

Manual de
Responsabilização
Administrativa
de Pessoas Jurídicas



MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO
Corregedoria-Geral da União
Esplanada dos Ministérios, Bloco "A", 2º Andar. Brasília-DF CEP: 70050-904
crg@cgu.gov.br

WAGNER DE CAMPOS ROSÁRIO
Ministro da Transparência e Controladoria-Geral da União, Substituto

JOSÉ MARCELO CASTRO DE CARVALHO
Secretário-Executivo

ANTONIO CARLOS VASCONCELLOS NÓBREGA
Corregedor-Geral da União

ANTÔNIO CARLOS BEZERRA LEONEL
Secretário Federal de Controle Interno

GILBERTO WALLER JÚNIOR
Ouvidor-Geral da União

CLÁUDIA TAYA
Secretária de Transparência e Prevenção da Corrupção

EQUIPE TÉCNICA

Elaboração:

Alessandra Lopes de Pinho Pontes Vianna
André Luis Schulz
Flávio Rezende Dematté
Jorge Luís Branco Aguiar
Márcio de Aguiar Ribeiro
Michel Cunha Tanaka
Paula Araújo Correa
Renato de Lima França
Ricardo Garcia de Souza
Stefanie Groenwold Campos

Colaboração:

Aline Cavalcante dos Reis Silva
Armando de Nardi Neto
Guilherme Henrique Medeiros de Oliveira
Pedro Ruske Freitas
Thiago Braga Smarzaró
Renato de Oliveira Capanema
Renato Machado de Souza

Revisão:

Antonio Carlos Vasconcellos Nóbrega
Armando de Nardi Neto
Flávio Rezende Dematté

Atualização:

Coordenação-Geral de Normas e Capacitação

Brasília, maio de 2018.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	4
1. INTRODUÇÃO	7
1.1. RESPONSABILIZAÇÃO PELA PRÁTICA DE ATOS DE CORRUPÇÃO NAS DIFERENTES ESFERAS JURÍDICAS	7
1.1.1. ESFERA PENAL	8
1.1.2. ESFERA CÍVEL.....	10
1.1.3. ESFERA ADMINISTRATIVA.....	11
2. RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA.....	13
2.1. ASPECTOS GERAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	13
2.1.1. CONCEITO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA.....	13
2.1.2. NOÇÕES DE PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	14
2.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ..	15
2.2.1. DEVIDO PROCESSO LEGAL	16
2.2.2. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA	17
2.2.3. FORMALISMO MODERADO.....	18
3. RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE PESSOAS JURÍDICAS NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	19
3.1. NOÇÕES DE LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO	19
3.2. DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA EM LICITAÇÕES E CONTRATOS.....	22
3.3. PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	23
3.3.1. RITO PROCEDIMENTAL	24
3.4. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM LICITAÇÕES E CONTRATOS	29
3.4.1. ADVERTÊNCIA	29
3.4.2. MULTA.....	30
3.4.3. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA	30
3.4.4. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE	32
3.4.5. IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR (PREGÃO E RDC)	33
3.5. PRESCRIÇÃO	35
4. RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE PESSOAS JURÍDICAS NO ÂMBITO DA LEI Nº 12.846/2013	38
4.1. BREVE HISTÓRICO DA LEI ANTICORRUPÇÃO	38
4.2. DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NA LEI ANTICORRUPÇÃO	40
4.3. PENALIDADES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO	46
4.4. PENALIDADES JUDICIAIS PREVISTAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO.....	49

4.5. PARÂMETROS DE DOSIMETRIA PARA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES	51
4.5.1. CÁLCULO DA MULTA.....	52
4.6. TIPIFICAÇÃO DOS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL E ESTRANGEIRA NA LEI ANTICORRUPÇÃO	57
4.7. INSTRUMENTOS DE APURAÇÃO PREVISTOS NA LEI ANTICORRUPÇÃO	60
4.7.1. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR.....	60
4.7.2. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO - PAR.....	61
4.7.2.1. Competências Gerais	61
4.7.2.2. Competências do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União	62
4.7.2.3. Competência sancionadora nas transferências de recursos federais	63
4.7.2.4. Comissão do PAR: principais regras/rito do processo	65
4.7.2.5. Aspectos processuais relacionados à pessoa jurídica.....	70
4.8. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA	71
5. ACORDO DE LENIÊNCIA.....	73
5.1. CONCEITO E FINALIDADE	73
5.2. ACORDO DE LENIÊNCIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	75
5.3. ACORDO DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DO PAR.....	77
5.3.1. ACORDO DE LENIÊNCIA E INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	77
5.3.2. AUTORIDADE COMPETENTE PARA CELEBRAR O ACORDO DE LENIÊNCIA.....	78
5.3.3. REQUISITOS LEGAIS	79
5.3.3.1. A pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar	79
5.3.3.2. A pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo	81
5.3.3.3. A pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo	81
5.3.4. FORMALIDADES A SEREM OBSERVADAS NA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA	82
5.3.5. ACORDO DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO	83
5.3.6. BENEFÍCIOS E EFEITOS DECORRENTES DO ACORDO DE LENIÊNCIA	84
6. PROGRAMAS DE COMPLIANCE.....	87
6.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	87
6.2. PARÂMETROS DE UM PROGRAMA DE INTEGRIDADE: ASPECTOS CENTRAIS.....	88
6.3. AVALIAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE	90
6.4. DEFINIÇÃO DO PERCENTUAL DE REDUÇÃO DE MULTA.....	91
6.5. PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NO ÂMBITO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA	92

7. CADASTROS.....	94
7.1. CEIS – CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS INIDÔNEAS E SUSPENSAS.....	94
7.2. CNEP – CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS PUNIDAS	95
7.3. CONSULTA AO CEIS/CNEP – PORTAL DA TRANSPARÊNCIA	96
7.4. SISTEMA INTEGRADO DE REGISTRO CEIS/CNEP	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99

1. INTRODUÇÃO

A responsabilização de empresas é mais uma arma no combate à corrupção, permitindo a punição de pessoas jurídicas que corrompam agentes públicos, fraudem licitações e contratos ou dificultem atividade de investigação ou fiscalização de órgãos públicos, entre outras irregularidades.

