía institucional generada por la actuación conjunta del Cade y Ministerio Público, ambos actuando como signatarios del acuerdo de clemencia. La actuación de los órganos permite que disminuya la inseguridad de la persona que desea buscar la clemencia, lo que contribuye a la consolidación del programa de clemencia.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p. 93.

<sup>94</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p. 92.

<sup>95</sup> OLIVEIRA, André Gustavo Veras de. Op. cit., p. 17.

### 2.2.2. El acuerdo de clemencia en la legislación anticorrupción - Ley nº 12.846/2013

La Ley nº 12. 846/2013, Ley Anticorrupción, introdujo el acuerdo de clemencia en el ordenamiento jurídico brasileño como un instrumento, de carácter administrativo, para la lucha contra la corrupción. La norma se inspiró en el programa de clemencia de la ley de protección de la competencia, como se puede observar en la similitud de los dispositivos legales definidores de la estructura de los dos acuerdos.

La norma prevé la posibilidad de un acuerdo entre la Administración Pública y una persona jurídica involucrada en actos de corrupción que se ofrece a cooperar efectivamente con las investigaciones y el proceso administrativo. A cambio, cumplidos los requisitos legales, la empresa puede ver atenuadas en las sanciones. Una diferencia entre los dos programas es que la Ley Anticorrupción no extiende la posibilidad de acuerdo a las personas naturales, como lo hizo la clemencia del Cade.

Ribeiro plantea que *“En el ámbito del proceso de responsabilidad de personas jurídicas por prácticas de corrupción, el acuerdo de clemencia es un instrumento jurídico de obtención rápida de pruebas y resolución consensual de la instancia procesal.”*<sup>96</sup> Así, el objetivo del programa de clemencia no es proteger a las personas jurídicas, sino garantizar un efectivo proceso de responsabilidad.

La Ley define como actos lesivos para la Administración Pública nacional o extranjera, todos aquellos practicados por las personas jurídicas relacionadas en el artículo 1º que atenten contra el patrimonio público nacional o extranjero; los principios de la administración; y los compromisos internacionales asumidos por Brasil y que consten en el artículo 5, conforme se plantea en el Capítulo 1.

La Ley Anticorrupción extiende la posibilidad de acuerdo a las personas jurídicas que realizan los actos ilícitos previstos en la Ley nº 8.666/1993, Ley de Licitaciones y Contratos. Así que, hay dos modalidades de clemencia previstas en la Ley: la relativa a las infracciones de corrupción y la relativa a las infracciones licitatorias.

El artículo 6º de la Ley Anticorrupción establece las sanciones en la esfera

---

<sup>96</sup> RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Op. cit., p. 233.

administrativa, aplicables a las personas jurídicas que practiquen los actos lesivos previstos en el artículo 5°. Las penas son las siguientes:

I – multa, del valor del 0,1% (un décimo por ciento) al 20% (veinte por ciento) de la facturación bruta del último ejercicio anterior al de la instauración del proceso administrativo, excluidos los tributos, la cual nunca será inferior a la ventaja obtenida, cuando fuera posible su estimación;

II – publicación extraordinaria de la decisión condenatoria.

La Ley trata de definir también los beneficios que pueden ser ofrecidos a la persona jurídica que celebre el acuerdo de clemencia. Los beneficios son de orden administrativo y judicial:

- 1) reducción de hasta 2/3 del valor de la multa aplicable (sanción administrativa prevista en el Art. 6, § 2°);
- 2) exención de la publicación extraordinaria de la decisión condenatoria (sanción administrativa prevista en el Art. 6, § 2o);
- 3) exención de la prohibición de recibir incentivos, subsidios, subvenciones, donaciones o préstamos de órganos o entidades públicas y de instituciones financieras públicas o controladas por el Poder Público, por el plazo mínimo de un y máximo de 5 años (sanción prevista en el Art. 19, IV, que trata de la responsabilidad judicial).

La Ley trae aún algunas garantías para la persona jurídica que celebra la clemencia, como el secreto de las negociaciones.<sup>97</sup> Esto disminuye los problemas de la exposición pública. Además, contribuye al éxito del acuerdo, evitando influencias externas.

En caso de que la propuesta de la empresa no sea aceptada por la Administración, la Ley garantiza que las informaciones proporcionadas no supondrán un reconocimiento de la práctica del acto ilícito investigados.<sup>98</sup> Por otro lado, la Ley deja claro que los beneficios concedidos no exoneran a la persona jurídica de la obligación de reparar integralmente el daño causado.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> BRASIL. Ley n° 12.846/2013. Artículo 16, § 6°. La propuesta solo será pública después de celebrado el acuerdo, salvo en el interés de las investigaciones y proceso administrativo.

<sup>98</sup> BRASIL. Ley n° 12.846/2013. Artículo 16, § 7°.

<sup>99</sup> BRASIL. Ley n° 12.846/2013. Artículo 16, § 3°.

Simão y Vianna llaman la atención de los riesgos existentes para la persona jurídica que coopera con la Administración. Estos riesgos existen y pueden impedir que la persona se acerque a la Administración para negociar. Así que, un programa de clemencia debe ser suficientemente atractivo para transmitir confianza a las empresas.

La decisión de una persona jurídica de adherirse al programa de clemencia pasa por la ponderación entre los beneficios ofrecidos y los riesgos existentes. Como hemos buscado demostrar, dependiendo del grado de seguridad jurídica, transparencia y previsibilidad de un programa de clemencia, mayor es el grado de confianza del potencial colaborador a la hora de decidir el camino a tomar. Sin embargo, algunos riesgos son inherentes a cualquier instrumento consensual, independientemente del estadio de negociación. Entre ellos, enumeramos los siguientes: a) exposición de la imagen del colaborador, b) fuga de informaciones antes de la celebración del acuerdo y c) frustración de la negociación.<sup>100</sup>

En los casos de acuerdos de clemencia con las personas jurídicas responsables por la práctica de los actos ilícitos previstos en la Ley de Licitaciones y Contratos, la Ley Anticorrupción prevé que los beneficios concedidos son la exención o atenuación de las sanciones administrativas establecidas en los artículos 86 a 88 de la Ley de Licitaciones y Contratos.<sup>101</sup>

Por otro lado, la responsabilidad de la persona jurídica no excluye la responsabilidad individual de los dirigentes o administradores o de cualquier persona natural, autora, coautora o participe en el acto ilícito, si bien, estas personas solamente serán responsabilizados subjetivamente por los actos ilícitos en la medida de sus culpabilidades.<sup>102</sup>

Sobre el órgano responsable de firmar el acuerdo, la Ley Anticorrupción establece una competencia más amplia que la establecida en la Ley Antitrust. Esta última concentra el cometido sólo al CADE. Al contrario, la Ley nº 12.846/2013 atribuye esta competencia a la autoridad máxima de cada órgano o entidad pública.<sup>103</sup>

Como la Ley Anticorrupción tiene carácter nacional, sus normas se extienden a

---

<sup>100</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p. 111.

<sup>101</sup> BRASIL. Ley nº 12.846/2013. Artículo 17.

<sup>102</sup> BRASIL. Ley nº 12.846/2013. Artículo 3º

<sup>103</sup> BRASIL. Ley nº 12.846/2013. Artículo 16. § 10

todos los entes federativos de Brasil. Así plantea Santos et Al: “(...) parece lícito clasificar la Ley n° 12.846/2015 como ley nacional, de automática vigencia en el ámbito de Unión, Estados, Municipios y Distrito Federal, a los cuales es vedado innovar sobre el tema (...)”.<sup>104</sup>

Entonces, con referencia a las autoridades responsables para celebrar los acuerdos de clemencia, la Ley Anticorrupción definió como competentes a las mismas autoridades autorizadas legalmente para iniciar el proceso administrativo de responsabilidad (PAR), o sea, la autoridad máxima de cada órgano o entidad de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.<sup>105</sup>

La Ley prevé competencia doble para la CGU: es el órgano responsable de la celebración del acuerdo de clemencia, en el ámbito del Poder Ejecutivo federal, y, además, le corresponde a ella firmar el acuerdo con la persona jurídica responsable de actos lesivos previstos en la Ley practicados contra la administración pública extranjera. Parece lógico y natural la elección de la CGU, a nivel federal, como competente legal para celebrar los acuerdos de clemencia y para responsabilizar administrativamente empresas que practiquen actos de corrupción, considerando la extensa experiencia técnica adquirida por el órgano en el área de responsabilidad administrativa de funcionarios públicos desarrollada a lo largo de más de una década. Por el mismo motivo, parece que se le ha atribuido la competencia exclusiva para la investigación, proceso y enjuiciamiento de los actos ilícitos practicados por las empresas contra la administración pública extranjera,

En 2005, la Inspección General de la Unión (CRG) fue incluida por el Decreto n° 5.480/2005 en la estructura orgánica de la CGU. El mismo reglamento estableció las competencias de la CRG, que es el de órgano central del sistema de responsabilidad administrativa disciplinario de servidores públicos federales que cometen irregularidades previstas en la ley ° 8.112/1990. Desde entonces, la CRG ha actuado en actividades de responsabilidad administrativa, y también en las actividades relacionadas con la disseminación de conocimientos sobre materia de responsabilidad, como la edición de manuales técnicos, entrenamiento de servidores que componen los equipos de

---

<sup>104</sup> Santos et al. Op. cit., p. 44

<sup>105</sup> BRASIL. Ley n° 12.846/2013. Capítulo 8.

responsabilidad, enunciados de normas.

La autoridad administrativa máxima de la CGU es el Ministro de Estado de la Transparencia y Controladoría General de la Unión. A él le corresponde juzgar los procesos administrativos disciplinarios; juzgar los procesos de responsabilidad de personas jurídicas y firmar los acuerdos de clemencia. Este cargo es de auxilio directo del presidente de la República, y, por supuesto, de su libre indicación y nombramiento.<sup>106</sup>

Simão y Vianna plantean que la elección de la CGU como órgano competente para celebrar los acuerdos de clemencia fue una decisión oportuna debido a la *expertise* que ostenta en la materia, adquirida en los trabajos desarrollados como órgano central de los Sistemas de Control Interno y de Inspectoría; e, incluso en actividades de órgano que recibe las denuncias contra los órganos públicos federales.<sup>107</sup> A esta experiencia se suman las actividades relacionadas con la prevención y combate a la corrupción contenidas en las convenciones y los compromisos internacionales asumidos por Brasil.

En esta concepción, la CGU reúne, más allá de la *expertise*, el conjunto de atribuciones legales, en el Poder Ejecutivo federal, para mejor ejercer la atribución de negociación de los acuerdos, pues, dependiendo de las informaciones advenidas de tal procedimiento, daría mejor tratamiento a las pruebas, sea promoviendo la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas o agentes públicos que vinieran a ser descubiertos en razón de la colaboración, sea por la interlocución con la Policía Federal y el Ministerio Público, en los casos en que hubiese indicios de comisión de infracción penal. A este respecto, vale acordar que, por la naturaleza de las materias con las que la CGU lidia, son diversas las actividades ya hechas por ella en conjunto con tales órganos.<sup>108</sup>

Con relación a la otra parte del acuerdo, la Ley permite que el acuerdo de clemencia sea firmado con las personas jurídicas responsables por la práctica de actos ilícitos previstos por ella y que colaboren efectivamente con las investigaciones y proceso administrativo, una vez cumplidas las condiciones legales que se describen a continuación. Como ya se ha dicho, al contrario de la Ley Antitrust, la Ley Anticorrupción no permite que se firme el acuerdo de clemencia con las personas físicas.

Con referencia al momento límite para proposición del acuerdo, la Ley no

---

<sup>106</sup> BRASIL. **Constitución** (1988). Artículo 76.

<sup>107</sup> Oficina del Defensor del Pueblo.

<sup>108</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p. 103/104.

contiene una disposición que señale un límite temporal. Sin embargo, el Decreto n° 8.420/2013, que reglamentó la ley, define como límite final la conclusión del proceso de responsabilidad.<sup>109</sup> Es decir, la persona jurídica puede presentar su propuesta hasta la entrega del informe final del equipo responsable por la responsabilidad. De esta suerte, se infiere que la propuesta puede presentarse antes de la instauración del proceso incluso durante el desarrollo de las tres fases del PAR. Sin embargo, no puede ser presentada a la Administración después de la entrega del informe final del equipo.

Con relación a la posibilidad de proponer un acuerdo después de juzgado el proceso y aplicadas las sanciones administrativas, Simão y Vianna defienden que se debería admitir, por las mismas razones que, en ámbito penal, se admite la colaboración premiada incluso después de pronunciada la sentencia.<sup>110</sup>

Podría argumentar que, si el proceso finalizó con la aplicación de pena, la Administración logró reunir elementos de pruebas suficientes para el esclarecimiento del caso. Sin embargo, desde otra perspectiva, la persona jurídica podría presentar evidencias que auxiliasen en la identificación de nuevos involucrados en el mismo ilícito o incluso en una infracción distinta, cuyo contenido el Estado desconocía (como ocurre en la clemencia *plus* del Cade).<sup>111</sup>

La Ley prevé las condiciones para la firma del acuerdo, definiendo que la colaboración de la persona jurídica debe posibilitar:<sup>112</sup>

- 1) la identificación de los demás involucrados en la infracción, cuando quepa;
- 2) la obtención célere/rápida de informaciones y documentos que prueben el ilícito sometido a investigación.

La Ley establece también los requisitos para celebrarse el acuerdo. Estos requisitos deben ser cumulativos:<sup>113</sup>

- 1) que la persona jurídica sea la primera en manifestarse sobre su interés en cooperar para la investigación del acto ilícito;
- 2) que la persona jurídica cese completamente su intervención en la infracción

---

<sup>109</sup> BRASIL. Ley n° 12.846/2013. Artículo 30. La persona jurídica que pretenda celebrar acuerdo de clemencia deberá:

§ 2º La propuesta del acuerdo de clemencia podrá ser hecha hasta la conclusión del informe a ser elaborado en el PAR.

<sup>110</sup> Corresponsiente del acuerdo de clemencia para las personas físicas.

<sup>111</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p. 109/110.

<sup>112</sup> BRASIL. Ley n° 12.846/2013. Artículo 16.

<sup>113</sup> BRASIL. Ley n° 12.846/2013. Artículo 16, § 1º

investigada a partir de la fecha de la propuesta del acuerdo;

- 3) que la persona jurídica admita su participación en el ilícito y coopere plena y permanentemente con las investigaciones y el proceso administrativo, compareciendo, a sus expensas, siempre que sea solicitada, a todos los actos procesales, hasta su conclusión.

En caso de incumplimiento del acuerdo de clemencia, la persona jurídica no podrá celebrar un nuevo acuerdo por el plazo de tres años contados del conocimiento por la administración pública del referido incumplimiento.<sup>114</sup>

### **2.2.2.1. Normas que reglamentaran el acuerdo de clemencia de la Ley Anticorrupción**

La Ley n° 12.846, de 1 de agosto de 2013, fue publicada en el Diario Oficial de la Unión el 02 de agosto de 2013 y pasó a vigorar 180 días después de su publicación, o sea, el 1 de febrero de 2014.

El Tribunal de Cuentas de la Unión publicó la Instrucción Normativa IN – TCU n° 74, de 11 de febrero de 2015,<sup>115</sup> que dispone sobre la fiscalización relacionada con la organización del proceso de celebración del acuerdo de clemencia. Esta norma dispone que el Tribunal se pronunciará conclusivamente en relación a la legalidad, legitimidad y economía de los actos practicados y, para ello, exige que la autoridad responsable de la celebración del acuerdo le envíe los documentos hasta 5 días después de la recepción de la manifestación de la persona jurídica interesada. Interesante resaltar que esta norma fue publicada antes de que el Poder Ejecutivo reglamentara la Ley.

En marzo de 2015, el Poder Ejecutivo federal dictó el Decreto n° 8.420, de 18 de marzo de 2015, publicado en el Diario Oficial de la Unión el 19 de marzo de 2015, que reglamentó el acuerdo de clemencia en los artículos 28 a 40. Este decreto es bastante criticado porque se entiende que supera su poder reglamentario.

---

<sup>114</sup> BRASIL. Ley n° 12.846/2013. Artículo 16. § 8°

<sup>115</sup> BRASIL. Ley n.º 8.443/1992, que dispone sobre el poder reglamentario del Tribunal. Artículo 3°.

La CGU, por su turno, reglamentó el Decreto, a nivel del Poder Ejecutivo Federal, con la publicación de cuatro normas: dos Órdenes y dos Instrucciones Normativas. El Orden n° 909, de 7 de abril de 2015, sobre los criterios para evaluación de los programas de integridad (*compliance*) de las empresas y el Orden n° 910, de 7 de abril de 2015, relativa a los procedimientos para investigación de responsabilización administrativa y celebración del Acuerdo de Clemencia.

Las otras dos normas son la Instrucción Normativa IN 1/2015, de 7 de abril de 2015, que definió lo que puede ser entendido como facturación bruta, que es el principal elemento a ser considerado para el cálculo de la multa prevista en la Ley Anticorrupción, y la Instrucción Normativa IN 2/2015, de 7 de abril de 2015, que regula el registro de informaciones en el Catastro Nacional de Empresas Inidóneas y Suspensas (CNEIS) y en el Catastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) por los órganos y entidades de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Estos dos catastros, que deberán contener la relación de las empresas sancionadas, son exigencia de la Ley Anticorrupción.<sup>116</sup>

En diciembre, el Poder Ejecutivo federal publicó de la Medida Provisoria n° 703, de 18 de diciembre de 2015<sup>117</sup>, que alteró de manera significativa el contenido de la Ley N° 12.846/2013, en lo que se refiere a los Acuerdos de Clemencia. Esta norma tenía un periodo de vigencia de hasta 120 días y necesitaba ser transformada en ley ordinaria por el Congreso Nacional. Debido a las numerosas críticas recibidas por la doctrina, operadores del derecho y por los demás órganos brasileños de combate a la corrupción (MPF y TCU), esta norma no fue analizada por el Congreso y, en consecuencia, perdió su vigencia el 30 de mayo de 2016, por cumplimiento del plazo, y, por supuesto, no fue convertida en ley.