Nas últimas décadas o tema tem adquirido significativa relevância, de forma que a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), no Artigo 2 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 17 de dezembro de 1997¹, prescreveu a necessidade de responsabilização das pessoas jurídicas pela corrupção de funcionários públicos estrangeiros.

Nesse contexto, foi promulgada, no Brasil, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, também conhecida como Lei Anticorrupção (LAC), que trouxe uma série de inovações ao nosso sistema jurídico.

Previu a possibilidade de responsabilização objetiva de empresas (independentemente da existência de culpa), em decorrência de atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Buscou dar especial atenção à prevenção, tratando de forma diferenciada empresas que possuam adequado “*compliance anticorrupção*”. Procurou proporcionar colaboração entre empresas e a Administração na investigação de ilícitos, beneficiando aos que colaborarem com as investigações e instituindo a figura do acordo de leniência.

No entanto, faz-se necessário observar que não se trata do único normativo instituído para coibir práticas de corrupção empresarial, conforme será exposto neste manual.

1.1. RESPONSABILIZAÇÃO PELA PRÁTICA DE ATOS DE CORRUPÇÃO NAS DIFERENTES ESFERAS JURÍDICAS

Em linhas gerais, os atos de corrupção são tratados na esfera **penal**, como crimes contra a Administração Pública, contra a Ordem Econômica e contra a Ordem Tributária; no âmbito **civil**, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992) constitui o principal instrumento de repressão à corrupção; e no campo **administrativo**, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cuida, dentre outras situações, de responsabilizar servidores públicos que incorrem em práticas relacionadas à corrupção, havendo, ainda, as normas de licitações e contratos, em especial a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que tratam de punir irregularidades praticadas por fornecedores.

Nesse cenário de multiplicidade de responsabilização de pessoas físicas e jurídicas, insere-se a Lei Anticorrupção, prevendo a responsabilidade objetiva, em âmbito administrativo e civil, das pessoas jurídicas que cometam atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira.

¹ A Convenção foi promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Essas diferentes esferas atuam de maneira independente. Em outras palavras, para a realização de uma apuração no âmbito administrativo, não se deve aguardar a atuação das esferas civil ou penal, podendo as apurações correrem paralelamente.

Cabe mencionar ainda que, em regra, as conclusões das apurações no âmbito penal e civil não vincularão as conclusões das investigações da Administração. Ademais, ao contrário do que ocorre na esfera civil (art. 935 do Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e no âmbito disciplinar (art. 126 da Lei nº 8.112, de 1990), a LAC não prevê expressamente nenhuma hipótese de repercussão das decisões de outras esferas nas apurações conduzidas em seu âmbito.

Não obstante, cabe mencionar que os artigos 66 e 67 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) preveem a impossibilidade de propositura de ação civil de ressarcimento de dano sobre determinada matéria quando naquele juízo ocorrer a negativa de materialidade. Isto é, a própria legislação penal impõe a vinculação da esfera civil às suas decisões que concluam pela inexistência do fato considerado ilícito.

Uma vez que a decisão penal dessa natureza implica a impossibilidade de cobrança de eventual dano, é razoável concluir-se que também impossibilita a ação administrativa que se fundamente em ato lesivo, caso das apurações decorrentes da Lei nº 12.846, de 2013.

Observe-se que conclusão sobre falta de provas para a condenação, extinção do processo por prescrição, dentre outras circunstâncias que não neguem a existência do fato, não configuram a negativa de materialidade e, portanto, não vinculam as apurações em face de pessoas jurídicas realizadas pela Administração.

No tocante à separação da instância administrativa com o campo de atuação do Tribunal de Contas da União – TCU, é válido ressaltar que a regularidade de contas julgada por aquela Corte não impede a responsabilização de servidores ou pessoas jurídicas pela Administração.

No entanto, a decisão da Corte de Contas que negue existência de fato ou autoria, pode repercutir na esfera administrativa.

Parecer GQ-55 da AGU, de 30 de janeiro de 1995, vinculante:

Contraditório, ampla defesa, prescrição e consequências do julgamento da regularidade de contas pelo Tribunal de Contas da União no processo administrativo disciplinar. [...] 29. A decisão do TCU, adotada em vista de sua função institucional, repercute na ação disciplinar dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública na hipótese em que venha negar especialmente a existência do fato ou a autoria. 30. O julgamento da regularidade das contas, por si só, não indica a falta de tipificação de infração administrativa [...].

1.1.1. ESFERA PENAL

O atual Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), em seus artigos 312 a 359-H, prevê uma série de crimes contra a Administração Pública.

O amplo rol de crimes tipificados nos mencionados artigos, que se somam a outros constantes de diversas leis penais extravagantes que tangenciam a corrupção, tem como sujeitos ativos apenas pessoas físicas.

Cabe ainda mencionar que a Lei nº 8.666, de 1993, tipifica como crimes as condutas consideradas danosas à Administração Pública, à moralidade pública e aos interesses dos demais participantes de licitações públicas, passíveis de verificação nas mais diversas fases do procedimento licitatório e respectivo contrato administrativo, abrangendo situações que vão desde a concepção do instrumento convocatório à efetiva execução do objeto contratual.

É importante destacar que muitos dos atos de corrupção empresarial, previstos como irregularidades na Lei 12.846, de 2013, configuram, também, ilícito penal, não se excluindo, porém, a atuação no âmbito administrativo, pois, repita-se, as esferas penal, civil e administrativa são independentes.

Tais casos devem ensejar a apuração no âmbito penal em face das pessoas físicas que praticaram os ilícitos, devendo a Administração Pública apurar, no âmbito administrativo, as mesmas condutas, tanto em face dos servidores que as tenham praticado (Lei nº 8.112, de 1990), quanto em face das pessoas jurídicas envolvidas.

É certo, porém, que o Código Penal não menciona qualquer possibilidade de responsabilização criminal de pessoas jurídicas, mesmo após a reforma ocorrida em 1984.

De toda sorte, a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe uma inovação quanto à matéria. Em seu art. 225, §3º², a Carta Maior determina que sejam cominadas sanções penais às pessoas jurídicas causadoras de danos ao meio ambiente, comando reforçado na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que, ao regulamentar a matéria, esclareceu, ainda, a separação da responsabilidade individual dos administradores e da empresa, conforme art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Nesse sentido, após regular processo criminal em face da empresa violadora da legislação ambiental, podem ser cominadas isolada, cumulativa ou alternativamente, as penalidades descritas no art. 21 da Lei nº 9.605, de 1998 (I - multa, II - restritivas de direitos, III - prestação de serviços à comunidade), sendo que o art. 22 detalha as hipóteses de penalidade restritiva de direitos aplicáveis às pessoas jurídicas, a saber:

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

² Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Conforme se observa, a pessoa jurídica que pratique atos ou condutas lesivas ao meio ambiente pode sofrer sanção penal restritiva de direitos, com repercussão na seara administrativa, vez que poderá ser proibida de contratar com o Poder Público, na forma do dispositivo legal acima.

Nessa linha, cumpre destacar que a infração ambiental é a única hipótese de responsabilização penal de pessoa jurídica. Quanto às demais apurações relacionadas à corrupção, a repercussão penal alcança somente as pessoas físicas.

1.1.2. ESFERA CÍVEL

Em se tratando de responsabilização na esfera cível, é imprescindível tratar sobre a improbidade administrativa que, de acordo com Martins Júnior, em linhas gerais, significa:

(...) servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os valores do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de precaução ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública.³

A Lei nº 8.429, de 1992, dispõe sobre as sanções aplicáveis àqueles que pratiquem atos de improbidade contra o Poder Público, sejam servidores ou não. Visando alcançar os colaboradores e beneficiários indiretos da prática de atos de improbidade, o art. 3º define que as disposições da mencionada lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Desse modo, é possível a condenação de pessoas jurídicas por atos de improbidade, com fundamento na Lei nº 8.429, de 1992, sendo-lhes aplicáveis as sanções descritas no art. 12 do referido normativo, no que couber. Ressalte-se que, apesar da previsão legal de processo administrativo e judicial para apuração da responsabilidade decorrente de atos de improbidade, as pessoas jurídicas de direito privado somente estão sujeitas à responsabilização na esfera judicial.

Em todas as hipóteses de atos de improbidade (arts. 9º, 10 e 11), a Lei nº 8.429, de 1992, prevê a proibição de contratar com o Poder Público como sanção aplicável às pessoas jurídicas de direito privado, isolada ou cumulativamente com outras penalidades civis e administrativas.

Nesse rumo, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que as pessoas jurídicas podem figurar no polo passivo das ações civis de improbidade administrativa, consoante se observa no REsp nº 1.038.762/RJ, cuja ementa segue transcrita:

³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 113.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. O Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública contra a empresa OAS, recorrente, e o ex-prefeito do Município de Magé/RJ, por suposto cometimento de improbidade administrativa consubstanciada na contratação de obras que não foram realizadas, não obstante terem sido pagas com verbas repassadas com convênios federais.

(...)

4. A afirmação de que não exerce função delegada do poder público nos convênios impugnados é irrelevante, tendo em vista que o art. 3º da Lei 8.429/1992, tido por violado, é claro ao estender seu alcance aos particulares que se beneficiem do ato de improbidade. A expressão 'no que couber' diz respeito às sanções compatíveis com as peculiaridades do beneficiário ou partícipe, conforme entendimento do STJ.

5. O sujeito particular submetido à lei que tutela a probidade administrativa, por sua vez, pode ser pessoa física ou jurídica. Com relação a esta última somente se afiguram incompatíveis as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

(REsp 1.038.762/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18/08/2009)

Frise-se que a legitimidade passiva da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de se demandar os sócios e gestores, os quais responderão com seu patrimônio pessoal pelos danos causados.

Quanto aos agentes públicos envolvidos em atos de improbidade, aplicam-se as penalidades previstas no art. 12 da Lei nº 8.429, de 1992, avaliadas a gravidade do dano e/ou violação de princípios da Administração Pública, apuração esta realizada no âmbito judicial, sem prejuízo de tramitação do devido procedimento disciplinar, conforme disposto no art. 14, § 3º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Ademais, vale ressaltar que a prática de atos ensejadores de conflitos de interesses por agentes públicos, previstos na Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, poderá ser considerada ato de improbidade administrativa para fins civis e administrativos (arts. 12 e 13), sujeitando os agentes públicos às sanções previstas na Lei nº 8.429, de 1992, bem como à penalidade de demissão imposta pela Lei nº 8.112, de 1990, caso sejam disciplinados pelo Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

1.1.3. ESFERA ADMINISTRATIVA

A responsabilidade administrativa por atos de corrupção pode atingir tanto os agentes públicos quanto os agentes privados, pessoas físicas ou pessoas jurídicas envolvidas.

Os agentes públicos federais estão sujeitos ao regime disciplinar imposto pela Lei nº 8.112, de 1990 (servidores públicos da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional) ou aos ditames da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e normativos internos das empresas estatais (empregados públicos).