La CGU publicó en 2016 otra norma, la Orden Interministerial n° 2.278, de 15 de diciembre de 2016, publicada en el Diario Oficial de la Unión el 16 de diciembre de 2016. Esta norma dispone los procedimientos para celebración del Acuerdo de Clemencia en el ámbito de la CGU y la participación de la Abogacía-General de la Unión (AGU) en los

---

<sup>116</sup> BRASIL. Ley n° 12.846/2013. Artículos 22 y 23.

<sup>117</sup> Medida Provisoria es el nombre dado a norma dictada por el Poder Ejecutivo con fuerza de ley, pero que necesita ser votada en el Congreso de Brasil. Si el Congreso no la vota, la norma pierde la vigencia.

acuerdos.

### **2.2.3. Los acuerdos de clemencia efectuados por el ministerio público federal**

Para comprender cómo se utilizan los acuerdos de clemencia por la Fiscalía en Brasil, es necesario hacer un breve recorrido sobre el empleo de este instituto. El Ministerio Público Federal junto con la Policía Federal han desarrollado, desde marzo de 2014, la mayor investigación de corrupción y lavado de activos de Brasil, cuyo nombre es Operación Lava-Jato.<sup>118</sup> Se bautizó la operación con este nombre porque se inició con la investigación de redes de gasolineras y centros de lavado de automóviles, que eran utilizados por la organización criminal para mover recursos ilícitos.

La operación empezó ante la Justicia Federal de la ciudad de Curitiba, estado del Paraná, con la investigación y procesos referentes a cuatro organizaciones criminales lideradas por “doleiros”<sup>119</sup>. En el curso de esta investigación el MPF encontró pruebas de un gran esquema criminal de corrupción, involucrando la Petrobrás.<sup>120</sup> Este esquema corrupto consistía en lo siguiente: grandes empresas contratistas se organizaban en cartel y pagaban coimas a altos ejecutivos de la estatal y otros agentes públicos. Este soborno era distribuido por medio de operadores financieros (los “doleiros” investigados en la primera etapa funcionaban como operadores financieros, intermediando el pago de coimas y lavando el dinero antes de entregarlo a los beneficiarios).

Las contratistas actuaban en licitaciones públicas, adoptando la forma de cartel. Funcionaban como un “club” a fin de sustituir la competencia real por una competencia aparente. Los precios de obras y servicios ofrecidos por las empresas a Petrobrás eran calculados y ajustados en reuniones secretas, en las cuales se definía quien ganaría la licitación y el contrato, así como cuál sería el precio (inflado en beneficio privado y en perjuicio de las arcas de la petrolera).

En otra línea de la investigación, descubrieron la participación en el esquema de personas que integraban o estaban relacionadas con partidos políticos. Estas personas indicaban los funcionarios públicos corruptos para los cargos de directivos de Petrobrás

---

<sup>118</sup> Página web del Ministerio Público Federal. Disponible en: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>  
Acceso en 30/04/17.

<sup>119</sup> Nombre dado para operadores del mercado negro o paralelo al cambio de moneda.

<sup>120</sup> Empresa estatal de Brasil en el área de petróleo.

y que iban a participar en el esquema de cartel. Eso fue descubierto por medio del instrumento de la delación premiada.

La Operación Lava-Jato sigue en curso y ha obtenido resultados significativos en estos tres años: 1.434 procedimientos instaurados, 94 prisiones preventivas, 139 condenas, contabilizando más de 1400 años de prisión; el valor del resarcimiento solicitado por la Fiscalía, incluyendo multas, es de cerca de 38 mil millones de reales; 10,3 mil millones están siendo recuperados por acuerdos de colaboración. En la operación ya han presentado 183 solicitudes de cooperación internacional, siendo 130 solicitudes activas dirigidas a 33 países y 53 solicitudes pasivas con 24 países.<sup>121</sup>

El éxito de esta operación de investigación se debe principalmente a los novedosos instrumentos de investigación utilizados. Plantea Simão que esta investigación cambia el paradigma para futuras persecuciones de esta importancia, *“pues es fácil verificar que la investigación fue campo también de implementación de novedosos y modernos instrumentos de obtención de pruebas, como la colaboración premiada y el acuerdo de clemencia.”*<sup>122</sup> Conforme consta en la página de la Operación Lava-Jato, hasta abril ya se habían firmado 155 acuerdos de delación premiada con personas físicas, 10 acuerdos de clemencia.<sup>123</sup>

En lo que se refiere a la independencia de los ámbitos de responsabilidad en el sistema brasileño, Simão y Vianna exponen que, con la Operación Lava-Jato, se produjo una situación interesante cuando el MPF empleó, en la investigación, el instituto de la colaboración premiada. Así explica el propio autor:

En diversos casos, los colaboradores eran dueños o socios de grandes empresas, por medio de las cuales se cometieron varios delitos. Así que, se volvía al paradigma de la independencia de las instancias y de las sanciones. El socio practica una conducta por la cual podrá ser responsabilizado criminalmente y, al mismo tiempo, su empresa también queda sujeta a las diversas posibilidades de sanción civil y administrativa.<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> Página de la Operación Lava-Jato en el sitio del Ministerio Público, en internet. Accesible en: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>> Acceso en 21/05/17.

<sup>122</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p. 155/156.

<sup>123</sup> Página web del Ministerio Público Federal. Operación Lava-Jato. Disponible en: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>> Acceso en 21/05/17.

<sup>124</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p. 156/157.

La independencia de los ámbitos de responsabilidad ha provocado efectos complejos en los acuerdos de cooperación, en el caso de la Operación Lava-Jato. Como la misma práctica ilícita puede dar lugar a varias responsabilidades, los acuerdos de delación premiada y de clemencia resultan perjudicados por la inseguridad jurídica generada.

Simão y Vianna recurren a un caso ficticio para explicar la complejidad de estos efectos: en el caso del titular de una empresa que ha pagado coimas a un funcionario público y que quiere colaborar con las investigaciones para obtener la atenuación de las sanciones aplicables puede pasar por dos situaciones.

El titular busca un Acuerdo de Clemencia de su persona jurídica con la Administración, en los términos de la Ley Anticorrupción, con vistas a obtener la reducción de la multa administrativa y la exención de la prohibición de contratar con la Administración Pública. Lo que va a pasar en este caso es que, como esta Ley no confiere inmunidad penal a la persona física, el empresario puede confesar su conducta como persona física y ser sometido a la persecución penal. También puede exponer su empresa a una acción de improbidad por parte del Ministerio Público. Todo eso debido a la independencia de los ámbitos de responsabilidad administrativa, penal y civil.

Otra alternativa posible sería que este empresario se dirigiera al MPF para proponer un acuerdo de colaboración premiada como persona natural, para obtener el perdón judicial o atenuación de sanciones. Como la legislación penal no prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica, o sea, no existe la posibilidad de que los beneficios obtenidos por la persona física, en la instancia penal, se extiendan a persona jurídica, la empresa se queda sin protección, quedando sujeta a la posibilidad de ser sancionada administrativamente según las normas de la Ley Anticorrupción.

Es decir, la existencia de previsión de sanciones en diferentes leyes (sanción administrativa, penal y civil) causa inseguridad jurídica cuando alguien pretende un acuerdo de cooperación. La solución adoptada por el Cade para otorgar mayor seguridad jurídica ha sido celebrar dos Acuerdos de Clemencia junto con el MPF, concediéndose simultáneamente beneficios penales (en lo que toca al MPF) y administrativos (en lo que

toca a las competencias de combate al cartel del Cade).

De acuerdo con Simão y Vianna, se han concluido dos acuerdos por el Cade junto con el Ministerio Público: un con el Grupo SOG y otro con la empresa Camargo Córrea. En principio, la participación del MPF en estos dos acuerdos se limitaría a concesión de inmunidad penal a las personas físicas. Sin embargo, la persona jurídica aún podía ser procesada por improbidad administrativa por el MPF. Ello porque la Ley de Improbidad Administrativa, Ley n° 8.429/92, impide la transacción, acuerdo o conciliación en las acciones de improbidad administrativa.<sup>125</sup> El MPF solucionó tal impedimento legal concediendo inmunidad a las empresas involucradas de posibles acciones de improbidad administrativa. Eso garantizó mayor estabilidad jurídica al acuerdo.

A partir de este acuerdo de cooperación firmado con el Grupo SOG, el Ministerio Público pasó a utilizar este instrumento en el ámbito de la Operación Lava-Jato. Se trata de los acuerdos celebrados con personas físicas y jurídicas, con efectos penales y civiles. De acuerdo con Simão y Vianna, ya se han celebrado siete acuerdos.

Sin entrar en detalles legales, pues este no es el objetivo de este trabajo, es importante decir que no existe previsión legal expresa que autorice al Ministerio Público la celebración de estos acuerdos. Así que, la Fiscalía hace una interpretación de la legislación, utilizándose la siguiente base jurídica, conforme explica Simão<sup>126</sup>: Art. 129, I, de la Constitución Federal; Arts. 13 a 15 de la Ley 9.807/1999<sup>127</sup>; Art. 1º, §5º de la Ley 9.613/1998<sup>128</sup>; Art. 5º, §6º de la Ley 7.347/1985; Art. 26 de la Convención de Palermo; Art. 37 de la Convención de Mérida; Art. 4º a 8º de la Ley 12.850/2013<sup>129</sup>; Arts. 655 y 674 del Código de Proceso Civil (CPC) de 1939; Art. 267, IV y 269, V, del CPC; Art. 840 y 932, III del Código Civil; Art. 16 a 21 de la Ley 12.846/2013. Sin embargo, ninguna de estas disposiciones legales confiere expresamente la posibilidad de transacción, a través de acuerdo de clemencia, en acciones judiciales de las cuales puedan resultar la aplicación de sanciones.

---

<sup>125</sup> BRASIL. Ley n° 12.846/2013. Artículo 17, § 1º

<sup>126</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p. 160/161.

<sup>127</sup> BRASIL. Ley 9.807/1999. Dispone sobre el Programa Federal de Asistencia a Víctimas y a Testigos Amenazados.

<sup>128</sup> BRASIL. Ley 9.613/1998. Dispone sobre los crímenes de Lavado u ocultación de bienes, derechos y valores.

<sup>129</sup> BRASIL. Ley 12.850/2013. Define organización criminal y dispone sobre la investigación criminal.

Como los Acuerdos de Clemencia celebrados por el MPF no están reglados en ninguna ley específica, Simão y Vianna examinaron 4 de los acuerdos celebrados por la Fiscalía en el ámbito de la Operación Lava-Jato y obtuvo datos referentes al diseño de estos programas, como requisitos, beneficios y efectos.<sup>130</sup>

Con referencia a los compromisos asumidos por las personas jurídicas signatarias y sus responsables, estos consisten en:

- 1) describir las infracciones e ilícitos relacionados con el objeto del acuerdo;
- 2) presentar los documentos, informaciones y otros materiales que comprueban los hechos narrados;
- 3) revelar otras informaciones, documentos o materiales relevantes relacionados con los hechos narrados en ámbito del acuerdo de clemencia, solicitados por las autoridades en el curso de la investigación;
- 4) cesar completamente su participación en las prácticas ilícitas objeto del acuerdo;
- 5) cooperar plena y permanentemente con las autoridades;
- 6) comparecer ante las autoridades siempre que se lo soliciten, a sus expensas;
- 7) implementar programa de *compliance*;
- 8) pagar la multa civil.

Sobre los beneficios concedidos, el MPF se comprometió a:

- 1) proponer ninguna acción de naturaleza civil contra las personas jurídicas colaboradoras, sus responsables, directivos o accionista que firmen el acuerdo, o postular solamente el reconocimiento declaratorio de los actos de improbidad administrativa sin aplicación de sanciones;
- 2) no proponer cualquier acción de naturaleza criminal por los hechos/conductas revelados en consecuencia del acuerdo contra responsables, directivos o accionistas que suscriban el acuerdo;
- 3) llevar el Acuerdo de Clemencia a los otros órganos públicos, especialmente al Cade y CGU, solicitando la realización de efectos similares;
- 4) participar en otros Acuerdos de Clemencia hechos por otros órganos públicos,

---

<sup>130</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p. 165/176.

desde que no entren en conflicto con los términos del acuerdo firmado con el MPF o con el interés público.

Simão y Vianna plantean que los beneficios concedidos por el Ministerio Público son de tres clases: la primera se refiere al ámbito civil, la segunda se refiere a la inmunidad penal y la tercera trata de extender los efectos del acuerdo a otros ámbitos que no están en la competencia de MPF. Los beneficios concedidos en ámbito civil son bastante amplios y eximen a las personas jurídicas y físicas de cualquier acción de naturaleza civil, pues el Ministerio Público es el órgano competente para conocer de los ilícitos practicados contra la Administración Pública.

La inmunidad penal que se concede procede del poder legal del MPF de celebrar acuerdos de colaboración premiada. Simão expone la ventaja del Ministerio Público de coordinar el combate a la corrupción en los ámbitos civil y penal simultáneamente:

Es uno de los preceptos lógicos de la firma de un acuerdo con el MP pues detenta el poder legal para negociar acuerdos de colaboración premiada. Es también una de las principales ventajas de la estrategia de actuación del MPF para coordinar el combate a la corrupción en ámbito civil y penal simultáneamente. La clemencia es mucho más atractiva para los eventuales colaboradores y el *parquet* consigue obtener un mayor número de informaciones, pudiendo utilizarlas en el ámbito de acciones penales y civiles. No hay duda de que es un abordaje bastante productivo para el combate a la corrupción.

Simão y Vianna prosiguen en el estudio, afirmando que identificaron otra técnica utilizada por el MPF que parece ser bastante eficaz para las investigaciones: se fijó un plazo determinado para que otros responsables por las personas jurídicas se presentasen voluntariamente y se adhiriesen los términos del acuerdo.

La medida parece ser bastante útil para la obtención de nuevas informaciones y pruebas. Una vez que la persona jurídica ya tenga asumida su responsabilidad objetiva por la práctica de los actos de sus funcionarios y a ellos sea garantida inmunidad penal, será muy fuerte el incentivo para los involucrados en ilícitos para ofrecerse voluntariamente a colaborar. Crecerá el número de testigos a favor del MP por haber nuevos reos y serán ampliadas las posibilidades de descubrir nuevos delitos.

En referencia a la tercera especie de beneficios concedidos, o sea, el compromiso del MPF de llevar los términos del acuerdo a otros órganos y firmar otros instrumentos que tengan la misma finalidad, significa la búsqueda por la extensión de los efectos del acuerdo para otros ámbitos que no son de la competencia del Ministerio Público. Es decir,

se trata del reconocimiento de que no hay una extensión automática de inmunidad para sanciones previstas en otras leyes. De acuerdo con Simão y Vianna:

Al no incluir a los órganos administrativos legalmente competentes para la celebración del acuerdo de clemencia – en el caso del Poder Ejecutivo federal la CGU – los instrumentos firmados por el MPF provocan inseguridad jurídica, ya que no impiden que los demás entes públicos apliquen las sanciones administrativas de su competencia o incluso ejerciten las acciones de improbidad cuya titularidad también detienen. Se pasa así a un escenario indeseable de inestabilidad, por ausencia de articulación institucional adecuada.

Simão y Vianna identificaron en los Acuerdos de Clemencia analizados, cláusulas claras sobre la pérdida de los beneficios concedidos en caso de prestación de informaciones falsas, ausencia de colaboración o incumplimiento de las obligaciones.

Por último, a partir del examen de los acuerdos, Simão y Vianna plantean que todas las obligaciones impuestas por el MPF a las personas naturales y jurídicas que celebraron acuerdos de clemencia encuentran respaldo en la legislación aplicada por el Cade y lo previsto en la Ley Anticorrupción. También estaban de acuerdo con las recomendaciones internacionales para los programas de clemencia. Además, los acuerdos de clemencia celebrados por el Ministerio Público fueron también sometidos a la 5ª Cámara de Coordinación y Revisión de la Procuraduría-General de la República para homologación. Así que, a partir del estudio de Simão y Vianna se puede percibir que el MPF y el Cade han sido exitosos en encontrar una manera que trabajaren conjuntamente en la celebración de los acuerdos.

### **3. ACUERDOS DE CLEMENCIA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN – LEY N° 12.846/2013: EXPERIENCIA BRASILEIRA**

#### **3.1. Problemas identificados en la aplicación del programa de clemencia previsto en la Ley Anticorrupción**

La Ley n° 12.846/2013 introdujo el acuerdo de clemencia en el derecho administrativo sancionador brasileño como un mecanismo de combate a las prácticas de corrupción cometidas por personas jurídicas. Como ya se ha dicho, la Ley se inspiró en el programa de clemencia desarrollado por el Cade, en el ámbito de la legislación de protección de la competencia, cuya naturaleza jurídica es también administrativa.

En el programa de clemencia de la Ley Antitrust, el Cade es el órgano legalmente competente para negociar este acuerdo. Sin embargo, en la práctica, el pacto de clemencia es celebrado junto con Ministerio Público Federal, que incluso participa en todas las fases. El objetivo de la inclusión del MPF en los acuerdos de clemencia fue otorgar mayor seguridad jurídica.

La experiencia del Cade es considerada exitosa por la doctrina. El Cade ya celebró más de 50 acuerdos de clemencia desde el inicio del programa en 2003. Solamente entre 2013 y 2016, se firmaron 28 pactos. Estos datos revelan la efectividad del programa de clemencia, siendo que la participación del Ministerio Público parece haber contribuido considerablemente para el éxito.