Quanto ao Estatuto dos Servidores Públicos Federais, o normativo prevê o “tipo” específico de corrupção em seu art. 132, inciso XI, definindo a pena de demissão como reprimenda adequada à conduta, desde que observado o devido processo legal. Além desse, estabeleceu diversos outros enquadramentos administrativos de condutas correlatas a atos de corrupção, tais como o valimento de cargo (art. 117, IX); improbidade administrativa (art. 132, IV), aplicação irregular de dinheiros públicos (art. 132, VIII) e lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional (art. 132, X).

Os empregados públicos, por outro lado, podem ter sua responsabilização administrativa realizada pela rescisão de seu contrato de trabalho por justa causa, conforme previsto na CLT (art. 482, “a”).

Em ambos os casos, faz-se necessária a instauração de processo específico de apuração, conforme rito procedimental estabelecido nos respectivos normativos.

Quanto à responsabilização administrativa de pessoas jurídicas, merece destaque a Lei de Licitações e Contratos, que prevê sanções de cunho administrativo e penal aos agentes públicos e particulares que concorram para a prática de atos lesivos ou fraudulentos ou que, de alguma forma, ensejem o descumprimento contratual. Como veremos em tópico posterior, as pessoas jurídicas podem ser sancionadas administrativamente pela inexecução total ou parcial do contrato (art. 87, Lei nº 8.666, de 1993), ou ainda, pelo enquadramento nas hipóteses previstas no art. 88⁴ do mesmo normativo.

Também inserida nesse contexto está a própria Lei nº 12.846, de 2013, que versa sobre responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

⁴ Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

2. RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA

2.1. ASPECTOS GERAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Antes de adentrar na específica análise das questões que envolvem a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas, por atos ilícitos cometidos contra a Administração Pública, faz-se recomendável tecer sucintas considerações a respeito de institutos do Direito Administrativo que são importantes para a compreensão sobre o tema proposto.

2.1.1. CONCEITO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA

A ideia de sanção jurídica é inerente ao Direito, na medida em que as normas jurídicas preveem reprimendas aos que descumprem seus preceitos, como forma indireta de impor a sua observância pelos respectivos destinatários, haja vista que, em virtude do receio de suportar as consequências do comportamento em desacordo com a norma, espera-se que o agente evite a conduta indesejada pelo ordenamento jurídico.

Percebe-se, então, que as normas jurídicas são compostas por dois elementos básicos: o *preceito*, que constitui o modelo de comportamento prescrito, e a *sanção*, que constitui um tratamento punitivo que o ordenamento jurídico dispensa aos comportamentos violadores dos preceitos antes estabelecidos. Em resumo, a sanção é a consequência da prática de um comportamento ilícito.

Partindo desse conceito mais amplo de sanção jurídica, pode-se definir a *sanção administrativa* como a medida punitiva imposta pela Administração Pública, em função da prática de um comportamento contrário ao estabelecido pelo regime jurídico-administrativo. Nas precisas lições de Rafael Munhoz de Mello, identificam-se no conceito de sanção administrativa três elementos básicos: (i) medida imposta pela Administração Pública; (ii) de aspecto aflagante, com caráter negativo; (iii) em resposta ao ilícito administrativo.⁵

Quanto ao elemento teleológico da sanção administrativa, além da finalidade meramente punitiva, não se pode esquecer dos objetivos também pedagógicos dela decorrentes, uma vez que, não houvesse, de fato, punição para os que agem em desacordo com as normas jurídicas, os valores e bens tutelados pelo Direito estariam reiteradamente sujeitos aos riscos e consequências das condutas a eles ofensivas, deflagradas por indivíduos que não teriam que temer qualquer reação sancionadora do ordenamento jurídico, o que resultaria na ineficácia dos mandamentos normativos.

A impunidade se apresenta como um dos principais mecanismos de fragilização da atuação estatal na consecução de suas finalidades públicas, sendo responsável pelo desencadeamento de um geral sentimento de apatia e descrédito.

⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da CF/88*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63.

A função administrativa sancionadora tem se apresentado como importante instrumento de enfrentamento dos desvios existentes, com significativos avanços na punição de servidores públicos envolvidos em desvios funcionais graves.

No entanto, o pleno combate à corrupção depende não apenas da aplicação de sanção em relação aos agentes corrompidos, faz-se necessário, também, atingir-se os agentes privados corruptores.

2.1.2. NOÇÕES DE PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Destacados alguns aspectos ontológicos da sanção administrativa, não se pode esquecer que em um Estado Democrático de Direito a materialização da função punitiva estatal deve ser desenvolvida em estrita observância aos preceitos normativos estabelecidos na própria Constituição Federal, dentre os quais, o devido processo legal. Nesse esteio, apresenta-se como pressuposto lógico-jurídico do exercício do *ius puniendi* do Estado-Administração o adequado desenvolvimento de um processo sancionador, nos moldes em que se encontra previsto na lei.

Nas precisas linhas de José dos Santos Carvalho Filho, pode-se definir processo como a “*relação jurídica integrada por algumas pessoas, que nela exercem várias atividades direcionadas para determinado fim*”.⁶ Portanto, a ideia de processo reflete função dinâmica, em que os atos processuais se apresentam em sequência ordenada tendentes à materialização de um resultado teleológico.

O processo é normalmente qualificado como instituto inerente à jurisdição, identificado como legítimo instrumento da função jurisdicional. Entretanto, deve haver uma necessária subclassificação do processo de acordo com a função estatal básica em que o processo é desenvolvido. Se a função primordial exercida através da relação jurídica processual for a legiferante, desenvolve-se, então, o processo legislativo, cujas atividades, desenvolvidas em sequência previamente determinada, objetivam a elaboração dos diplomas normativos estabelecidos no art. 59 da Constituição Federal. Por outro lado, se a função é a administrativa, o desenvolvimento ordenado de atos tem por escopo a prática de um ato administrativo final.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari conceituam processo administrativo como sendo uma “*série de atos, lógica e juridicamente concatenados, dispostos com o propósito de ensejar a manifestação de vontade da Administração*”.⁷ Ao seu turno, José Cretella Júnior enfatiza o sentido atual do processo administrativo, como importante mecanismo de coibição de práticas arbitrárias por parte da Administração Pública, uma vez que o seu curso deverá ser desenvolvido de acordo com regras e princípios universalmente consagrados no Direito.⁸

Sobre o tema, esclarecedor o ensinamento dos renomados processualistas Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, ao disporem que:

É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório. Ao garantir a observância do contraditório a todos os

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 862.

⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 61.

“litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral”, está a Constituição (art. 5º inc. LV) formulando a solene exigência política de que a preparação de sentenças e demais provimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da relação jurídica processual.⁹

Diversas são as classificações que se pode extrair do conceito de processo administrativo, tudo a depender do ato administrativo final a que se pretende chegar com a evolução do trâmite processual (mera tramitação, controle, contratual, fiscal, revisional, sancionador, etc.). Por exemplo, se o ato final do processo resultar no julgamento de contas de administradores públicos estar-se-á diante de processo administrativo de contas. De outra forma, se o ato administrativo final que se almeja no curso do processo for a desconstituição ou revisão de determinado crédito tributário, vislumbra-se, então, um processo administrativo fiscal. Quando um dos resultados possíveis ao final do processo administrativo for a aplicação de ato administrativo punitivo, descortina-se, dessa maneira, típico processo administrativo sancionador, a que se faz breve menção.

Nesse espeque, pode-se conceituar o processo administrativo sancionador como a sequência de atos processuais, ordenada na forma de rito procedimental, com a necessária observância do contraditório e da ampla defesa, cujo objeto volta-se à apuração de supostos ilícitos administrativos e à recondução da normalidade administrativa, com a eventual possibilidade da cominação de ato administrativo sancionador, previamente estabelecido em lei.

Percebe-se, então, que sempre que for possível a aplicação de sanção administrativa, ainda que de forma eventual, por expreso mandamento constitucional, faz-se necessária a instauração do devido processo administrativo, mormente nos casos em que se esteja diante de uma relação de sujeição especial¹⁰.

2.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Princípios são proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas e institutos subsequentes de uma disciplina. São os alicerces, os preceitos capitais de um determinado ramo da ciência do direito, surgindo como parâmetro para interpretação e aplicação das demais normas jurídicas.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua e denota a importância dos princípios:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a

⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 293.

¹⁰ Tal relação – entendida não como a situação de sujeição geral que marca a relação dos particulares com o Estado, em decorrência da supremacia do interesse público sobre o privado – possui um diferencial no envolvimento entre o Estado e particulares, em virtude do ingresso voluntário destes em situações jurídicas específicas com a Administração Pública, implicando, assim, uma submissão mais aguda ao regime jurídico que rege a atuação desta, uma vez que agindo no âmbito do aparelho estatal, em colaboração, na realização dos interesses públicos. Este é o caso, por exemplo, dos servidores públicos que ingressam no serviço público e das empresas que se propõem a contratar com a Administração Pública.

tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.¹¹

Os mais importantes princípios da Administração Pública derivam, sobretudo, de dispositivos contidos na Constituição Federal. Tais princípios podem estar dispostos explicitamente, como ocorre com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos previstos no art. 37 da Lei Maior, como também podem estar dispostos implicitamente no texto constitucional. É o que ocorre, por exemplo, com os princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público, da razoabilidade e da proporcionalidade.

2.2.1. DEVIDO PROCESSO LEGAL

Preceitua a Constituição Federal que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, em consagração normativo-constitucional do princípio em questão. No âmbito do direito processual, firmou-se o entendimento de que o devido processo legal, cuja origem costuma-se creditar à histórica Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, se apresenta como supraprincípio norteador de todos os demais a que se deve observância no curso de uma relação processual. Desta maneira, violações aos princípios da legalidade, contraditório e ampla defesa, além de outros a que se fará menção, repercutem de maneira reflexa neste princípio matriz.

Anota-se no campo doutrinário que, por se tratar de princípio-base, teria sido suficiente ao legislador constituinte, no que respeita aos princípios processuais, ter-se limitado à mera previsão do devido processo legal, cuja eficácia irradiante daria ao intérprete da lei elementos suficientes para se extrair do seu conceito todos os outros princípios dele derivados. Não foi essa, entretanto, a opção adotada, uma vez que, além da previsão do princípio maior, estabeleceu o constituinte a previsão expressa de diversos outros que dele naturalmente decorrem, tais como o contraditório e a ampla defesa, publicidade, isonomia etc.

Na atualidade, distingue-se o princípio analisado sob duas óticas: devido processo legal formal (*procedural due process*) e devido processo legal substantivo (*substantive due process*).

Sob o aspecto formal, o devido processo exige a plena observância do rito processual estabelecido em lei, especialmente aquelas garantias e direitos mais sensíveis ao pleno exercício do direito de defesa. Ao interpretar o conceito, Fábio Medina Osório¹² preceitua que a cláusula em exame traduz uma forma de “processualização” das atividades do Poder Público, com a imposição da observância de procedimentos necessários à regular

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 948-949.

¹² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3ª ed., São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009, p. 163.

tramitação processual, tais como: notificação ou citação do imputado, para dar-lhe ciência da imputação em curso; abertura da possibilidade de o imputado manifestar-se a respeito do caso; resolução previamente motivada por parte da autoridade competente e a existência de um órgão julgador imparcial.