Por otro lado, la experiencia con los Acuerdos de Clemencia en el área de combate a la corrupción parece no que no se desarrolla de la misma manera. Aunque ya se hayan transcurrido más de dos años desde el inicio de la primera negociación del acuerdo, hasta hoy no se ha firmado ningún acuerdo de clemencia.<sup>131</sup>

Por tratar de un tema novedoso en el ordenamiento jurídico brasileño, los acuerdos de clemencia de la Ley Anticorrupción han llamado la atención de los operadores del derecho y de la prensa. Los periódicos tratan del tema reiteradamente, publicando noticias referentes a los problemas prácticos encontrados por la CGU al poner en curso las

---

<sup>131</sup> De acuerdo con los datos obtenidos por medio de la Ley de Acceso a Información (LAI), Solicitud n° 00075.000588/2017-84, de 22 de mayo de 2017.

negociaciones de los acuerdos de clemencia. Además, divulgan algunos sucesos relacionados con los acuerdos que ocurrirán entre la CGU, el TCU y el MPF.

Hemos recompilado las noticias publicadas tanto en la prensa como en internet de los órganos involucrados en los acuerdos de clemencia con el objetivo de identificar y relacionar las dificultades encontradas en la aplicación y negociación de los acuerdos de clemencia.

La mayoría de las dificultades encontradas está relacionada con lagunas e inconsistencias existentes en la Ley Anticorrupción, lo que ha provocado una serie de problemas jurídicos en la implementación del programa de clemencia. Otro problema constatado se refiere a la desconfianza existente con el órgano competente de acuerdo con la Ley para celebrar los acuerdos de clemencia, lo que ha intensificado las dificultades de implementación del programa. Además, las noticias dan cuenta de conflictos de competencias entre los órganos involucrados en la aplicación de los acuerdos. Debido a la multiplicidad de órganos que ejercen actividades relacionadas con el combate de la corrupción en Brasil, a veces, se produce superposición de algunas competencias. Por último, las noticias dieron cuenta de quiebra del secreto exigido por la Ley en las negociaciones del acuerdo de clemencia.

Con relación a las lagunas e inconsistencias de la Ley, algunos de los problemas identificados están vinculados con la interrelación entre los procesos de responsabilidad de las empresas y los acuerdos de clemencia. Uno de ellos se refiere a la ausencia de una disposición que regule la actuación de la Administración que conduce un proceso de responsabilidad contra una empresa, cuando ésta se manifiesta en el sentido de celebrar un acuerdo. Esta ausencia de previsión desencadena otro problema que está relacionado con la prescripción de los ilícitos. El último está relacionado con el cálculo del valor del resarcimiento de los daños por ausencia de directrices legales.

Las noticias revelan una desconfianza relacionada con la opción hecha por el legislador en relación con el órgano competente para celebrar los acuerdos de clemencia, por parte de los operadores del derecho e incluso por parte de los propios órganos involucrados, lo que ha intensificado las dificultades de implementación del programa.

Otro óbice identificado al eficaz desarrollo del programa de clemencia, y que parece ser el que más discusiones y disputa ha generado, está relacionado con los conflictos de atribuciones entre los órganos involucrados en la implementación de los acuerdos. El combate a la corrupción en Brasil se realiza por varios órganos en los tres niveles de gobierno – el federal, el estatal, incluyendo el Distrito Federal, y el municipal. A nivel federal, que es el foco de este estudio, la atribución corresponde al Ministerio Público Federal, a la CGU, actual Ministerio de la Transparencia y Controladoría General de la Unión, al Tribunal de Cuentas de la Unión y a la Abogacía-General de la Unión, cada uno con diferentes competencias. Las atribuciones institucionales de estos cuatro órganos se confunden o se superponen en algunos momentos, lo que acaba generando problemas entre ellos, y esto se refleja en la eficacia de los acuerdos.

Las dificultades que serán tratadas en este estudio que se refieren a los órganos federales, donde la implementación de la Ley Anticorrupción está más desarrollada. En los otros niveles de gobierno poco se ha hecho hasta el momento.

Por último, algunas noticias que publican datos relacionados con una propuesta de acuerdo de clemencia, incluso señalando el valor del resarcimiento de daño, evidencian la revelación de informaciones, lo que está prohibido por la Ley y constituye una garantía importante para la eficacia del acuerdo de clemencia.

Todos los problemas identificados serán presentados y discutidos más detalladamente a lo largo de este tercer capítulo, y se propondrán algunas soluciones posibles.

### **3.1.1. Suspensión de los procesos de responsabilidad y la prescripción de los ilícitos**

Una situación revelada por la prensa brasileña, que parece estar ocasionando un conflicto institucional entre la CGU y el TCU, se refiere a la suspensión de algunos procesos administrativos de responsabilidad de personas jurídicas por parte de la CGU. De acuerdo con lo divulgado, el Tribunal ha criticado a la CGU por suspender irregularmente algunos procesos de responsabilidad de empresas, que estaban en curso. Las suspensiones han sido hechas cuando las empresas se presentaron para negociar un

acuerdo de clemencia.<sup>132</sup>

Acerca el mismo tema, se ha publicado la decisión del TCU de investigar un posible favorecimiento de contratistas involucrados en la operación Lava-Jato por parte de la CGU133. La acusación de favorecimiento se refiere al acto de la CGU de paralizar o de no abrir, sin amparo en la legislación, procesos administrativos de responsabilidad de empresas involucradas en esquemas de corrupción que iniciaron negociaciones para celebrar acuerdos de clemencia.

Con referencia a este asunto, en marzo de 2017, la prensa publicó que el TCU determinó a la CGU que alterase los procesos de negociación de los acuerdos de clemencia para “corregir irregularidades e impedir lo que considera favorecimiento a contratistas investigados en la Operación Lava-Jato”<sup>134</sup> y le prohibió suspender los PARs en proceso, cuando las empresas manifiesten el interés en celebrar acuerdos de clemencia. El Tribunal afirma que esta práctica es contraria la Ley Anticorrupción y contribuye a que los ilícitos cometidos por las empresas prescriban sin la adecuada investigación. Es decir, el TCU se refiere a probables abusos en las negociaciones, que, a su juicio, han sido utilizados como mecanismo para evitar la responsabilidad de las personas jurídicas.

Acerca del tema, el ministro de la CGU se manifestó, en la página web del órgano, admitiendo que procedió a las suspensiones. Sin embargo, defendió la decisión del órgano, argumentando que no tiene sentido jurídico mantener dos procesos referentes a una misma empresa (el PAR y el proceso de acuerdo de clemencia) en curso paralelo, siendo que buscan objetivos antagónicos. El primero tiene como consecuencia jurídica una probable sanción y el último, el acuerdo de clemencia, busca proporcionar una especie de perdón a la empresa:

---

<sup>132</sup> Página web del periódico Estadão. Disponible en: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministerio-da-transparencia-tem-15-comissoes-relacionadas-a-desvios,70001703334>> Acceso en 23/05/17.

<sup>133</sup> Página web del periódico Estadão. Disponible en: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tcu-investiga-se-transparencia-favoreceu-empiteiras-investigadas-na-lava-jato,70001677742>> Acceso en 22/05/17. y <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tcu-manda-governo-mudar-leniencia-com-empiteiras,70001703319>> Acceso en 22/05/17.

<sup>134</sup> Considerando que el acuerdo de clemencia todavía no fue firmado, estas informaciones deberían ser confidenciales, por fuerza de la Ley.

(...) no es razonable que la empresa, al mismo tiempo, en el ámbito de negociación de un acuerdo de clemencia, reconozca el ilícito y colabore con la investigación, y, en ámbito del PAR, preste testimonio en el cual niegue el ilícito y actúe en contradictorio para evitar una sanción.

Además, afirma el Ministro que no hay irregularidades en la suspensión de los procesos de responsabilidad y que este y otros procedimientos han sido recomendados por los órganos colegiados responsables de la investigación. Por último, afirma que pretende tratar el asunto en la vía adecuada, según criterios técnicos, aunque respecta las opiniones contrarias. Es decir, la decisión del Tribunal está siendo analizada jurídicamente por la Abogacía-General de la Unión, que es el órgano responsable de opinar sobre la decisión del Tribunal.<sup>135</sup> En este caso, la inexistencia de una disposición de la Ley Anticorrupción que prevea cuál debe ser la actitud de la autoridad administrativa con relación a los procesos administrativos de responsabilidad cuando la empresa manifiesta su interés en celebrar un acuerdo de clemencia provoca una divergencia entre los dos órganos.

¿Cómo debe actuar la CGU en el caso concreto? ¿Suspender el proceso de responsabilidad e iniciar las negociaciones del acuerdo? O ¿seguir con el PAR y empezar las negociaciones al mismo tiempo? El Tribunal entiende que hay irregularidad en la suspensión de los procesos y en la no apertura. La CGU, al ponerse frente a frente al caso concreto, no lo ve de la misma manera.

Dado el vacío legal, se puede utilizar la analogía para encontrar una solución para el problema concreto. Así, se puede recurrir subsidiariamente al Código de Proceso Civil brasileño, Ley nº 13.105, de 16 de marzo de 2015, que prevé hipótesis de suspensión del proceso, cuando la sentencia de mérito depende del enjuiciamiento de otra causa o depende de la relación jurídica que constituya el objeto principal de otro proceso pendiente.

Artículo 313. Se suspende el proceso:  
V – cuando la sentencia de mérito:

---

<sup>135</sup> Página web de la CGU en internet. Disponible en: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/03/ministerio-da-transparencia-esclarece-procedimentos-do-acordo-de-leniencia>> Acceso en 24/05/17.

a) depender del enjuiciamiento de otra causa o de la declaración de existencia o de inexistencia de relación jurídica que constituya el objeto principal de otro proceso pendiente.

Esta previsión legal se ajusta perfectamente a la situación concreta, pues para la finalización del proceso de responsabilidad es necesario esperar a la conclusión de las negociaciones del acuerdo de clemencia. Al contrario, se produciría una circunstancia contradictoria ya apuntada.

Aunque esta solución parezca apropiada del punto de vista legal, el TCU adopta un entendimiento contrario, sosteniendo que la Controladoría incurre en ilegalidad al suspender los procesos de responsabilidad, pues actúa sin amparo en una disposición legal expresa.

La ausencia de previsión legal expresa en este caso puede producir un efecto doble: por una parte, puede provocar la prescripción de los ilícitos y la consecuente pérdida de la posibilidad sancionadora de la Administración, conforme a lo apuntado por el TCU, en la materia de la prensa, y, por otra, dificulta las relaciones institucionales entre la CGU y el TCU, en la medida en que provoca discusiones jurídicas y aparentes disputas.

Por todo eso, es necesaria una modificación de la Ley Anticorrupción, incluyendo una disposición que prevea la posibilidad de suspensión del proceso de responsabilidad con definición clara de las condiciones y los plazos, lo que conferiría mayor seguridad jurídica a los procesos y acuerdos de clemencia.

Con referencia a la prescripción, el TCU, de acuerdo con lo publicado por la prensa, acusó la Controladoría de que, al paralizar los procesos de responsabilidad, es la responsable de provocar la prescripción de los actos ilícitos previstos en la Ley.

El instituto de la prescripción se define en el Manual de Responsabilidad Administrativa de Persona Jurídica de la CGU, como:

La prescripción es un instituto del Derecho que se encuentra relacionado con el principio de la seguridad jurídica, en el sentido de que el decurso del tiempo y la demora interfieren

en la relación que existe entre la Administración y el administrado, no permitiendo que las situaciones entre uno y otro permanezcan indefinidamente sin solución e inestables.<sup>136</sup>

La Ley Anticorrupción trata la prescripción en dos disposiciones:

Art. 25. Prescriben a los 5 años las infracciones previstas en esta Ley, contados a partir de la fecha de la comisión o, en el caso de infracción permanente o continuada, del día en que hubiera cesado.

Párrafo único. En el ámbito administrativo o judicial, la prescripción será interrumpida con la apertura del proceso que tenga por objeto la investigación de la infracción.

Art. 16. § 9º. La celebración del acuerdo de clemencia interrumpe el plazo de la prescripción de los ilícitos previstos en esta Ley.

Como señala el Manual, el legislador se preocupó por someter expresamente la potestad sancionadora de la Administración a límites temporales definidos, dentro de los cuales, puede ejercer legítimamente sus competencias sancionadoras, en caso de que se verifique alguna irregularidad tipificada en la Ley como acto ilícito. Sin embargo, como la Ley no prevé la posibilidad de suspensión de los procesos de responsabilidad, tampoco protege a la Administración de la producción de la prescripción de los actos ilícitos durante el periodo de paralización del proceso.

Obviamente, la suspensión del proceso de responsabilidad mientras se procede a las negociaciones del acuerdo de clemencia produce un riesgo de prescripción del derecho de la Administración para ejercer la potestad sancionadora por el paso del tiempo. El riesgo aumenta, cuanto más tiempo duren las negociaciones.

Considerando la complejidad intrínseca del tema de la corrupción, las negociaciones de las condiciones de los acuerdos de clemencia tampoco es una tarea fácil, lo que se constata en los propios datos relacionados con los acuerdos. La primera negociación de los acuerdos se inició en marzo de 2015 y, desde entonces, 22 empresas manifestaron su interés en llegar a un acuerdo, de las cuales, 18 firmaron Memorando de Entendimientos para negociar un acuerdo de clemencia. Sin embargo, hasta mayo de 2017, ningún acuerdo ha sido firmado.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> Manual de Responsabilidad Administrativa de Persona Jurídica. Op. cit., p. 43.

<sup>137</sup> Datos obtenidos por medio de la Ley de Acceso a Información (LAI), Solicitud n° 00075.000588/2017-84, de mayo de 2017.

Por otro lado, es discutible la prescripción en este caso específico por la paralización del acuerdo de clemencia. Eso porque este instituto está relacionado con dos situaciones fácticas: el decurso del tiempo y la demora de la Administración en sancionar las conductas ilícitas. Si el órgano colegiado está trabajando en las complejas negociaciones del acuerdo, no se produce una demora en la actuación de la Administración.

Otra razón que contribuye a negar la prescripción se refiere a que la iniciativa para negociar el acuerdo de clemencia es de la propia persona jurídica. Así que, si las negociaciones se prolongan y, debido a eso, se produce la prescripción de los delitos, esta prescripción no puede ser alegada por la empresa, que fue su causante. La base de este entendimiento está en el principio general del *nemo auditur propriam turpitudinem*, o sea, nadie puede beneficiarse de la propia torpeza.

De hecho, los argumentos contrarios a la prescripción en caso de la suspensión de los acuerdos de clemencia son sólidos y favorables a la Administración. Sin embargo, si esto se lleva a un tribunal judicial, serán altos los costos, tanto financieros como de tiempo. Por eso, la solución más oportuna sería que la propia Ley Anticorrupción previera expresamente una hipótesis de suspensión del plazo de prescripción durante el tiempo en que el proceso de responsabilidad esté paralizado por las negociaciones del acuerdo de clemencia. De este modo, se garantizaría mayor seguridad jurídica a los procesos de responsabilidad y a los acuerdos de clemencia. Además, se evitarían divergencias entre los órganos para la integración de las lagunas de la Ley.

Así que se puede, por ejemplo, introducir un párrafo al artículo 16, que prevea que el plazo de la prescripción se suspende con la firma del Memorando de Entendimiento. Sin embargo, sería conveniente definir un plazo límite razonable para la finalización de las negociaciones, evitando, de esta manera, que las empresas puedan beneficiarse de la estrategia de prorrogar indefinidamente las negociaciones para evitar la responsabilidad.

Es menester señalar, por último, que la ausencia de una acción coordinada y alineada entre los órganos de combate a la corrupción en lo que se refiere a los acuerdos de clemencia también contribuye al riesgo de la ocurrencia de prescripción, en la medida

en que se despilfarra tiempo con disputas institucionales.

Además, las consecuencias expuestas no son compatibles con los principios de la eficiencia y economía de la Administración, pues parte de la estructura administrativa es utilizada para administrar el conflicto, provocando una pérdida de tiempo y de recursos del Estado. Por último, provoca desgastes en el propio instrumento del acuerdo de clemencia, cuestionando su eficacia.

### **3.1.2. Cálculo del resarcimiento de los daños**

La Ley Anticorrupción se refiere al resarcimiento del daño en el Art. 16, § 3º, disponiendo que los beneficios concedidos en los acuerdos de clemencia no exoneran a la persona jurídica de la obligación de reparar integralmente el daño causado. Esta es la única disposición al respecto sobre el tema en la Ley. Tampoco el Decreto nº 8.420/2015 llena las lagunas que contiene por la Ley. La prensa da cuenta de las divergencias entre la CGU y el TCU en lo que se refiere al cálculo del resarcimiento del daño<sup>138</sup>.

El Tribunal de Cuentas evaluó las condiciones del acuerdo de clemencia que estaba en curso con la empresa UTC Engenharia S.A. Una de ellas se refería al valor de resarcimiento del perjuicio causado a las arcas del Estado. El Tribunal no estaba de acuerdo con el valor calculado por la CGU debido a la gran diferencia entre los cálculos hechos por sus servidores y el hecho por la CGU.

El TCU estimó que el perjuicio causado por la empresa, en los procesos de Petrobrás, superaba 1,6 mil millones de reales. De acuerdo con el Tribunal, la CGU negociaba con la empresa el pago de cerca de 500 millones, y la empresa había ofrecido apenas 350 millones. La conclusión del Tribunal fue que la negociación en el ámbito de los acuerdos de clemencia permitió un resarcimiento inferior a los valores efectivamente desviados, algo prohibido por la Ley que exige resarcimiento integral del daño.

De acuerdo con la prensa, debido a las divergencias relacionadas con el cálculo

---

<sup>138</sup> Página web del periódico Estadão, de 23 de febrero de 2017. Disponible en <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tcu-investiga-se-transparencia-favoreceu-empresiteiras-investigadas-na-lava-jato,70001677742>> Acceso en 22/05/17.

del resarcimiento de los perjuicios, el TCU decidió que la CGU debería reabrir la investigación contra la persona jurídica UTC, más allá de hacer otros ajustes en la negociación del acuerdo.<sup>139</sup>

En su página en internet, la CGU argumenta que los acuerdos de clemencia buscan permitir la reparación de los daños causados por el ilícito y que en el ámbito de los acuerdos de clemencia esta reparación se dará de manera más rápida y eficaz en comparación con los indicadores de recuperación de valores obtenidos a través de las acciones de improbidad o de las ejecuciones de juzgados del TCU<sup>140</sup> Incluso defiende que los acuerdos de clemencia no tienen la finalidad de conceder la exención integral del daño, de modo que si el Tribunal identificar otros daños relacionados con el acuerdo, podrá condenar a la empresa a resarcir los perjuicios independientemente del acuerdo de clemencia.