Sob o aspecto substancial, o devido processo se apresenta como pilar de sustentação dos ditames da razoabilidade e proporcionalidade, funcionando como mecanismo de controle das arbitrariedades do Poder Público podendo, assim, ser associado à ideia de um processo justo, que permita ampla participação das partes e a efetiva proteção dos seus direitos.

2.2.2. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Os princípios em tela derivam de expressa dicção constitucional, uma vez que, nos termos do inciso LV, art. 5º, do Texto Magno, restou assegurado, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a observância do contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Vale mencionar que o cumprimento de tais mandamentos no estrito âmbito do processo administrativo decorre de louvável inovação pelo Constituinte de 1988, que entendeu relevante impor aos processos administrativos, especialmente os de caráter punitivo, que o seu desenvolvimento fosse operado de maneira dialética.

Decorre do contraditório a noção de bilateralidade de audiência, de forma a exigir a comunicação aos interessados da existência e dos termos do processo, bem como a concessão de oportunidade para que sejam apresentadas alegações e produzidas provas em momento anterior à final decisão do processo. Identifica-se no conceito de contraditório a presença de três elementos basilares: *informação, possibilidade de reação e poder de influência*.

O elemento *informação* impõe que seja dada ciência efetiva aos interessados dos principais atos do processo, em especial, aqueles que possam ensejar agravamento da situação jurídica das partes envolvidas. Não é por menos que o art. 3º, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, estabeleceu como direitos do administrado: ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas.

A informação é justificada no sentido possibilitar a *reação* pelo interessado, verificando-se aqui o segundo elemento, que, uma vez ciente da situação jurídica delineada, poderá desenvolver argumentos defensivos no sentido de desconstituí-la ou contraditá-la. Aduz-se que o contraditório, nesses casos, estará garantido, ainda que concretamente não se verifique a reação, bastando que a parte tenha tido a oportunidade de reagir.

Além da informação e possibilidade de reação, exige-se que essa reação no caso concreto tenha real poder de *influenciar* o convencimento da autoridade julgadora (terceiro elemento da tríade acima descrita), ou seja, haverá a necessidade de que os argumentos sustentados pelo interessado sejam objeto de efetivo exame e ponderação por parte da Administração Processante, ainda que seja para externar motivada discordância. Não é por menos que o supracitado artigo da Lei Geral do Processo Administrativo dispõe ser assegurado ao administrado a formulação de alegações e apresentação de documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente.

Ao seu turno, a ampla defesa traduz a liberdade inerente ao indivíduo de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas, abrindo espaço para que o litigante

exerça, sem qualquer restrição, seu direito de defesa. Ou seja, possibilita-se ao administrado o manejo de todos os instrumentos e mecanismos dispostos no ordenamento jurídico voltados à efetiva materialização do ato de defesa. Afinal, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático.

Na prática, considerando que a violação aos princípios da ampla defesa e contraditório tem aptidão para gerar a anulação do processo, a comissão responsável pela condução dos trabalhos deve ter atenção redobrada no momento de negar a produção de uma prova ou de indeferir uma pergunta feita durante a oitiva de testemunha.

2.2.3. FORMALISMO MODERADO

Tal princípio prescreve que são dispensados ritos sacramentais e formas rígidas para o processo administrativo, bastando, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados e das formalidades essenciais à garantia de seus direitos.

Nesse sentido, faz-se mister a distinção entre formalidades essenciais e não essenciais, considerando-se as primeiras aquelas estabelecidas para assegurar a circunscrita reverência aos ditames de contraditório e ampla defesa, núcleo duro do direito processual punitivo. Todas as demais formalidades são consideradas não essenciais, podendo ser aproveitadas, desde que atendida a finalidade original do ato.

A instrumentalidade das formas busca aproveitar o ato supostamente viciado, permitindo-se a geração dos seus efeitos, ainda que se reconheça a existência do desrespeito à forma legal. O primordial é analisar se o desrespeito à forma legal para prática do ato o afastou de sua finalidade, além de verificar se o descompasso entre o ato como foi e como deveria ser praticado segundo a forma legal causou algum prejuízo ao interessado. Assim, não havendo prejuízo à parte, em especial ofensa ao contraditório e à ampla defesa, tampouco haverá prejuízo ao próprio processo, que não é um fim em si mesmo.

Na realidade vivenciada pelas comissões responsáveis pela condução de processos administrativos, podemos verificar diversas situações em que o princípio do formalismo moderado tem incidência. Com efeito, é possível defender a validade da comunicação dos atos processuais, ainda que não tenha observado a forma prevista em lei – tal como na troca da nomenclatura do ato -, desde que tenha alcançado seu objetivo.

Do mesmo modo, a defesa apresentada pelo acusado deve ser considerada independentemente da forma utilizada, sendo necessário somente que a peça contenha os requisitos mínimos para que seja apreciada pela comissão – seria possível, assim, aceitar uma peça de defesa manualmente escrita, por exemplo.

3. RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE PESSOAS JURÍDICAS NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3.1. NOÇÕES DE LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO

Antes de adentrar no exame específico de uma das mais importantes formas de responsabilização administrativa de pessoas jurídicas, a saber, aquela prevista em normas de licitações e contratos públicos, importa abordar alguns aspectos mais relevantes desses dois institutos basilares do Direito Administrativo.

Licitação é um procedimento administrativo destinado à seleção da melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública, estribando-se na ideia de competição a ser travada, isonomicamente, entre os que preencham os atributos e as aptidões necessárias ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. Nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, subordinam-se ao seu regime, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Segundo observado por Fernanda Marinela¹³, o procedimento licitatório deve contemplar três exigências públicas inafastáveis, quais sejam: (i) proteção dos interesses públicos e recursos governamentais; (ii) respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade; (iii) obediência aos reclames da probidade administrativa.