Por todo eso, las divergencias técnicas entre los dos órganos de control relacionadas con la forma de cálculo del resarcimiento del daño no sólo agravan los conflictos institucionales, como, en este caso de la empresa UTC, parecen haber retrasado e, incluso, hecho inviable el acuerdo. Además, contribuye al descrédito, por parte de la doctrina y de los operadores del derecho, de la consolidación del acuerdo de clemencia como un instrumento eficaz en el combate a la corrupción. Así que, es imprescindible que haya un acuerdo entre los órganos para establecer los requisitos mínimos a ser utilizados en la fórmula para calcular los daños causados, con el objetivo de resarcimiento, garantizándose de esta manera que no haya divergencias que puedan impedir las negociaciones.

Acerca de los criterios para la recuperación integral de los daños causados a las arcas públicas, es interesante el estudio desarrollado por André Luiz de Almeida Mendonça. El autor recurre a los conceptos de ganancia bruta y ganancia neta utilizados por Isidoro Blanco Cordero en su trabajo, para especificar los contornos de la recuperación integral de los efectos patrimoniales generados por los actos de corrupción.

---

<sup>139</sup> Considerando que el acuerdo de clemencia todavía no fue firmado, estas informaciones deberían ser confidenciales, por fuerza de la Ley.

<sup>140</sup> Página web del Ministerio de la Transparencia-CGU. Disponible en: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/03/ministerio-da-transparencia-esclarece-procedimentos-do-acordo-de-leniencia>> Acceso en 23/05/17.

Señala Blanco Cordero sobre el decomiso de los bienes basado en el concepto de las ganancias brutas:

Conforme al principio de ganancias brutas, son decomisables todos los bienes obtenidos del delito, sin que haya que descontar de ellos el valor de lo invertido en su ejecución. Razones de justicia, dicen sus partidarios, justifican este principio, porque quien comete un delito corre a sabiendas con el riesgo de perder lo invertido en su realización. <sup>141</sup>

De acuerdo con Mendonça, se debe basar los cálculos del daño en criterios de justicia y equidad a partir de tres factores: (i) el valor del producto del ilícito; (ii) el valor del daño o perjuicio material causado por el ilícito, y; (iii) el valor del daño moral o extra patrimonial causado por el mismo ilícito.

Por lo tanto, en definitiva, el montante a ser restituido al Estado en función del acto corrupto o ímprobo debe representar la exacta reconstitución de las consecuencias patrimoniales y extra patrimoniales causadas por el ilícito según parámetros de justicia y equidad. Para tanto, es indispensable que la cuantificación del montante a ser resarcido considere (i) el producto bruto del ilícito, pero, tratándose de ilícito en el negocio y en la medida de la utilidad experimentada por el Estado, admitiéndose al acusado postular el descuento de los costes lícitos, directos, y razonables por él comprobadamente realizados en la ejecución del objeto del contrato; (ii) la reparación de los daños materiales causados sin incidencia de *bis in idem*, y; (iii) la reparación de los daños extra patrimoniales o morales según parámetros de proporcionalidad en función de las características del agente y del acto. Así, se garantiza la justa reparación sin enriquecimiento ilícito de uno u otro lado, bien como sin que el daño y riesgo de la conducta sea soportado por la propia sociedad, ya victimizada por el ilícito. <sup>142</sup>

En conclusión, se sugiere la publicación de una normativa conjunta entre la CGU y el TCU que establezca los criterios para una fórmula de cálculo, se teniendo en cuenta los criterios establecidos por Mendonça.

### **3.1.3. Capacidad técnica, autonomía e independencia de los órganos responsables de celebrar el acuerdo de clemencia**

La prensa ha señalado de los problemas relacionados con la elección, por parte del legislador, del órgano responsable para celebrar los acuerdos de clemencia.

---

<sup>141</sup> BLANCO, Cordero, Isidoro. El comiso de ganancias: ¿brutas o netas? Diario La Ley, ISSN 1989-6913, n° 7569, p.1-9, 2011.

<sup>142</sup>MENDONÇA, André Luiz de Almeida. **Los criterios para la mensuración del valor del enriquecimiento ilícito y perjuicios causados por actos corruptos**. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 04, p. 65-88, out./dez. 2016.

Específicamente se trata de la capacidad técnica y autonomía e independencia para la firma de los acuerdos de clemencia. Tal y como ya se ha dicho, la Ley Anticorrupción atribuyó a la CGU la competencia activa para celebrar los acuerdos de clemencia, al nivel federal. Dos argumentos han sido utilizados por parte de la doctrina para criticar la elección de la CGU: la capacidad técnica del órgano para desarrollar la misión y la autonomía e independencia para firmar los pactos.

De acuerdo con Oliveira, la doctrina ha censurado la elección de la CGU por falta de experiencia con los acuerdos de clemencia.<sup>143</sup> De hecho, el Cade era el único órgano que ya había trabajado directamente con los acuerdos de clemencia antes de la publicación de la Ley Anticorrupción. Sin embargo, la experiencia del Cade se refiere al combate a prácticas de carteles.

Es verdad que cuando la Ley Anticorrupción fue aprobada la CGU carecía de experiencia en materia de los acuerdos de clemencia, si bien la experiencia del órgano en el área de la lucha contra la corrupción ya era considerable. Desde 2003, cuando fue creada legalmente, la CGU ha desarrollado varias actividades relacionadas con la prevención y el combate a la corrupción, incluyendo la aplicación de acciones vinculadas con las convenciones internacionales firmadas y ratificadas por Brasil.

La Controladoría parece ser el órgano más cualificado a nivel federal para desarrollar con eficiencia la función de firmar los acuerdos de clemencia. Primero, porque está formada por cuatro áreas técnicas que producen informaciones importantes y estratégicas relacionadas con el combate a la corrupción, habilitándola estratégicamente para la misión y, segundo, porque la Ley Anticorrupción creó también el proceso administrativo de responsabilidad de personas jurídicas y atribuyó a la CGU la misión de desarrollar esta tarea.

La CGU está formada por cuatro áreas que son:<sup>144</sup> 1) el área que es un foro de escucha de las denuncias relacionadas con el mal uso del dinero público, con actividades

---

<sup>143</sup> OLIVEIRA, André Gustavo Veras de. **O acordo de leniência na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção diante da atual conjuntura da Petrobrás.** Revista de Defesa da Concorrência. Vol. 3. N. 2 – Novembro de 2015. P.16.

<sup>144</sup> Ley 10.683, 28 de mayo de 2003, creó la Controladoría General de la Unión (CGU).

de mediación;<sup>145</sup> 2) el área de auditoría de las cuentas públicas;<sup>146</sup> 3) el área responsable de sancionar funcionarios públicos;<sup>147</sup> 4) el área responsable de desarrollar acciones de prevención a la corrupción.<sup>148</sup>

Estas cuatro funciones ejercidas por un mismo órgano caracterizan la CGU como una agencia anticorrupción. Simão y Vianna exaltan la competencia técnica de la CGU, tanto para responsabilizar administrativamente a las empresas como para firmar los acuerdos de clemencia. En relación a la responsabilidad de las personas jurídicas, el autor advierte de la experiencia del órgano en la materia de sanciones disciplinarias.<sup>149</sup>

La CGU ostenta *expertise* en el tema, pues, a través de su Inspección General de la Unión (CRG), que es el órgano central del Sistema de Corrección del Poder Ejecutivo federal (SisCOR), desde 2003, desarrollando competencias relacionadas con la responsabilidad disciplinaria de servidores públicos que incumplen las normas del Estatuto de los Servidores Públicos del Poder Ejecutivo Federal, la Ley nº 8.112/1990.<sup>150</sup>

También es evidente la *expertise* de la CGU en relación con la prevención y promoción de la transparencia, acceso a la información, conducta ética, integridad y control social en la administración pública y en su relación con el sector privado, adquirida por medio de su Secretaria de Transparencia y Prevención de la Corrupción.

Es menester señalar que la CGU, en el desarrollo de sus funciones de auditoría de los recursos federales, actúa junto con la Policía Federal y con el Ministerio Público en operaciones especiales de combate a la corrupción. Este hecho acerca la CGU a estos órganos, lo que facilita las relaciones institucionales necesarias para la celebración de los acuerdos de clemencia. Así que, sumado a todo eso, hay que destacar el cuerpo técnico formado por servidores de carrera, con estabilidad en el cargo público y técnicamente

---

<sup>145</sup> Oficina del Defensor del Pueblo/Oidor General

<sup>146</sup> Secretaría Federal de Controle Interno (SFC).

<sup>147</sup> Inspección General de la Unión (CRG)

<sup>148</sup> Secretaria de Transparencia y Prevención de la Corrupción (STPC).

<sup>149</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p. 114.

<sup>150</sup> De acuerdo con informaciones obtenidas en la página del Ministerio de la Transparencia y CGU en internet: 6.278 servidores públicos federales por involucramiento en actividades contrarias a la Ley nº 8.112/1990, siendo que 4.160 de ellos fueran punidos por actos ilícitos relacionados con corrupción, o sea, 64% (sesenta y cuatro por ciento). Disponible en <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/relatorios-de-punicoes-expulsivas>> Acceso en 10/05/2017.

calificado, lo que permiten a la CGU desarrollar con calidad la función.

Sin embargo, es razonable la crítica que hacen Simão y Vianna a la Ley Anticorrupción por no haber previsto un cambio en la estructura organizativa de la CGU, para adaptarla a la novedosa competencia de celebrar los acuerdos de clemencia. El legislador se olvidó de los ajustes necesarios en la estructura organizativa del órgano para mejor ajustarlo a nuevas competencias. Los autores comparan la estructura de la CGU al modelo del Cade, cuyas autoridades que participan de la celebración del acuerdo de clemencia cumplen mandatos por plazo determinado y ostentan competencias internas bien definidas. Ello confiere mayor independencia en las decisiones tomadas por el Cade y parece ser determinante del éxito de los acuerdos de clemencia.<sup>151</sup> Al contrario, la CGU está dirigida por el Ministro de Estado de la Transparencia y Controladoría-General de la Unión, cuyo cargo es de auxilio directo del presidente de la República y de su libre designación política, sin exigencia de criterios técnicos.

Acerca de ello, la doctrina se manifiesta sobre el riesgo de politización de la Ley Anticorrupción, debido a falta de autonomía institucional de los órganos y entidades que ostentan la competencia legal para la celebración de los acuerdos de clemencia. Fabio Medina Osório, jurista brasileiro, exterioriza su temor de la siguiente manera:

Como se puede notar, se otorgan inmensos poderes a las autoridades administrativas, las cuales, sin embargo, no gozan de autonomías institucionales, no tienen independencia funcional ni garantías constitucionales que les aseguren inmunidades contra interferencias políticas. ¿Hay riesgos de politización de las instancias administrativas en el manejo de esta Ley? Creemos que sí, especialmente ante la profusión de conceptos jurídicos indeterminados en la estructuración de los tipos sancionadores.<sup>152</sup>

La publicación del Decreto n° 8.420/2015, que reglamentó la Ley, ha sido recibida con muchas críticas, generando desconfianza entre los operadores del derecho e incluso entre los órganos de combate a la corrupción. La sospecha era que el Gobierno pretendía salvar las empresas investigadas de prácticas de corrupción en el ámbito de la Operación Lava-Jato por medio de los acuerdos de clemencia.

---

<sup>151</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p.115.

<sup>152</sup> Página web de la Revista Carta Capital. Disponible en <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-serapiao/ha-risco-de-politizacao-na-nova-lei-anticorrupcao-diz-advogado-1781.html>> Acceso en 10/04/2017.

Un reportaje publicado por la Revista Veja, el 21 de marzo de 2015, trae una de estas noticias.

### **CGU prepara un rodillo compresor para firmar acuerdos de clemencia**

La reglamentación de la Ley Anticorrupción concede plenos poderes a la CGU para realizar los acuerdos, dejando de lado el Ministerio Público Federal y el Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU); el gobierno se articula para que los acuerdos sean firmados a marchas forzadas... Fuentes próximas a las negociaciones afirmaron al sitio de Veja que el ímpetu de la Controladoría es desbloquear la clemencia rápidamente para evitar la quiebra de las empresas.<sup>153</sup>

Simão y Vianna tienen razón cuando critican a los legisladores por no incluir en la Ley Anticorrupción una disposición que garantice la imparcialidad de la autoridad juzgadora del proceso administrativo de responsabilidad en los casos de acuerdo de clemencia. De acuerdo con él, en los modelos de clemencia del Cade e, incluso, en la colaboración premiada penal, existe la preocupación por distanciar a las autoridades juzgadoras de las negociaciones con los candidatos a la colaboración. En el caso de la CGU, el Ministro de Estado es la misma autoridad que juzga los procesos de responsabilidad y que firma los acuerdos de clemencia, aunque no sea el que conduce las negociaciones del pacto.<sup>154</sup>

Para garantizar la independencia de quien juzga y conduce los acuerdos de clemencia, sería indicado, inspirándose en el modelo de régimen de ingreso de los dirigentes del Cade, un cambio en las reglas legales, incluyendo en la Ley una disposición relacionada con el régimen de ingreso y salida del dirigente máximo de la CGU.

Sin embargo, antes de proponerse un cambio en el régimen de ingreso al cargo de jefe de la CGU, hay que mencionar las reformas legales que se produjeron, en los últimos dos años, en la estructura organizativa de la CGU. El órgano fue creado por la Ley n° 10.683/2013 dotado con la competencia de asesorar directamente al presidente de la República. Su jefe no era un ministro, sino que tenía un *status* de ministro de Estado, que es importante para darle la potestad jerárquica necesaria para desarrollar varias de las

---

<sup>153</sup> Página web de la Revista Veja. Disponible en <<http://veja.abril.com.br/economia/cgu-prepara-rollo-compresor-para-firmar-acordos-de-leniencia/>> Acceso en 10/04/17.

<sup>154</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p.114.

atribuciones de la CGU, como, por ejemplo, el enjuiciamiento de procesos administrativos disciplinarios que involucra altas autoridades de Poder Ejecutivo federal.

Art. 1º La Presidencia de la República está formada, esencialmente, por la Casa Civil, Secretaría General, Secretaría de Relaciones Institucionales, Secretaría de Comunicación Social, Gabinete Personal, Gabinete de Seguridad Institucional, Secretaría de Asuntos Estratégicos, **Controladoría General de la Unión**, Secretaria de Políticas para las Mujeres, Secretaria de Derechos Humanos, Secretaría de Políticas de la Promoción de la Igualdad Racial y Secretaría de los Puertos.

Art. 17. A la **Controladoría General de la Unión** **compite asistir directa e inmediatamente al presidente de la República** en el desarrollo de sus atribuciones en relación a los asuntos y providencias que, en el ámbito del Poder Ejecutivo, se refieran a la defensa del patrimonio público, control interno, auditoría pública, corrección, prevención y combate a la corrupción, actividades de escucha de las denuncias e incremento de la transparencia de la gestión en el ámbito de la administración pública federal.

§ 1º La Controladoría General de la Unión tiene como titular el **Ministro de Estado Jefe de la Controladoría General de la Unión**, y su estructura básica está formada por: Gabinete, Asesoría Jurídica, Consejo de Transparencia Pública y Combate a la Corrupción, Comisión de Coordinación del Control Interno, Secretaría Ejecutiva, Inspección General de la Unión (CRG), Oficina del Defensor del Pueblo/Oidor General, y dos Secretarías, siendo una la Secretaria Federal de Control Interno.

En 2015, después del *impeachment* de la presidente de la República, se dictó la Medida Provisoria nº 726, de 12 de mayo de 2016, que cambió la estructura de la Presidencia de la República y de los ministerios por medio de una reforma de la Ley nº 10.683/2003. Esta norma extinguió la Controladoría General de la Unión y el cargo de Ministro de Estado Jefe de la CGU, y, en su lugar, creó el Ministerio de la Transparencia, Fiscalización y Control. Es decir, con la reforma, la CGU es transformada en un ministerio y su jefe en ministro. Sin embargo, es importante señalar que se mantuvo todas las atribuciones del órgano.

Otro cambio en el nombre del ministerio es hecho con la dicción del Decreto (Medida Provisoria) nº 726/ 2016, que, a continuación, es transformada en la Ley nº 13.341 de 29 de septiembre de 2016: Ministerio de la Transparencia, Fiscalización y Controladoría General de la Unión.

Por último, con la dicción del Decreto (Medida Provisoria) nº 782, de 31 de mayo

de 2017, una vez más se cambió el nombre del órgano para Ministerio de Transparencia y Controladoría General de la Unión. Esta norma está en vigencia (por el plazo de 60 días, prorrogable por otros 60) y necesita ser votada por el Congreso Nacional para mantener sus efectos jurídicos.

Por lo tanto, la CGU actualmente es un ministerio y su jefe es un ministro, cuyo cargo es de libre nombramiento del presidente de la República. Es recomendable que la forma de proveimiento del cargo sea cambiada para posibilitar la autonomía e independencia necesaria al jefe de la Controladoría para celebrar los acuerdos de clemencia. Así que se recomienda:

- 1) que se haga un cambio en la legislación actual, de manera que la CGU recupere la estructura organizativa dada por la Ley n° 10.683/2003, como un órgano de asesoría directamente ligado al presidente de la República;
- 2) que se incluya una disposición, estableciendo las condiciones y requisitos para proveimiento del cargo de jefe de la Controladoría: a) que sea nombrado entre brasileños que satisfagan los requisitos de idoneidad moral; reputación inmaculada; y que no tenga ninguna vinculación partidaria; b) que el mandato del cargo de jefe de la CGU tenga el plazo fijo de dos años, con posibilidad de una reconducción; c) que el nombramiento para el cargo sea efectuado por el presidente de la República, después de la aprobación por el Senado Federal.
- 3) que se establezca como requisito para el proveimiento del cargo de Secretario Ejecutivo de la CGU que sea ocupado por servidor público de la carrera de Finanzas y Control, con tenga cumplido un tiempo mínimo de dos años en la Carrera de Finanzas y Control.

#### **3.1.4. Aparentes conflictos institucionales entre los órganos de combate a la corrupción**

Otro obstáculo identificado en el desarrollo del programa de clemencia está relacionado con los conflictos de atribuciones entre los órganos involucrados en la implementación de los acuerdos. Como ya se ha dicho, el combate a la corrupción en Brasil se realiza por varios órganos en los tres niveles de gobierno (el federal, el estatal, incluyendo el Distrito Federal y el municipal), cada uno con diferentes atribuciones

institucionales, pero que se relacionan entre sí y, a veces, se confunden o se superponen, lo que acaba generando problemas entre ellos y reflejando en la eficacia de los acuerdos de clemencia.<sup>155</sup> Aparentemente, el conflicto es provocado por la superposición de las competencias institucionales de los órganos y imprecisión y lagunas contenidas en algunas de las disposiciones de la Ley Anticorrupción.

#### **3.1.4.1. Aparente conflicto institucional entre la CGU y el TCU**

La prensa revela reiteradas veces lo que parece ser un conflicto institucional entre la CGU y el TCU. Uno de los motivos tiene que ver con el momento en que el Tribunal debe actuar en relación a los acuerdos de clemencia celebrados por la CGU.

La Ley Anticorrupción no contiene ninguna disposición expresa sobre la actuación del Tribunal de Cuentas en los acuerdos de clemencia. Así que, las competencias del TCU siguen siendo las mismas ya dispuestas en la legislación anterior, que son: el Artículo 70 de la Constitución Federal y la ley orgánica del órgano, Ley n° 8.443, de 16 de julio de 1992. De modo general, las competencias del Tribunal se relacionan con la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial de la Unión.

Aunque la Ley Anticorrupción no prevea expresamente la competencia del Tribunal en los acuerdos, el Artículo 16, § 3° dispone que el acuerdo de clemencia no exime a la persona jurídica de la obligación de reparar integralmente el daño causado. Así que, es evidente que los acuerdos de clemencia celebrados por la CGU están sujetos al control de legalidad, legitimidad y economía del Tribunal.

A pesar de la ausencia de disposición en la Ley Anticorrupción sobre su papel en la celebración de los acuerdos de clemencia, el Tribunal de Cuentas dictó la Instrucción Normativa IN – TCU n° 74, de 11 de febrero de 2015. Esta norma dispuso la organización del proceso de celebración del acuerdo de clemencia, exigiendo que la autoridad

---

<sup>155</sup> Los datos e informaciones utilizados para discurrir sobre aparentes conflictos entre los órganos fueran retirados tanto de noticias relatadas por la prensa, como de las páginas web de los órganos públicos y de documentos publicados en el Diario Oficial de la Unión.

responsable para la celebración de los acuerdos encamine al Tribunal los documentos referentes al pacto hasta 5 días después de la recepción de la manifestación de la persona jurídica interesada en firmar el acuerdo.

La norma refleja el entendimiento del TCU de que ostenta competencia para participar en todas las fases de los acuerdos de clemencia. O sea, entiende que debe participar incluso de forma concomitante en las negociaciones desarrolladas por la CGU y no solo *a posteriori*, evaluando las condiciones de acuerdos, después de firmados por la autoridad competente.

El aparente conflicto de atribuciones entre la CGU y el TCU parece tener su inicio en febrero de 2016, cuando el Tribunal, de conformidad con la IN N° 74/2015, instó a la CGU que le entregara documentos e informaciones, como las actas de reuniones, requerimientos, pareceres, decisiones y memorias de cálculos de deuda relacionados con el acuerdo de clemencia en negociación con la persona jurídica Engevix, que estaba involucrada en el esquema de corrupción de la Petrobrás. En el documento, el Tribunal, incluso, alerta de que el incumplimiento de su determinación implicaría en aplicación de una multa al responsable y suspensión temporal del cargo<sup>156</sup>.

A juicio de la CGU, la evaluación de los acuerdos por el Tribunal debería darse *a posteriori* y presentó en el Supremo Tribunal Federal (STF) una acción judicial (mandado de seguridad n° 34.031-DF) contra la determinación del TCU, que ha sido concedida. La decisión del STF concedió a la CGU el derecho de enviar al Tribunal las informaciones relacionadas con los acuerdos de clemencia solamente después de celebrados los acuerdos, o sea, *a posteriori*. La CGU publicó en su página en internet una justificativa, que informa que la medida adoptada fue necesaria para resguardar su competencia institucional y los trámites procesales dispuestos en la Ley Anticorrupción<sup>157</sup>.

Es menester señalar que la decisión del STF se basó jurídicamente en el Artículo

---

<sup>156</sup> Estas informaciones fueron obtenidas en noticias divulgadas por la prensa, en las páginas de la CGU y del TCU en internet y en documentos colgados en internet. Globo en internet. Disponible en <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/02/tcu-manda-cgu-encaminhar-documentos-de-acordo-de-leniencia.html>> Acceso en 05/05/17.

<sup>157</sup> Página web de la CGU. Disponible en <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/02/informacoes-sobre-acordos-de-leniencia-devem-ser-enviadas-ao-tcu-somente-apos-conclusao-diz-stf>> Acceso en 05/05/17.

16, §14<sup>158</sup> que fue añadido a la Ley Anticorrupción por la Medida Provisoria n° 703/2015, que ya perdió la eficacia. Esta disposición pretendía aclarar el en la Ley Anticorrupción el papel del TCU en los acuerdos. Sin embargo, dado que la norma perdió la eficacia, esta disposición ya no existe más en el mundo jurídico, de manera que permanece el vacío legal.

Por una parte, la prensa se manifiesta poniendo el acento en lo que llama de “disputa latente entre los órganos de control interno y externo en lo que se relaciona a la competencia para celebrar los acuerdos de clemencia:

El debate acerca de las posibilidades y límites de la actividad de control del TCU, en el ámbito de la Ley Anticorrupción, tiende a perdurar. En el centro del desentendimiento está el acto normativo del Tribunal, que, al conferir interpretación peculiar a sus propias competencias, muestra la disputa latente entre los órganos de control interno y externo por la competencia en la aplicación del diploma, que innegablemente tiene polarizado discusiones contemporáneas involucrando el derecho administrativo sancionador.<sup>159</sup>

Por otra parte, sobre esta divergencia, parte de la doctrina se manifestó en contra del entendimiento del Tribunal de Cuentas, alegando que la IN – TCU n° 74 extrapoló sus poderes reguladores, innovando en el orden jurídico.

Es importante notar que la IN – TCU n° 74 no se limitó a establecer un sencillo procedimiento de acompañamiento de la elaboración de los acuerdos de clemencia (...). Al contrario, fijó a la autoridad responsable por su celebración (CGU) el deber de encaminar al TCU la documentación relativa a cada una de las etapas en plazos específicos. (...) No le compete, con todo, fiscalizar (y mucho menos aprobar o rechazar) minutas de acuerdos que siquiera fueran publicadas, bajo pena de inmiscuirse en el campo propio del Ejecutivo (practicar actos, celebrar contratos y formular acuerdos). (...) **Todo indica, así, que el Tribunal se tenga valido de la zona de penumbra creada por la legislación para “interpretarla” de modo a alargar su campo de actuación y de ampliar su esfera de influencia.**<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> BRASIL. MP n° 703/2015. Que reformó la Ley Anticorrupción. Artículo 16, §14. El acuerdo de clemencia después de firmado será enviado al respectivo Tribunal de Cuentas, que podrá, en los términos del inciso II del art. 71 de la Constitución Federal, instaurar procedimiento administrativo contra la persona jurídica celebrante, para apurar perjuicio a las arcas del Estado, si entender que el valor constante del acuerdo no atiene a lo dispuesto en el §3°.

<sup>159</sup> Página web del Derecho del Estado. Disponible en <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Andre-Rosilho/poder-regulamentar-do-tcu-e-o-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorruptao>> Acceso en 05/05/2017.

<sup>160</sup> Derecho del Estado. Disponible en <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Andre-Rosilho/poder-regulamentar-do-tcu-e-o-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorruptao>> Acceso en 05/05/2017.

Opinan que el aparente conflicto de atribuciones entre los dos órganos no es eficiente, postulando que es necesario que los órganos se entiendan para permitir que los acuerdos de clemencia lleguen a buenos términos. Incluso, dicen creer es posible una actuación armónica entre los órganos de control. Ribeiro se pone de acuerdo con este posicionamiento, siempre que no haya invasión de un órgano en las competencias del otro.

El postulado de la seguridad jurídica recomienda la actuación concatenada de todos los relevantes órganos. Lo que no se admite, por afrontar a este mismo valor constitucional, es la interferencia unilateral de un órgano público en el proceso administrativo ajeno a sus competencias legales y constitucionales.<sup>161</sup>

Simão y Vianna también opinan sobre el desentendimiento institucional, defendiendo que la convergencia de entendimientos es fundamental para la celebración de los acuerdos de clemencia. Es decir, es urgente que los dos órganos se entiendan para que no sea el fin, en la práctica, de los acuerdos de clemencia. Esta es la opinión del autor:

La judicialización del debate entre CGU y TCU evidenció el fracaso de las dos instituciones en encontrar un diálogo que permitiese una actuación articulada, que diese mayor seguridad a la celebración de los acuerdos de clemencia. Se percibe que hubo un gran esfuerzo de ambos los órganos en defender sus competencias, sin darse cuenta que la convergencia de entendimientos entre los dos entes públicos es condición necesaria para que la celebración del acuerdo de clemencia – en caso de fraude en licitación – alcance un grado de razonabilidad de seguridad, considerando el actual ordenamiento jurídico. Tanto CGU como TCU tienen poder de sancionar a las personas jurídicas en el caso específico de fraude en licitación, luego el acuerdo firmado por la primera sin el respaldo de la otra llevaría a natural falta de interés por parte de las empresas.<sup>162</sup>

Lo que es un consenso doctrinal es la necesidad que exista armonía institucional entre los dos órganos de control. Sin embargo, en la práctica, las divergencias técnicas prosiguen y parecen estar tornando inviables los acuerdos.

De acuerdo con lo divulgado en la página de la CGU en internet, el órgano permitió la participación del TCU en todas las fases del acuerdo, inclusive por vía *on line*.

Aunque el legislador atribuyó la competencia para la realización de los acuerdos de clemencia solamente a la CGU, esta ha actuado junto y de forma coordinada con otras instituciones. En este sentido, en primer lugar, la CGU viabilizó el acceso integral del

---

<sup>161</sup> RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Op. cit. p. 250/251.

<sup>162</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p. 188/189.

proceso de negociación a los equipos de auditoría del TCU. Así, para cada caso de negociación, el equipo técnico del TCU, acreditado y comprometido con el secreto, tiene acceso *on line* a todos los documentos relacionados con la negociación, lo que permite un acompañamiento continuado de cada etapa del proceso.<sup>163</sup>

Parece que la solución encontrada para minimizar los problemas institucionales aún no es suficiente para poner fin al aparente conflicto institucional, vigorando una falta de coordinación entre los órganos. Sin embargo, es urgente que se llegue a un acuerdo institucional.

### **3.1.4.2. Aparente conflicto institucional entre la CGU y el MPF**

El programa de clemencia instituido por la Ley Anticorrupción provoca también aparentes conflictos institucionales entre la CGU y el MPF. La primera manifestación ocurrió en el inicio de 2015, cuando la CGU empezó las negociaciones con las mismas empresas involucradas en ámbito de la Operación Lava-Jato que estaban negociando con el MPF en ámbito penal.

Tal y como ya se ha dicho en el Capítulo 2, el MPF actualmente negocia los acuerdos de clemencia en ámbito penal con las personas jurídicas involucradas en la Operación Lava-Jato, cuyos efectos se producen en los ámbitos penal y civil, no alcanzando al ámbito administrativo.

El enfrentamiento se ha hecho público cuando algunos fiscales del MPF se dirigieran al TCU, debido a sospecha pudiesen ocurrir interferencias en la Operación Lava-Jato, solicitando que el Tribunal impidiese a la CGU la firma de acuerdos de clemencia con empresas involucradas en la Operación Lava-Jato.<sup>164</sup>

El Tribunal analizó la representación en ámbito de medida cautelar del Ministerio Público en los autos TC 003.166/2015-5. La solicitud era que se ordenara a la CGU que no celebrase acuerdos de clemencia con las empresas involucradas en la Operación Lava-

---

<sup>163</sup> Página web de la CGU. Disponible en: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/03/ministerio-da-transparencia-esclarece-procedimentos-do-acordo-de-leniencia>> Acceso en 26/05/17.

<sup>164</sup> Página web del periódico O Globo. Disponible en: <<https://oglobo.globo.com/brasil/mp-quer-evitar-que-cgu-firme-acordo-de-leniencia-com-empresas-15439896>> Acceso en 20/05/17.

Jato que todavía no habrían celebrado acuerdos de clemencia con el MPF.<sup>165</sup>La justificación presentada por el MPF era en el sentido de evitar posibles interferencias indeseadas en el proceso de investigación conducido en el ámbito de la Operación Lava-Jato. La base jurídica de la solicitud era que, como la CGU no tiene un conocimiento investigador más amplio, no podría evaluar el carácter novedoso de las informaciones de la empresa. Consta aún que había una indebida repercusión administrativa en la instancia penal, que provocaba inseguridad jurídica en el proceso y perjuicios reales a la persecución criminal.

La CGU se defendió en el proceso, afirmando que como la independencia de los ámbitos de responsabilidad rige el derecho brasileño, las decisiones tomadas en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales no afectan a las atribuciones del MPF ni de la Policía Federal. Tampoco genera efectos penales, como se afirma, porque la Ley nº 12.846/2013 solo produce repercusiones civiles y penales, no adentrando en el ámbito penal, que es de competencia del MPF.

El Tribunal de Cuentas decidió no conceder la medida cautelar por no identificar el *periculum in mora*, permitiendo que la CGU siguiese con las negociaciones de los acuerdos. Sin embargo, determinó la apertura de un proceso distinto para evaluar el nivel de interferencia y/o perjuicios que cada acuerdo de clemencia ya celebrado o a ser celebrado por la CGU impone sobre los acuerdos de delación premiada celebrados por el Ministerio Público Federal en el ámbito de la Operación Lava-Jato.

Aunque el Tribunal firmó el entendimiento de que la celebración de acuerdos de clemencia en el ámbito administrativo no produce un eventual perjuicio de las investigaciones en otros ámbitos de actuación, su decisión no puso fin a las divergencias entre los dos órganos.

Otra manifestación del conflicto institucional se produjo en relación al primer acuerdo de clemencia celebrado, que fue firmado entre la CGU junto con el Ministerio Público Federal y la AGU y la empresa SBM Offshore, en julio de 2016. Después de celebrado el acuerdo, la CGU lo envió al TCU y al MPF para su homologación. El MPF

---

<sup>165</sup> Página web del Tribunal de Cuentas de la Unión. Disponible en: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo/316620155.PROC%20>> Acceso en 22/05/17.

lo envió la 5ª Cámara de Combate a la Corrupción del MPF para análisis de la integral vigencia del acuerdo, que es el órgano colegiado responsable de homologar todos los acuerdos firmados por el MPF.

En septiembre de 2016, la 5ª Cámara no homologó el acuerdo de clemencia, aunque un fiscal del propio MPF y la AGU hayan participado en las negociaciones. La justificación presentada por la Cámara se refiere a las fallas que imposibilitaron la homologación. Así que, el órgano colegiado devolvió el proceso de negociación al MPF responsable para la corrección de las fallas o la continuación de la investigación.<sup>166</sup>

Los problemas encontrados se relacionan con: la ausencia de informaciones y elementos que contribuyan a la investigación de los actos de improbidad administrativa por el MPF; la falta de razonabilidad y proporcionalidad entre las renunciaciones hechas por la Administración y las ventajas concedidas a la empresa; la exención integral de los daños causados sin que se haya calculado el importe debido.

La CGU se manifiesta, diciendo que reconoce la competencia del MPF en revisar las cláusulas del acuerdo de clemencia en el ámbito de sus competencias legales. Sin embargo, señala que: el procedimiento de las negociaciones observó integralmente los requisitos de la Ley Anticorrupción; no fue concedida la exención integral de eventual daño pues el acuerdo se restringió a los hechos y pruebas reconocidos y documentados en el proceso de investigación; que hay cláusula contractual que dispone habrá nueva investigación y eventual sanción y cobranza de los daños causados, si nuevos hechos fueren descubiertos.<sup>167</sup>

La Controladoría informa que la empresa SBM Offshore ya entregó 1 terabyte de informaciones que, incluso, identifica otras personas involucradas en los ilícitos. Sin embargo, estas informaciones solo pueden ser utilizadas si el acuerdo fuera celebrado, conforme a las disposiciones de la Ley Anticorrupción. Además, colgó en su página web una aclaración general sobre los acuerdos de clemencia y sobre la no homologación del primer acuerdo. Resaltó que la participación del MPF junto con la CGU en los acuerdos

---

<sup>166</sup> Página web del MPF. Disponible en: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-nao-homologa-acordo-de-leniencia-com-a-sbm-offshore>> Acceso en 27/05/17.