Esboçando semelhante linha de raciocínio, Carvalho Filho¹⁴ indica como um dos fundamentos primordiais do procedimento licitatório a moralidade administrativa, uma vez que voltada à prevenção de eventuais condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvado a acenos ilegítimos de particulares, ou levado por sua própria deslealdade para com a administração e a coletividade. O outro fundamento da licitação é a necessidade de se proporcionar igualdade de oportunidades a todos quantos se interessem em contratar com a administração.

Consoante tais fundamentos basilares, o próprio legislador pátrio consagrou expressamente que a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Ademais, será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Sempre que houver violação manifesta aos objetivos essenciais acima elencados, seja através de condutas ilícitas praticadas por agentes públicos, seja por agentes privados, faz-se necessária a imediata movimentação da máquina administrativa no sentido de apurar as supostas irregularidades e, em sendo o caso, aplicar as penalidades legalmente estabelecidas, por meio da instauração do devido processo administrativo.

O art. 82 da Lei nº 8.666, de 1993, sustenta o cabimento da responsabilidade dos agentes administrativos, dispondo que aqueles que praticarem atos em desacordo com

¹³ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 3ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 277.

¹⁴ CARVALHO FILHO, Santos José. *Op. cit.*, p. 222.

os preceitos da lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas na própria lei de licitações e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar. Ao seu turno, os artigos 86 a 88 do mesmo diploma fundamentam a responsabilização administrativa dos agentes privados que licitem ou contratem com a Administração Pública.

Há de se destacar que a responsabilidade dos particulares não se restringe às ilicitudes ocorridas no estrito liame da relação contratual, como pode levar a crer a leitura isolada do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, já que o art. 88 dessa mesma lei prevê expressamente que as sanções administrativas, especialmente aquelas de caráter externo, como suspensão e declaração de inidoneidade, poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação, ou que demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Esclarece, assim, Marçal Justen Filho¹⁵ que, nos seus três incisos, o art. 88 arrola casos desvinculados de uma obrigatória inexecução propriamente dita de contratos administrativos, externando conclusão de que a responsabilidade ali prevista por atos ilícitos abrange, inclusive, aqueles praticados em momento pré-contratual, como é o caso da licitação e suas etapas.

Após concluída a licitação ou os procedimentos de dispensa ou inexigibilidade, a Administração adotará as providências necessárias para a celebração do contrato correspondente. Nesta direção, é oportuno recordar que se conceitua *contrato administrativo* como o pacto estabelecido entre a Administração Pública e particulares, submetido, preponderantemente, ao regime jurídico de direito público, tendo por objeto mediato a consecução de uma finalidade de interesse público.

No mencionado instrumento negocial, deverão ser estabelecidas de forma clara e precisa as cláusulas que definirão direitos, obrigações e responsabilidades da Administração e dos particulares, devendo tais disposições estar em plena harmonia com a lei de regência, com os termos do ato convocatório ou com a autorização para contratação direta. O art. 55 da Lei de Licitações e Contratos prescreve, solenemente, quais são as cláusulas necessárias em todos os contratos firmados sob o regime jurídico-administrativo.

Tem especial relevância aos propósitos do presente trabalho os itens destacados nos incisos VII, VIII e XIII do art. 55, impondo que os termos contratuais especifiquem de forma minimamente satisfatória: (i) os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; (ii) os casos de rescisão; (iii) a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Os contratos privados usualmente refletem contexto em que as partes acordantes se situam no mesmo plano jurídico, não havendo, portanto, supremacia de uma sobre a outra. Já nos contratos administrativos a situação é diversa, tendo em vista que a Administração Pública externa uma posição de supremacia em relação à outra parte, em razão de agir visando a uma finalidade de interesse coletivo. O regime de supremacia jurídica da Administração face ao particular encontra-se regulado ao longo do art. 58 da Lei de Licitações, conferindo o manejo de diversas prerrogativas, tais como a alteração e rescisão unilateral do contrato, o poder fiscalizatório e, em especial, o poder punitivo.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos Administrativos*. 14^a. ed., São Paulo: Dialética. 2010. p. 897.

Prevalece, portanto, no seio dos contratos administrativos, o interesse da coletividade sobre o interesse privado, o que, no entanto, não permite que a Administração, ao impor sua própria vontade, ignore direitos do particular que com ela contrata, devendo zelar pelos ditames de equidade e justiça. Não é por outro motivo que, ao alterar de forma unilateral as cláusulas contratuais, deverá resguardar, necessariamente, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (art. 65) ou, ao aplicar uma das sanções estabelecidas em lei, deverá ser garantida prévia defesa (art. 87), em plena observância ao princípio do devido processo legal.

No âmbito das licitações e contratos administrativos, a atividade sancionadora da Administração Pública encontra expresso fundamento legal nos arts. 55, inciso VII; 58, inciso IV; e 81 a 88, todos da Lei nº 8.666, de 1993.

Aspecto ainda importante, relacionado ao regime jurídico dos contratos administrativos, é a incidência direta do princípio da boa-fé objetiva aos contratos em epígrafe. Tradicionalmente vinculado ao regime dos contratos do direito privado, o princípio em comento também produz seus efeitos no âmbito dos contratos de direito público, respaldando-se tal entendimento nos precisos termos do art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666, de 1993, que alberga a aplicação supletiva, nos contratos administrativos, dos princípios da teoria geral dos contratos. Também o princípio constitucional da moralidade administrativa está a reforçar diretamente a incidência do princípio em tela.

Boa-fé objetiva, nas lições de Cláudia Lima Marques,¹⁶ seguindo a nova concepção social do contrato, significa

“Uma atuação refletida, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”.