<sup>167</sup> Página web de la CGU. Disponible en: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/09/nota-a-imprensa-acordo-de-leniencia-com-a-sbm-offshore>> Acceso en 26/05/17.

de clemencia es un desafío debido a la estructura organizativa del órgano. La mayor autonomía funcional que ostenta cada fiscal; la existencia de diferentes niveles de actuación del MPF; y la exigencia del aval de la 5ª Cámara de Revisión para la homologación de los acuerdos torna la cuestión bastante compleja.<sup>168</sup>

Simão y Vianna defienden que la participación del Ministerio Público en los acuerdos es indispensable por tres razones:

1) la primera es que el Ministerio Público, debido a su función institucional establecida en el art. 129, III, de la Constitución Federal, tiene competencia concurrente para proponer las acciones judiciales de la Ley de Improbidad Administrativa y de la Ley Anticorrupción. Así que, si el MPF no participa en la celebración del acuerdo de clemencia, la persona jurídica se quedará expuesta a tales procesos y respectivas sanciones, lo que genera inseguridad para la empresa que colabora;

2) la segunda se relaciona con la competencia constitucional del Ministerio Público para actuar como fiscal de la ley, o sea, cuando actúa en el proceso como *custos legis*<sup>169</sup>, competencia diferente de la que actúa como parte en el proceso. Aunque esta regla sea una previsión aplicable en las demandas judiciales de naturaleza civil y penal, también puede ser aplicada al ámbito administrativo. Incluso, algunas leyes traen esta previsión, como es el caso de la Ley de Improbidad Administrativa en el art. 15, párrafo único y de la Ley Antitrust, que determinan la designación de un fiscal del MPF para actuar junto al Cade en los acuerdos de clemencia. Además, esta función permitiría al Ministerio Público eventualmente cuestionar judicialmente los acuerdos de clemencia celebrados sin su participación;

3) debido a la relación de la Ley Anticorrupción con las normas penales, las situaciones relatadas en el ámbito de los acuerdos de clemencia terminarán en las investigaciones policiales y, posteriormente, en las manos del Ministerio Público. Por eso, hay el riesgo de que las informaciones negociadas en ámbito de los acuerdos sean objeto de investigaciones en ámbito penal. Por eso, una acción sin sincronización entre las instituciones intervinientes puede perjudicar las investigaciones.<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> Página web de la CGU. Disponible en: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/03/ministerio-da-transparencia-esclarece-procedimentos-do-acordo-de-leniencia>> Acceso en 26/05/17.

<sup>169</sup> BRASIL. **Constitución** (1988). Artículo. 127. El Ministerio Público es institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado, otorgándole la defensa de la orden jurídica, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles.

<sup>170</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p. 172/176.

La Controladoría aborda la cuestión del conflicto institucional con el MPF, resaltando que se encuentra disponible para encontrar soluciones para minimizar los desentendimientos entre los órganos:

### **Los compañeros constitucionales**

Hay que resaltar que la CGU se encuentra a disposición del MPF y del TCU para formalizar mecanismos para el mismo fin, incluso para permitir la participación de sus integrantes en los equipos de negociación.<sup>171</sup>

Simão y Vianna con respecto al tema, afirman que lo que más dificultó la consecución del Acuerdo de Clemencia fue la incapacidad de los órganos públicos de articular de forma adecuada y encontrar una solución viable a su implementación.<sup>172</sup>

De todo eso, se puede extraer que varios factores están cooperando en el fracaso del uso del acuerdo de clemencia como instrumento de la lucha contra la corrupción. Por un lado, como la Constitución Federal distribuyó la misión del combate a la corrupción entre los órganos MPF, TCU, AGU y CGU, cada cual, con tareas específicas, se impone una permanente cooperación entre ellos a fin de alcanzar resultados más efectivos en la represión de los ilícitos. Hay que destacar que no es una tarea fácil porque, a veces, en la práctica no hay una delimitación clara entre las competencias de cada órgano, pudiendo ocurrir superposición de competencias, lo que genera los conflictos institucionales, que han sido identificados.

Por otro lado, los problemas derivados de las lagunas e imprecisiones de la Ley Anticorrupción que ya se han mencionado provocan malentendidos y contribuyen también a los aparentes conflictos de competencias. Así que, son necesarios cambios en la Ley para establecer con más especificidad el papel de cada órgano en los acuerdos de clemencia, ya que, hasta el momento, las instituciones por sí mismas no han tenido éxito en la construcción de una solución conjunta.

---

<sup>171</sup> Página web de la CGU. Disponible en: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/03/ministerio-da-transparencia-esclarece-procedimentos-do-acordo-de-leniencia>> Acceso en 26/05/17.

<sup>172</sup> SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit., p. 238/242.

### 3.1.5. La quiebra del secreto en las negociaciones de los acuerdos de clemencia

Otro problema identificado en refiere a la quiebra del secreto del contenido de las negociaciones del acuerdo de clemencia, es decir, la revelación de informaciones relacionadas con la propuesta de clemencia. La Ley Anticorrupción exige que se mantenga el secreto sobre la propuesta negociada hasta que se celebre el acuerdo de clemencia. El objetivo es doble: por un lado, constituye en una garantía para la empresa de que no será expuesta públicamente, lo que podría incluso causar perjuicios económicos y, por otro, contribuye al éxito del acuerdo, pues evita influencias externas.<sup>173</sup>

El reportaje publicado el 23 de febrero de 2017 en internet, revela que el Tribunal de Cuentas de la Unión decidió investigar el posible favorecimiento de contratistas involucradas en la Operación Lava-Jato en el Ministerio de la Transparencia y Controladoría General de la Unión. La noticia informa que el Tribunal, al auditar el acuerdo de clemencia negociado entre la contratista UTC Engenharia S.A. y la CGU, discordó del valor pactado del resarcimiento del daño, incluso dando detalles acerca de los valores.<sup>174</sup>

Parece obvio que se trata de una revelación de informaciones respecto las negociaciones, ya que los datos divulgados y el nombre de la empresa deberían ser secretos. Este es, sin duda, un serio problema que puede comprometer no sólo las negociaciones del acuerdo específico objeto de la noticia, sino que también podrá afectar a los futuros acuerdos de clemencia, en la medida en que las empresas dejarán de confiar en el instrumento de clemencia.

La obligación del funcionario público mantener el secreto de informaciones a las que tenga acceso por razón del cargo, se contiene en el ordenamiento jurídico de Brasil, que exige que, más allá de no divulgarlas, debe también protegerlas de la divulgación. El incumplimiento del deber funcional de secreto es tratado en los ámbitos administrativo, civil y penal, y puede ser castigado en los tres ámbitos de manera cumulativa, debido a la

---

<sup>173</sup> BRASIL. Ley n° 12.846/2013. Artículo 16, §6°. La propuesta del acuerdo de clemencia solamente se tornará pública después de la efectuación del respectivo acuerdo, excepto en el interés de las investigaciones y del proceso administrativo.

<sup>174</sup> Página web del periódico Estadão, de 23 de febrero de 2017. Disponible en <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tcu-investiga-se-transparencia-favoreceu-empiteiras-investigadas-na-lava-jato,70001677742>> Acceso en 22/05/17.

independencia de los ámbitos de responsabilidad.

En el ámbito administrativo, el Estatuto Jurídico de los Servidores Públicos Civiles de la Unión dispone el secreto como un deber al cual debe someterse el funcionario público.<sup>175</sup> En caso de ocurrir la revelación, el servidor está sujeto a la sanción de despido del cargo público.<sup>176</sup>

El Código Penal brasileño establece como delito la revelación de un hecho que el funcionario conoce en razón del cargo y que debería permanecer secreto. La pena aplicable es la detención de 6 meses a 2 años, o multa.<sup>177</sup>

En el ámbito civil, la Ley de Improbidad Administrativa dispone los actos de improbidad administrativa que atentan contra los principios de la Administración Pública. El acto de revelar un hecho o circunstancia que conoce en razón de las atribuciones del cargo público y que deba permanecer en secreto somete a la persona a: 1) el resarcimiento integral del daño, si fuera el caso; 2) la pérdida de la función pública; 3) la suspensión de los derechos políticos de 3 a 5 años; 4) la multa civil; y 5) la prohibición de contratar con el Poder Público o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, independientemente de las sanciones penales, civiles y administrativas.<sup>178</sup>

Es necesario, pues, que esta y otras eventuales revelaciones de información en el

---

<sup>175</sup> BRASIL. Ley nº 8.112, de 11 de diciembre de 1990. Artículo 116. Son deberes del servidor: VIII – guardar secreto sobre los asuntos de la repartición.

<sup>176</sup> BRASIL. Ley nº 8.112, de 11 de diciembre de 1990. Artículo 132. El despido será aplicado en los siguientes casos:

IX - revelación del secreto del cual se apropió en razón del cargo;

<sup>177</sup> BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Ley nº 2.848, de 7 de diciembre de 1940. Art. 325. Revelar hecho que tiene ciencia en razón del cargo y que deba permanecer en secreto, o facilitarle la revelación.

Pena – Detención, de 6 meses a 2 años, o multa, si el hecho no constituye crimen más grave.

<sup>178</sup> BRASIL. Ley nº 8.429, de 02 de junio de 1992. Artículo. 11. Constituye acto de improbidad administrativa que atenta contra los principios de la administración pública cualquier acción u omisión que viole los deberes de honestidad, imparcialidad, legalidad, y lealtad a las instituciones y especialmente:

III – revelar hecho o circunstancia de que tiene ciencia en razón de las atribuciones y que deba permanecer en secreto;

Art. 12. Independientemente de las sanciones penales, civiles y administrativas previstas en la legislación específica, está el responsable por el acto de improbidad sujeto a las siguientes conminaciones, que pueden ser aplicadas aislada o cumulativamente, de acuerdo con la gravedad del hecho:

III – en la hipótesis del art. 11, resarcimiento integral del daño, si fuera el caso, pérdida de la función pública, suspensión de los derechos políticos de 3 a 5 años, pago de multa civil de hasta cien veces el valor de la remuneración recibida por el agente y prohibición de contratar con el Poder Público o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, mismo que por intermedio de persona jurídica de la cual sea socio mayoritario, por el plazo de 3 años.

ámbito de los acuerdos de clemencia sean investigados de manera rápida en los ámbitos administrativo, civil y penal, a fin sancionar adecuadamente a los responsables e inhibir futuras divulgaciones prohibidas.

### **3.2. Datos referentes a los acuerdos de clemencia**

Desde el inicio de la vigencia de la Ley n° 12.846/2013, los datos estadísticos referentes a los acuerdos de clemencia en ámbito de la Ley Anticorrupción son los siguientes:<sup>179</sup>

- La primera negociación se inició el 13 de marzo de 2015;
- No se celebró ningún acuerdo de clemencia (hasta el 22 de mayo de 2017);
- 22 empresas manifestaron interés en iniciar negociaciones para celebrar el acuerdo de clemencia;
- De las 22 empresas que manifestaron interés en un acuerdo, se firmó 18 Memorandos de Entendimiento;
- De los 18 Memorandos de Entendimiento: 3 fueron remitidos y 15 están en proceso;
- Otras 4 empresas negocian la firma de un Memorando de Entendimiento para iniciar la negociación de un acuerdo.

---

<sup>179</sup> De acuerdo con los datos obtenidos por medio de la Ley de Acceso a Información (LAI), Solicitud n° 00075.000588/2017-84, de 22 de mayo de 2017.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las conclusiones y recomendaciones constarán de dos bloques: las tres primeras tratan de reformas en la legislación y las dos últimas se refieren a las sugerencias para reducir los aparentes conflictos de atribuciones entre los órganos.

1. Es recomendable una reforma en la Ley n° 12.846/2013, estableciendo la participación de los cuatro órganos de combate a la corrupción (CGU, TCU, MPF y AGU) en la celebración del acuerdo de clemencia, especificando las atribuciones y el momento de actuación de cada uno. Con ello se pretende que los conflictos institucionales sean reducidos y se promueva la permanente cooperación y armonización de las atribuciones necesarias para el éxito del instrumento. Así que, se sugiere que la redacción actual del *caput* del Artículo 16 (en la primera columna) pase a vigorar conforme descrito abajo.

### **Artículo 16 de la Ley n° 12.846/2013, a ser reformado**

Art. 16. La autoridad máxima de cada órgano o entidad pública podrá celebrar un acuerdo de clemencia con las personas jurídicas responsables de la práctica de los actos ilícitos previstos en esta Ley que colaboren efectivamente con las investigaciones y el proceso administrativo, si bien de esta colaboración resulte:

### **Artículo 16 de la Ley n° 12.846/2013, reformado**

Art.16. La autoridad máxima de cada órgano o entidad pública, de forma conjunta con el Ministerio Público y la Abogacía Pública, cada cual, en el ámbito de sus competencias, podrán celebrar un acuerdo de clemencia con las personas jurídicas responsables de la práctica de los actos previstos en esta ley, que colaboren efectivamente con las investigaciones y el proceso administrativo, si bien, de esta colaboración resulte:

(...)

§ 11. El acuerdo de clemencia después de firmado será enviado al respectivo Tribunal de Cuentas, que se manifestará sobre la regularidad formal del acuerdo.

2. Para garantizar la autonomía e independencia de quien conduce y juzga los acuerdos de clemencia a nivel federal, sería recomendable una reforma en la legislación actual (que transformó la CGU en un ministerio), devolviendo al órgano su estructura organizativa anterior (dada por la Ley n° 10.683/2003) de un órgano de asesoría directa del presidente de la República. Además, se sugiere incluir una disposición legal que prevea un régimen diferenciado de ingreso y salida para el cargo de dirigente máximo de la CGU.

**Artículo 21, XXI de la MP n° 782, de 31 de mayo de 2017, a ser reformado.**

Art. 21. Los ministerios son los siguientes:

(...) XXII - da Transparência e Controladoria-Geral da União.

**Exclusión del apartado XXII del Artículo 21 e inclusión del Artículo 21-A a la MP n° 782, de 31 de mayo de 2017.**

Art. 21-A. La Controladoría General de la Unión forma parte de la Casa Civil, a quien compete asistir directa e inmediatamente al presidente de la República en el desarrollo de sus atribuciones en relación a los asuntos y providencias que, en el ámbito del Poder Ejecutivo, se refieran a la defensa del patrimonio público, control interno, auditoría pública, corrección, prevención y combate a la corrupción, actividades de escucha de las denuncias e incremento de la transparencia de la gestión en el ámbito de la administración pública federal.

§ 1º La Controladoría General de la Unión tiene como titular el **Jefe de la Controladoría General de la Unión**, y su estructura básica está formada por: Gabinete, Asesoría Jurídica, Consejo de Transparencia Pública y Combate a la Corrupción, Comisión de Coordinación del Control Interno, Secretaría Ejecutiva, Inspección General de la Unión (CRG), Oficina del Defensor del Pueblo/Oidor General, y dos Secretarías, siendo una la Secretaria Federal de Control Interno.

§ 2º El Jefe de la Controladoría General de la Unión será nombrado por el presidente de la República, después de la aprobación por el Senado Federal, entre brasileños que satisfagan los siguientes requisitos: a) idoneidad moral y reputación inmaculada; b) sin vinculación partidaria.

§ 3º El mandato del Jefe de la Controladoría tendrá el plazo fijo de dos años, pudiendo ser reconducido por una vez.

§ 4º El cargo de Secretario Ejecutivo de la CGU será ocupado por un servidor público de la carrera de Finanzas y Control, que tenga cumplido el tiempo mínimo de dos años en la Carrera de Finanzas y Control.

3. Acerca de las lagunas e inconsistencias de la Ley Anticorrupción, es recomendable una reforma del § 9º del Artículo 16, disponiendo: la posibilidad de suspensión del proceso administrativo de responsabilidad de persona jurídica, mientras duren las negociaciones del acuerdo de clemencia y el plazo de la prescripción. Así que, se sugiere que la redacción actual del párrafo 9º del Artículo 16 pase a vigorar conforme descrito abajo.

## **Artículo 16, párrafo 9º de la Ley nº 12.846/2013, a ser reformado**

Art.16

§ 9º La celebración del acuerdo de clemencia interrumpe el plazo de la prescripción de los actos ilícitos previstos en esta Ley.

## **Artículo 16, párrafo 9º de la Ley nº 12.846/2013, reformado**

Artículo 16.

§ 9º La formalización de la propuesta del acuerdo de clemencia suspende el proceso administrativo de responsabilidad de la persona jurídica y el plazo de la prescripción, mientras duren las negociaciones del acuerdo de clemencia.

§ 9º-A. La celebración del acuerdo de clemencia interrumpe el plazo de la prescripción de los actos ilícitos previstos en esta Ley.

4. Acerca de los aparentes conflictos entre la CGU y el TCU relacionados con el cálculo del daño con vista al resarcimiento total a las arcas del estado, se sugiere la dición de una normativa conjunta entre la CGU y el TCU que reglamente los parámetros de la fórmula de cálculo del daño. Para ello, se sugiere que la normativa se base en los criterios establecidos por Mendonça, conforme ya se ha dicho, a partir de los criterios de los 3 factores: (i) el valor del producto del ilícito; (ii) el valor del daño o perjuicio material causado por el ilícito, y; (iii) el valor del daño moral o extra patrimonial causado por el mismo ilícito.

5. Se considera imprescindible poner fin a las revelaciones de información en el ámbito de las negociaciones de los acuerdos de clemencia. Para ello, se sugiere que la revelación de informaciones secretas sea investigada en el ámbito administrativo por medio del nombramiento de un equipo responsable que procederá a la búsqueda de la materialidad y autoría, conforme determina el Art. 143 de la Ley 8.112/1990:

Art. 143. La autoridad que sepa de cualquier irregularidad en el servicio público está obligada a promover a su investigación, por medio de un proceso administrativo de investigación o disciplinario, asegurada al acusado amplia defensa.

Si la equipe de investigación encuentra indicios de materialidad y autoría, podrá recomendar la apertura de proceso administrativo disciplinario, conforme dispone el Art. 145 de la Ley nº 8.112/1990.

Art. 145. Del proceso de investigación podrá resultar:

I – el archivamiento del proceso;

II – la aplicación de la sanción de advertencia o suspensión de hasta 30 días;

III - la apertura del proceso disciplinario.

Por último, las irregularidades encontradas deberán ser enviadas al Ministerio Público para eventual responsabilidad en los ámbitos civil y penal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLANCO, Cordero, Isidoro. El comiso de ganancias: ¿brutas o netas? Diario La Ley, ISSN 1989-6913, n° 7569, p.1-9, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. 2014. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

HAMMOND, Scott D. The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades. 2010. EUA, 2010. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/518241/download>>. Acesso en: 05/05/217.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Revista Digital de Direito Administrativo. v. 2. n. 2 2015. Universidade de São Paulo. Acesso en 05/05/2017. Disponible en: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195/98582>> Acesso en: 20/04/17.

MARTINEZ, Ana Paula. Desafios do acordo de leniência da Lei nº 12.846/13. Revista dos Advogados, São Paulo: ano XXXIV, n° 125, 2015. Disponible en: <[http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20141211162422\\_desafios-do-acordo-de-leniencia-da-lei-no-12846-2013-revista-do-advogado-amp.pdf](http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20141211162422_desafios-do-acordo-de-leniencia-da-lei-no-12846-2013-revista-do-advogado-amp.pdf)> Acesso em: 14/04/2016.

MENDONÇA, André Luiz de Almeida. Los criterios para la mensuración del valor del enriquecimiento ilícito y perjuicios causados por actos corruptos. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 04, p. 65-88, out./dez. 2016.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flavio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponible en:

<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf> Acceso en: 02/04/17.

OLIVEIRA, André Gustavo Veras de. O acordo de leniência na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção diante da atual conjuntura da Petrobrás. Revista de Defesa da Concorrência. Vol. 3. N. 2 – Novembro de 2015.

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016. Disponible en: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2017/03/acordo-leniencia-lei-anticorruptao.pdf>> Acceso en 10/05/17.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SANTOS, José Anacleto Abduch (Mateus Bertoncini e Ubirajara Costódio Filho). Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

SIMÃO, Valdir Moyses y VIANNA, Marcelo Pontes. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. 1ª edição. São Paulo, Trevisan Editora, 2017.

Cartilla elaborada por el Departamento de Protección y Defensa Económica de la Secretaria de Derecho Económico – SDE. Disponible en: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha\\_leniencia.pdf/view](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_leniencia.pdf/view)> Acceso en 30/04/17.

Guia Programa de Clemencia Antitrust. Cade. Disponible en: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-programa-de-leniencia-antitruste-do-cade-versao-preliminar-1.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-programa-de-leniencia-antitruste-do-cade-versao-preliminar-1.pdf)> Acceso en 04/05/17.

Manual de Responsabilidad Administrativa de Persona Jurídica del Ministerio de la Transparencia y Controladoría General de la Unión. (2016). Disponible en: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/responsabilizacao-de-empresas>>. Acceso en 10/04/2017.

## **ANEXO LEGISLATIVO**

Ley n° 12.846/13 – Ley Anticorrupción

Decreto n° 8.420/15

**Presidência da República**  
**Casa Civil**  
Subchefia para Assuntos Jurídicos

**LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013.**

[Mensagem de veto](#)

[Vigência](#)

[Regulamento](#)

Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

**A PRESIDENTA DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos

nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

## CAPÍTULO II

### DOS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL OU ESTRANGEIRA

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:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

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;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

### CAPÍTULO III

#### DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a 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 (trinta) 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.

§ 6º (VETADO).

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

## CAPÍTULO IV

### DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

Art. 8º 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, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

§ 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.

§ 2º 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 nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

Art. 9º Competem à Controladoria-Geral da União - CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no Artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada por [Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000](#).

Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.

§ 1º O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.

§ 2º A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.

§ 3º A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.

§ 4º O prazo previsto no § 3º poderá ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora.

Art. 11. No processo administrativo para apuração de responsabilidade, será concedido à pessoa jurídica prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados a partir da intimação.

Art. 12. O processo administrativo, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade instauradora, na forma do art. 10, para julgamento.

Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada 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 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.

~~Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.~~

~~Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a instauração do processo administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.~~ [\(Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015\)](#) [\(Vigência encerrada\)](#)

Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.

## CAPÍTULO V

### DO ACORDO DE LENIÊNCIA

~~Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:~~

~~I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e~~

~~II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.~~

~~Art. 16. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de forma que dessa colaboração resulte:~~ [\(Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015\)](#) [\(Vigência encerrada\)](#)

~~I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber;~~ [\(Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015\)](#) [\(Vigência encerrada\)](#)

~~II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação;~~ [\(Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015\)](#) [\(Vigência encerrada\)](#)

~~III — a cooperação da pessoa jurídica com as investigações, em face de sua responsabilidade objetiva; e — [\(Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015\)](#) [\(Vigência encerrada\)](#)~~

~~IV — o comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria de mecanismos internos de integridade. — [\(Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015\)](#) [\(Vigência encerrada\)](#)~~

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

~~I — a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; — [\(Revogado pela Medida provisória nº 703, de 2015\)](#) [\(Vigência encerrada\)](#)~~

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

~~III — a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.~~

~~III — a pessoa jurídica, em face de sua responsabilidade objetiva, coopere com as investigações e com o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento; e — [\(Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015\)](#) [\(Vigência encerrada\)](#)~~

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

~~IV — a pessoa jurídica se comprometa a implementar ou a melhorar os mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades e à aplicação efetiva de código de ética e de conduta. — [\(Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015\)](#) [\(Vigência encerrada\)](#)~~

§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

~~§ 2º O acordo de leniência celebrado pela autoridade administrativa: — [\(Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015\)](#) [\(Vigência encerrada\)](#)~~

I — isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do **caput** do art. 6º e das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), e em outras normas que tratam de licitações e contratos; — [\(Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015\)](#) [\(Vigência encerrada\)](#)

II — poderá reduzir a multa prevista no inciso I do **caput** do art. 6º em até dois terços, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das

~~infrações especificadas no acordo; e~~ ~~(Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015)~~ ~~(Vigência encerrada)~~

~~III - no caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados, a redução poderá chegar até a sua completa remissão, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo.~~ ~~(Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015)~~ ~~(Vigência encerrada)~~

2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

~~§ 4º - O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.~~

~~§ 4º - O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo administrativo e quando estipular a obrigatoriedade de reparação do dano poderá conter cláusulas sobre a forma de amortização, que considerem a capacidade econômica da pessoa jurídica.~~ ~~(Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015)~~ ~~(Vigência encerrada)~~

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

~~§ 9º - A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.~~

~~§ 9º - A formalização da proposta de acordo de leniência suspende o prazo prescricional em relação aos atos e fatos objetos de apuração previstos nesta Lei e sua celebração o interrompe.~~ ~~(Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015)~~ ~~(Vigência encerrada)~~

§ 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

~~§ 11. - O acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes ajuizem ou prossigam com as ações de que tratam o art. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil.~~ ~~(Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015)~~ ~~(Vigência encerrada)~~

~~§ 12. O acordo de leniência celebrado com a participação da Advocacia Pública e em conjunto com o Ministério Público impede o ajuizamento ou o prosseguimento da ação já ajuizada por qualquer dos legitimados às ações mencionadas no § 11. (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)~~

~~§ 13. Na ausência de órgão de controle interno no Estado, no Distrito Federal ou no Município, o acordo de leniência previsto no **caput** somente será celebrado pelo chefe de respectivo Poder em conjunto com o Ministério Público. (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)~~

~~§ 14. O acordo de leniência depois de assinado será encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas, que poderá, nos termos do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, instaurar procedimento administrativo contra a pessoa jurídica celebrante, para apurar prejuízo ao erário, quando entender que o valor constante do acordo não atende o disposto no § 3º. (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)~~

~~Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.~~

~~Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável por atos e fatos investigados previstos em normas de licitações e contratos administrativos com vistas à isenção ou à atenuação das sanções restritivas ou impeditivas ao direito de licitar e contratar. (Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)~~

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

~~Art. 17 A. Os processos administrativos referentes a licitações e contratos em curso em outros órgãos ou entidades que versem sobre o mesmo objeto do acordo de leniência deverão, com a celebração deste, ser sobrestados e, posteriormente, arquivados, em caso de cumprimento integral do acordo pela pessoa jurídica. (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)~~

~~Art. 17 B. Os documentos porventura juntados durante o processo para elaboração do acordo de leniência deverão ser devolvidos à pessoa jurídica quando não ocorrer a celebração do acordo, não permanecendo cópias em poder dos órgãos celebrantes. (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)~~

## CAPÍTULO VI

### DA RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL

~~Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.~~

~~Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial, exceto quando expressamente previsto na celebração de acordo de leniência, observado o disposto no § 11, no § 12 e no § 13 do art. 16. (Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)~~

Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - 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;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - 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.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

~~Parágrafo único. A proposta de acordo de leniência poderá ser feita mesmo após eventual ajuizamento das ações cabíveis.~~ (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)

Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

## CAPÍTULO VII

### DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei.

§ 1º Os órgãos e entidades referidos no caput deverão informar e manter atualizados, no Cnep, os dados relativos às sanções por eles aplicadas.

§ 2º O Cnep conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas:

I - razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;

II - tipo de sanção; e

III - data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

§ 3º As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no Cnep, após a efetivação do respectivo acordo, as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.

§ 4º Caso a pessoa jurídica não cumpra os termos do acordo de leniência, além das informações previstas no § 3º, deverá ser incluída no Cnep referência ao respectivo descumprimento.

§ 5º Os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.

Art. 23. Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos [arts. 87 e 88 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993](#).

Art. 24. A multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.

Art. 25. 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.

~~Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.~~

~~§ 1º Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração. (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)~~

~~§ 2º Aplica-se o disposto no **caput** e no § 1º aos ilícitos previstos em normas de licitações e contratos administrativos. (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)~~

~~Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.~~

Art. 26. A pessoa jurídica será representada no processo administrativo na forma do seu estatuto ou contrato social.

§ 1º As sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens.

§ 2º A pessoa jurídica estrangeira será representada pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil.

Art. 27. A autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável.

Art. 28. Esta Lei aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.

Art. 29. O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica.

~~§ 1º Os acordos de leniência celebrados pelos órgãos de controle interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios contarão com a colaboração dos órgãos a que se refere o caput quando os atos e fatos apurados acarretarem simultaneamente a infração ali prevista. (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)~~

~~§ 2º Se não houver concurso material entre a infração prevista no caput e os ilícitos contemplados nesta Lei, a competência e o procedimento para celebração de acordos de leniência observarão o previsto na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e a referida celebração contará com a participação do Ministério Público. (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)~~

~~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.~~

~~Art. 30. Ressalvada a hipótese de acordo de leniência que expressamente as inclua, a aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: (Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)~~

~~I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 1992; (Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)~~

~~II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 1993, ou por outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no que se refere ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, instituído pela Lei nº 12.462, de 2011; e (Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)~~

~~III - infrações contra a ordem econômica nos termos da Lei nº 12.529, de 2011. (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)~~

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.

Art. 31. Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 1º de agosto de 2013; 192º da Independência e 125º da República.

DILMA ROUSSEFF  
*José Eduardo Cardozo*  
*Luís Inácio Lucena Adams*  
*Jorge Hage Sobrinho*

Este texto não substitui o publicado no DOU de 2.8.2013

\*

**Presidência da República**  
**Casa Civil**  
Subchefia para Assuntos Jurídicos

**DECRETO Nº 8.420, DE 18 DE MARÇO DE 2015**

Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.

**A PRESIDENTA DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, **caput**, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013,

**DECRETA:**

Art. 1º Este Decreto regulamenta a responsabilização objetiva administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, de que trata a [Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013](#).

CAPÍTULO I

DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Art. 2º A apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica que possa resultar na aplicação das sanções previstas no [art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013](#), será efetuada por meio de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR.

Art. 3º A competência para a instauração e para o julgamento do PAR é da autoridade máxima da entidade em face da qual foi praticado o ato lesivo, ou, em caso de órgão da administração direta, do seu Ministro de Estado.

Parágrafo único. A competência de que trata o **caput** será exercida de ofício ou mediante provocação e poderá ser delegada, sendo vedada a subdelegação.

Art. 4º A autoridade competente para instauração do PAR, ao tomar ciência da possível ocorrência de ato lesivo à administração pública federal, em sede de juízo de admissibilidade e mediante despacho fundamentado, decidirá:

- I - pela abertura de investigação preliminar;
- II - pela instauração de PAR; ou
- III - pelo arquivamento da matéria.

§ 1º A investigação de que trata o inciso I do **caput** terá caráter sigiloso e não punitivo e será destinada à apuração de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos à administração pública federal.

§ 2º A investigação preliminar será conduzida por comissão composta por dois ou mais servidores efetivos.

§ 3º Em entidades da administração pública federal cujos quadros funcionais não sejam formados por servidores estatutários, a comissão a que se refere o § 2º será composta por dois ou mais empregados públicos.

§ 4º O prazo para conclusão da investigação preliminar não excederá sessenta dias e poderá ser prorrogado por igual período, mediante solicitação justificada do presidente da comissão à autoridade instauradora.

§ 5º Ao final da investigação preliminar, serão enviadas à autoridade competente as peças de informação obtidas, acompanhadas de relatório conclusivo acerca da existência de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos à administração pública federal, para decisão sobre a instauração do PAR.

Art. 5º No ato de instauração do PAR, a autoridade designará comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretende produzir.

§ 1º Em entidades da administração pública federal cujos quadros funcionais não sejam formados por servidores estatutários, a comissão a que se refere o **caput** será composta por dois ou mais empregados públicos, preferencialmente com no mínimo três anos de tempo de serviço na entidade.

§ 2º Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, a pessoa jurídica poderá apresentar alegações finais no prazo de dez dias, contado da data do deferimento ou da intimação de juntada das provas pela comissão.

§ 3º Serão recusadas, mediante decisão fundamentada, provas propostas pela pessoa jurídica que sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

§ 4º Caso a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo segundo os parâmetros indicados no Capítulo IV, para a dosimetria das sanções a serem aplicadas.

Art. 6º A comissão a que se refere o art. 5º exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo, sempre que necessário à elucidação do fato e à preservação da imagem dos envolvidos, ou quando exigido pelo interesse da administração pública, garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Art. 7º As intimações serão feitas por meio eletrônico, via postal ou por qualquer outro meio que assegure a certeza de ciência da pessoa jurídica acusada, cujo prazo para apresentação de defesa será contado a partir da data da cientificação oficial, observado o disposto no [Capítulo XVI da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999](#).

§ 1º Caso não tenha êxito a intimação de que trata o **caput**, será feita nova intimação por meio de edital publicado na imprensa oficial, em jornal de grande circulação no Estado da federação em que a pessoa jurídica tenha sede, e no sítio eletrônico do órgão ou entidade pública responsável pela apuração do PAR, contando-se o prazo para apresentação da defesa a partir da última data de publicação do edital.

§ 2º Em se tratando de pessoa jurídica que não possua sede, filial ou representação no País e sendo desconhecida sua representação no exterior, frustrada a intimação nos termos do **caput**, será feita nova intimação por meio de edital publicado na imprensa oficial e no sítio eletrônico do órgão ou entidade público responsável pela apuração do PAR, contando-se o prazo para apresentação da defesa a partir da última data de publicação do edital.

Art. 8º A pessoa jurídica poderá acompanhar o PAR por meio de seus representantes legais ou procuradores, sendo-lhes assegurado amplo acesso aos autos.

Parágrafo único. É vedada a retirada dos autos da repartição pública, sendo autorizada a obtenção de cópias mediante requerimento.

Art. 9º O prazo para a conclusão do PAR não excederá cento e oitenta dias, admitida prorrogação por meio de solicitação do presidente da comissão à autoridade instauradora, que decidirá de forma fundamentada.

§ 1º O prazo previsto no **caput** será contado da data de publicação do ato de instauração do PAR.

§ 2º A comissão, para o devido e regular exercício de suas funções, poderá:

I - propor à autoridade instauradora a suspensão cautelar dos efeitos do ato ou do processo objeto da investigação;

II - solicitar a atuação de especialistas com notório conhecimento, de órgãos e entidades públicos ou de outras organizações, para auxiliar na análise da matéria sob exame; e

III - solicitar ao órgão de representação judicial ou equivalente dos órgãos ou entidades lesados que requeira as medidas necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão, no País ou no exterior.

§ 3º Concluídos os trabalhos de apuração e análise, a comissão elaborará relatório a respeito dos fatos apurados e da eventual responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, no qual sugerirá, de forma motivada, as sanções a serem aplicadas, a dosimetria da multa ou o arquivamento do processo.

§ 4º O relatório final do PAR será encaminhado à autoridade competente para julgamento, o qual será precedido de manifestação jurídica, elaborada pelo órgão de assistência jurídica competente.

§ 5º Caso seja verificada a ocorrência de eventuais ilícitos a serem apurados em outras instâncias, o relatório da comissão será encaminhado, pela autoridade julgadora:

I - ao Ministério Público;

II - à Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, no caso de órgãos da administração pública direta, autarquias e fundações públicas federais; ou

III - ao órgão de representação judicial ou equivalente no caso de órgãos ou entidades da administração pública não abrangidos pelo inciso II.

§ 6º Na hipótese de decisão contrária ao relatório da comissão, esta deverá ser fundamentada com base nas provas produzidas no PAR.

Art. 10. A decisão administrativa proferida pela autoridade julgadora ao final do PAR será publicada no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico do órgão ou entidade público responsável pela instauração do PAR.

Art. 11. Da decisão administrativa sancionadora cabe pedido de reconsideração com efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contado da data de publicação da decisão.

§ 1º A pessoa jurídica contra a qual foram impostas sanções no PAR e que não apresentar pedido de reconsideração deverá cumpri-las no prazo de trinta dias, contado do fim do prazo para interposição do pedido de reconsideração.

§ 2º A autoridade julgadora terá o prazo de trinta dias para decidir sobre a matéria alegada no pedido de reconsideração e publicar nova decisão.

§ 3º Mantida a decisão administrativa sancionadora, será concedido à pessoa jurídica novo prazo de trinta dias para cumprimento das sanções que lhe foram impostas, contado da data de publicação da nova decisão.

Art. 12. Os atos previstos como infrações administrativas à [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na [Lei nº 12.846, de 2013](#), serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.

§ 1º Concluída a apuração de que trata o **caput** e havendo autoridades distintas competentes para julgamento, o processo será encaminhado primeiramente àquela de nível mais elevado, para que julgue no âmbito de sua competência, tendo precedência o julgamento pelo Ministro de Estado competente.

§ 2º Para fins do disposto no **caput**, o chefe da unidade responsável no órgão ou entidade pela gestão de licitações e contratos deve comunicar à autoridade prevista no art. 3º sobre eventuais fatos que configurem atos lesivos previstos no [art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013](#).

Art. 13. A Controladoria-Geral da União possui, no âmbito do Poder Executivo federal, competência:

I - concorrente para instaurar e julgar PAR; e

II - exclusiva para avocar os processos instaurados para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.

§ 1º A Controladoria-Geral da União poderá exercer, a qualquer tempo, a competência prevista no **caput**, se presentes quaisquer das seguintes circunstâncias:

I - caracterização de omissão da autoridade originariamente competente;

II - inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem;

III - complexidade, repercussão e relevância da matéria;

IV - valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade atingida;  
ou

V - apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade da administração pública federal.

§2º Ficam os órgãos e entidades da administração pública obrigados a encaminhar à Controladoria-Geral da União todos os documentos e informações que lhes forem solicitados, incluídos os autos originais dos processos que eventualmente estejam em curso.

Art. 14. Compete à Controladoria-Geral da União instaurar, apurar e julgar PAR pela prática de atos lesivos à administração pública estrangeira, o qual seguirá, no que couber, o rito procedimental previsto neste Capítulo.

## CAPÍTULO II

### DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E DOS ENCAMINHAMENTOS JUDICIAIS

#### Seção I

##### Disposições gerais

Art. 15. As pessoas jurídicas estão sujeitas às seguintes sanções administrativas, nos termos do [art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013](#):

I - multa; e

II - publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora.

Art. 16. Caso os atos lesivos apurados envolvam infrações administrativas à [Lei nº 8.666, de 1993](#), ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública e tenha ocorrido a apuração conjunta prevista no art. 12, a pessoa jurídica também estará sujeita a sanções administrativas que tenham como efeito restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a administração pública, a serem aplicadas no PAR.

#### Seção II

##### Da Multa

Art. 17. O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

I - um por cento a dois e meio por cento havendo continuidade dos atos lesivos no tempo;

II - um por cento a dois e meio por cento para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;

III - um por cento a quatro por cento no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada;

IV - um por cento para a situação econômica do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral - SG e de Liquidez Geral - LG superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo;

V - cinco por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo [art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013](#), em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e

VI - no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais:

a) um por cento em contratos acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

b) dois por cento em contratos acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);

c) três por cento em contratos acima de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);

d) quatro por cento em contratos acima de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais); e

e) cinco por cento em contratos acima de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

I - um por cento no caso de não consumação da infração;

II - um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;

III - um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;

IV - dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e

V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Art. 19. Na ausência de todos os fatores previstos nos art. 17 e art. 18 ou de resultado das operações de soma e subtração ser igual ou menor a zero, o valor da multa corresponderá, conforme o caso, a:

I - um décimo por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou

II - R\$ 6.000,00 (seis mil reais), na hipótese do art. 22.

Art. 20. A existência e quantificação dos fatores previstos nos art. 17 e art. 18, deverá ser apurada no PAR e evidenciada no relatório final da comissão, o qual também conterá a estimativa, sempre que possível, dos valores da vantagem auferida e da pretendida.

§ 1º Em qualquer hipótese, o valor final da multa terá como limite:

I - mínimo, o maior valor entre o da vantagem auferida e o previsto no art. 19; e

II - máximo, o menor valor entre:

a) vinte por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou

b) três vezes o valor da vantagem pretendida ou auferida.

§ 2º O valor da vantagem auferida ou pretendida equivale aos ganhos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo, somado, quando for o caso, ao valor correspondente a qualquer vantagem indevida prometida ou dada a agente público ou a terceiros a ele relacionados.

§ 3º Para fins do cálculo do valor de que trata o § 2º, serão deduzidos custos e despesas legítimos comprovadamente executados ou que seriam devidos ou despendidos caso o ato lesivo não tivesse ocorrido.

Art. 21. Ato do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União fixará metodologia para a apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa a que se refere o [art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013](#).

Parágrafo único. Os valores de que trata o **caput** poderão ser apurados, entre outras formas, por meio de:

I - compartilhamento de informações tributárias, na forma do [inciso II do § 1º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966](#); e

II - registros contábeis produzidos ou publicados pela pessoa jurídica acusada, no país ou no estrangeiro.

Art. 22. Caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica no ano anterior ao da instauração ao PAR, os percentuais dos fatores indicados nos art. 17 e art. 18 incidirão:

I - sobre o valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, excluídos os tributos, no ano em que ocorreu o ato lesivo, no caso de a pessoa jurídica não ter tido faturamento no ano anterior ao da instauração ao PAR;

II - sobre o montante total de recursos recebidos pela pessoa jurídica sem fins lucrativos no ano em que ocorreu o ato lesivo; ou

III - nas demais hipóteses, sobre o faturamento anual estimável da pessoa jurídica, levando em consideração quaisquer informações sobre a sua situação econômica ou o estado de seus negócios, tais como patrimônio, capital social, número de empregados, contratos, dentre outras.

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas no **caput**, o valor da multa será limitado entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Art. 23. Com a assinatura do acordo de leniência, a multa aplicável será reduzida conforme a fração nele pactuada, observado o limite previsto no [§ 2º do art. 16 da Lei nº 12.846, de 2013](#).

§ 1º O valor da multa previsto no **caput** poderá ser inferior ao limite mínimo previsto no [art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013](#).

§ 2º No caso de a autoridade signatária declarar o descumprimento do acordo de leniência por falta imputável à pessoa jurídica colaboradora, o valor integral encontrado antes da redução de que trata o **caput** será cobrado na forma da Seção IV, descontando-se as frações da multa eventualmente já pagas.

### **Seção III**

#### **Da Publicação Extraordinária da Decisão Administrativa Sancionadora**

Art. 24. A pessoa jurídica sancionada administrativamente pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nos termos da [Lei nº 12.846, de 2013](#), publicará a decisão administrativa sancionadora na forma de extrato de sentença, cumulativamente:

I - em meio 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;

II - em edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, em localidade que permita a visibilidade pelo público, pelo prazo mínimo de trinta dias; e

III - em seu sítio eletrônico, pelo prazo de trinta dias e em destaque na página principal do referido sítio.

Parágrafo único. A publicação a que se refere o **caput** será feita a expensas da pessoa jurídica sancionada.

#### **Seção IV**

##### **Da Cobrança da Multa Aplicada**

Art. 25. A multa aplicada ao final do PAR será integralmente recolhida pela pessoa jurídica sancionada no prazo de trinta dias, observado o disposto nos §§ 1º e 3º do art. 11.

§ 1º Feito o recolhimento, a pessoa jurídica sancionada apresentará ao órgão ou entidade que aplicou a sanção documento que ateste o pagamento integral do valor da multa imposta.

§ 2º Decorrido o prazo previsto no **caput** sem que a multa tenha sido recolhida ou não tendo ocorrido a comprovação de seu pagamento integral, o órgão ou entidade que a aplicou encaminhará o débito para inscrição em Dívida Ativa da União ou das autarquias e fundações públicas federais.

§ 3º Caso a entidade que aplicou a multa não possua Dívida Ativa, o valor será cobrado independentemente de prévia inscrição.

#### **Seção V**

##### **Dos Encaminhamentos Judiciais**

Art. 26. As medidas judiciais, no País ou no exterior, como a cobrança da multa administrativa aplicada no PAR, a promoção da publicação extraordinária, a persecução das sanções referidas nos [incisos I a IV do caput do art. 19 da Lei nº 12.846, de 2013](#), a reparação integral dos danos e prejuízos, além de eventual atuação judicial para a finalidade de instrução ou garantia do processo judicial ou preservação do acordo de leniência, serão solicitadas ao órgão de representação judicial ou equivalente dos órgãos ou entidades lesados.

Art. 27. No âmbito da administração pública federal direta, a atuação judicial será exercida pela Procuradoria-Geral da União, com exceção da cobrança da multa administrativa aplicada no PAR, que será promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Parágrafo único. No âmbito das autarquias e fundações públicas federais, a atuação judicial será exercida pela Procuradoria-Geral Federal, inclusive no que se refere à cobrança da multa administrativa aplicada no PAR, respeitadas as competências específicas da Procuradoria-Geral do Banco Central.

### **CAPÍTULO III**

#### **DO ACORDO DE LENIÊNCIA**

Art. 28. O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na [Lei nº 12.846, de 2013](#), e dos ilícitos administrativos previstos na [Lei nº 8.666, de 1993](#), e em outras normas de licitações e contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração administrativa, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a infração sob apuração.

Art. 29. Compete à Controladoria-Geral da União celebrar acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal e nos casos de atos lesivos contra a administração pública estrangeira.

Art. 30. A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá:

I - ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante;

II - ter cessado completamente seu envolvimento no ato lesivo a partir da data da propositura do acordo;

III - admitir sua participação na infração administrativa

IV - cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitada, aos atos processuais, até o seu encerramento; e

V - fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa.

§ 1º O acordo de leniência de que trata o **caput** será proposto pela pessoa jurídica, por seus representantes, na forma de seu estatuto ou contrato social, ou por meio de procurador com poderes específicos para tal ato, observado o disposto no [art. 26 da Lei nº 12.846, de 2013](#).

§ 2º A proposta do acordo de leniência poderá ser feita até a conclusão do relatório a ser elaborado no PAR.

Art. 31. A proposta de celebração de acordo de leniência poderá ser feita de forma oral ou escrita, oportunidade em que a pessoa jurídica proponente declarará expressamente que foi orientada a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais e de que o não atendimento às determinações e solicitações da Controladoria-Geral da União durante a etapa de negociação importará a desistência da proposta.

§ 1º A proposta apresentada receberá tratamento sigiloso e o acesso ao seu conteúdo será restrito aos servidores especificamente designados pela Controladoria-Geral da União para participar da negociação do acordo de leniência, ressalvada a possibilidade de a proponente autorizar a divulgação ou compartilhamento da existência da proposta ou de seu conteúdo, desde que haja anuência da Controladoria-Geral da União.

§ 2º Poderá ser firmado memorando de entendimentos entre a pessoa jurídica proponente e a Controladoria-Geral da União para formalizar a proposta e definir os parâmetros do acordo de leniência.

§ 3º Uma vez proposto o acordo de leniência, a Controladoria-Geral da União poderá requisitar os autos de processos administrativos em curso em outros órgãos ou entidades da administração pública federal relacionados aos fatos objeto do acordo.

Art. 32. A negociação a respeito da proposta do acordo de leniência deverá ser concluída no prazo de cento e oitenta dias, contado da data de apresentação da proposta.

Parágrafo único. A critério da Controladoria-Geral da União, poderá ser prorrogado o prazo estabelecido no **caput**, caso presentes circunstâncias que o exijam.

Art. 33. Não importará em reconhecimento da prática do ato lesivo investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação, ressalvado o disposto no § 1º do art. 31.

Art. 34. A pessoa jurídica proponente poderá desistir da proposta de acordo de leniência a qualquer momento que anteceda a assinatura do referido acordo.

Art. 35. Caso o acordo não venha a ser celebrado, os documentos apresentados durante a negociação serão devolvidos, sem retenção de cópias, à pessoa jurídica proponente e será vedado seu uso para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública federal tiver conhecimento deles independentemente da apresentação da proposta do acordo de leniência.

Art. 36. O acordo de leniência estipulará as condições para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo, do qual constarão cláusulas e obrigações que, diante das circunstâncias do caso concreto, reputem-se necessárias.

Art. 37. O acordo de leniência conterá, entre outras disposições, cláusulas que versem sobre:

I - o compromisso de cumprimento dos requisitos previstos nos incisos II a V do **caput** do art. 30;

II - a perda dos benefícios pactuados, em caso de descumprimento do acordo;

III - a natureza de título executivo extrajudicial do instrumento do acordo, nos termos do [inciso II do caput do art. 585 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973](#); e

IV - a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Art. 38. A Controladoria-Geral da União poderá conduzir e julgar os processos administrativos que apurem infrações administrativas previstas na [Lei nº 12.846, de 2013](#), na [Lei nº 8.666, de 1993](#), e em outras normas de licitações e contratos, cujos fatos tenham sido noticiados por meio do acordo de leniência.

Art. 39. Até a celebração do acordo de leniência pelo Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, a identidade da pessoa jurídica signatária do acordo não será divulgada ao público, ressalvado o disposto no § 1º do art. 31.

Parágrafo único. A Controladoria-Geral da União manterá restrito o acesso aos documentos e informações comercialmente sensíveis da pessoa jurídica signatária do acordo de leniência.

Art. 40. Uma vez cumprido o acordo de leniência pela pessoa jurídica colaboradora, serão declarados em favor da pessoa jurídica signatária, nos termos previamente firmados no acordo, um ou mais dos seguintes efeitos:

I - isenção da publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora;

II - isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicos e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público;

III - redução do valor final da multa aplicável, observado o disposto no art. 23; ou

IV - isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos [art. 86 a art. 88 da Lei nº 8.666, de 1993](#), ou de outras normas de licitações e contratos.

Parágrafo único. Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integrarem o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que tenham firmado o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

## CAPITULO IV

### DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no [art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013](#); e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

§ 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como:

I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;

II - a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores;

III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais;

IV - o setor do mercado em que atua;

V - os países em que atua, direta ou indiretamente;

VI - o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações;

VII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico;  
e

VIII - o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o **caput**.

§ 3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do **caput**.

§ 4º Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade de que trata este Capítulo.

§ 5º A redução dos parâmetros de avaliação para as microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o § 3º poderá ser objeto de regulamentação por ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.

## CAPÍTULO V

### DO CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS INIDÔNEAS E SUSPENSAS E DO CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS PUNIDAS

Art. 43. O Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS conterá informações referentes às sanções administrativas impostas a pessoas físicas ou jurídicas que impliquem restrição ao direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a administração pública de qualquer esfera federativa, entre as quais:

I - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública, conforme disposto no [inciso III do caput do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993](#);

II - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, conforme disposto no [inciso IV do caput do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993](#);

III - impedimento de licitar e contratar com União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme disposto no [art. 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#);

IV - impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme disposto no [art. 47 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011](#);

V - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública, conforme disposto no [inciso IV do caput do t. 33 da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011](#); e

VI - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, conforme disposto no [inciso V do caput do art. 33 da Lei nº 12.527, de 2011](#).

Art. 44. Poderão ser registradas no CEIS outras sanções que impliquem restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a administração pública, ainda que não sejam de natureza administrativa.

Art. 45. O Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP conterá informações referentes:

I - às sanções impostas com fundamento na [Lei nº 12.846, de 2013](#); e

II - ao descumprimento de acordo de leniência celebrado com fundamento na [Lei nº 12.846, de 2013](#).

Parágrafo único. As informações sobre os acordos de leniência celebrados com fundamento na [Lei nº 12.846, de 2013](#), serão registradas no CNEP após a celebração do acordo, exceto se causar prejuízo às investigações ou ao processo administrativo.

Art. 46. Constarão do CEIS e do CNEP, sem prejuízo de outros a serem estabelecidos pela Controladoria-Geral da União, dados e informações referentes a:

I - nome ou razão social da pessoa física ou jurídica sancionada;

II - número de inscrição da pessoa jurídica no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ ou da pessoa física no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF;

III - tipo de sanção;

IV - fundamentação legal da sanção;

V - número do processo no qual foi fundamentada a sanção;

VI - data de início de vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção ou data de aplicação da sanção;

VII - data final do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando couber;

VIII - nome do órgão ou entidade sancionador; e

IX - valor da multa, quando couber.

Art. 47. A exclusão dos dados e informações constantes do CEIS ou do CNEP se dará:

I - com fim do prazo do efeito limitador ou impeditivo da sanção; ou

II - mediante requerimento da pessoa jurídica interessada, após cumpridos os seguintes requisitos, quando aplicáveis:

a) publicação da decisão de reabilitação da pessoa jurídica sancionada, nas hipóteses dos incisos II e VI do **caput** do art. 43;

b) cumprimento integral do acordo de leniência;

c) reparação do dano causado; ou

d) quitação da multa aplicada.

Art. 48. O fornecimento dos dados e informações de que tratam os art. 43 a art. 46, pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de cada uma das esferas de governo, será disciplinado pela Controladoria-Geral da União.

## CAPÍTULO VI

### DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 49. As informações referentes ao PAR instaurado no âmbito dos órgãos e entidades do Poder Executivo federal serão registradas no sistema de gerenciamento eletrônico de processos administrativos sancionadores mantido pela Controladoria-Geral da União, conforme ato do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.

Art. 50. Os órgãos e as entidades da administração pública, no exercício de suas competências regulatórias, disporão sobre os efeitos da [Lei nº 12.846, de 2013](#), no âmbito das atividades reguladas, inclusive no caso de proposta e celebração de acordo de leniência.

Art. 51. O processamento do PAR não interfere no seguimento regular dos processos administrativos específicos para apuração da ocorrência de danos e prejuízos à administração pública federal resultantes de ato lesivo cometido por pessoa jurídica, com ou sem a participação de agente público.

Art. 52. Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações e procedimentos complementares para a execução deste Decreto.

Art. 53. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 18 de março de 2015; 194<sup>o</sup> da Independência e 127<sup>o</sup> da República.

DILMA

*José*

*Luís*

*Valdir Moysés Simão*

*Eduardo*

*Inácio*

*Lucena*

ROUSSEFF

*Cardozo*

*Adams*

Este texto não substitui o publicado no DOU de 19.3.2015

\*