A boa-fé constitui-se em princípio constitucional implícito, deduzido e entendido do sistema de valores adotado pela Carta Magna, particularmente dos postulados constitucionais da dignidade humana (art. 1º, III), da solidariedade social (art. 3º, I), da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI) e, no que concerne particularmente ao Direito Administrativo, da moralidade (art. 37, *caput*). A própria Lei Geral do Processo Administrativo (Lei nº 9.784, de 1999) estabelece, em seu art. 2º, IV, que, na condução dos processos, serão observados, dentre outros, critérios de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

A tese da incidência do princípio da boa-fé objetiva nos contratos administrativos restou consagrada na jurisprudência do STJ, que ao julgar o REsp nº 914.087/RJ, relator Min. José Delgado (julgado em 4 de outubro de 2007), deixou assentado que:

Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 181.

razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.

A boa-fé objetiva, entendida como a exigência de conduta leal dos contratantes, está relacionada com os deveres anexos de conduta, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo, conforme entende Flávio Tartuce,¹⁷ sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial. São considerados deveres anexos, entre outros, o dever de informação, de cooperação, de agir com lealdade e probidade, cuja inobservância tem a aptidão de gerar a violação positiva do contrato, com eventual responsabilização da parte descumpridora, inclusive na seara administrativo sancionadora.

3.2. DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA EM LICITAÇÕES E CONTRATOS

Com relação especificamente à atividade administrativa de apuração de infrações e de aplicação de sanções a licitantes ou contratados faltosos, a doutrina administrativista costuma considerar essa prerrogativa punitiva como uma cláusula exorbitante, decorrente da supremacia do interesse público. A utilização dessa prerrogativa visa a restauração do equilíbrio no ordenamento jurídico, a partir da imposição de penalidades, o desestímulo à prática de atividades ilícitas e o reforço ao cumprimento das disposições legais e contratuais.

Sendo assim, independentemente do nome que se dê a essa atividade, ela é indisponível e realmente necessária à dinâmica administrativa. Na realidade, é um poder-dever, e uma vez identificada a ocorrência de infração administrativa, a autoridade não pode deixar de apurar e, quando for o caso, aplicar a sanção pertinente, havendo ênfase, na doutrina majoritária, quanto ao dever disciplinar, em razão do art. 320 do Código Penal, que tipifica a figura da condescendência criminosa.

Para que essa função seja desempenhada de forma legítima e eficiente, uma boa gestão contratual se faz necessária, de maneira a ser possível extrair dos autos os informes necessários à administração (supervisão, fiscalização, avaliação) do desempenho do contratado na execução do objeto, cujo desafio diário pode ser sintetizado na dicotomia entre o interesse público e o interesse do contratado.

Nesse esteio, a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 67, determina que a execução do contrato seja acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, o denominado “fiscal de contrato”. O mesmo dispositivo legal permite a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes às suas atribuições de fiscal.

Com o intuito de formalizar essa importante tarefa, o representante da Administração deverá anotar, em registro próprio, todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

O Tribunal de Contas da União (TCU), em diversos julgados (por exemplo, Acórdão nº 1.382/2009 – Plenário), vem determinando que os gestores adotem rotina de

¹⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Editora Gen/Método. 2011, p. 502.

designação de fiscal promovam a devida fiscalização dos contratos, nos termos do art. 67 da Lei nº 8.666/1993.

A figura do fiscal de contrato é essencial para uma boa gestão contratual e para o exercício das competências sancionatórias e o devido processo administrativo.

Essa rápida abordagem sobre a gestão contratual é feita em virtude de a aplicação efetiva da sanção ser muitas vezes uma consequência lógica do bom acompanhamento da execução do contrato pela Administração Pública, que possibilita a detecção imediata da irregularidade e a determinação das medidas necessárias à regularização das faltas, inclusive, se for o caso, a notificação do fornecedor, para conhecimento do ilícito e apresentação de defesa.

Vale reiterar que o exercício desse poder punitivo na seara licitatória e contratual deve observar com bastante rigor os princípios constitucionais que devem pautar a atuação da Administração Pública, nos termos acima elencados, uma vez que podem acarretar gravíssimas repercussões jurídicas na órbita de interesses de particulares.

3.3. PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Na esfera dos poderes sancionadores da Administração Pública, está abrangida a apuração de ilícitos praticados por pessoas (físicas ou jurídicas) que ostentem uma relação de vínculo especial com o Poder Público. De sorte que o devido processo legal desdobra-se nas garantias do contraditório e da ampla defesa, funcionando como meio de se delimitar a responsabilidade administrativa dos infratores e ensejar a cominação da penalidade eventualmente cabível.

No âmbito das relações contratuais firmadas entre o Poder Público e particulares, a adoção de medidas saneadoras de infrações encontra respaldo em normas cogentes inseridas nos diplomas legais que regulam a matéria, em especial a Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (Lei do Pregão) e a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

À vista do disposto nos arts. 81 e 87 da Lei nº 8.666/1993, resta inequívoca a compulsoriedade da averiguação de transgressões pré-contratuais e contratuais dos particulares que atuam junto aos órgãos e entidades das unidades federativas, mormente em razão de que a inarredável finalidade do Poder Público em bem gerir os interesses coletivos não franqueia às autoridades administrativas portarem-se com indiferença no trato dos assuntos pertinentes à defesa do patrimônio público.

Assim, segundo o disposto nos diplomas legais norteadores da matéria, cumpre à autoridade competente ou ao agente público com atuação nas diversas fases da licitação ou do contrato, visando à preservação do interesse público, pronunciar-se acerca dos eventuais ilícitos ou vulneração de regras contidas nas normas de licitações e contratos ou no ato convocatório, com a consequente abertura de procedimento hábil à apuração de responsabilidade administrativa do infrator. Caso contrário, a inércia administrativa pode implicar ou estimular a reiteração de práticas indevidas ou abusivas em detrimento do adequado funcionamento da máquina administrativa e do interesse público.

Sob essa perspectiva, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União tem atuado de maneira incisiva no cumprimento dos dispositivos legais voltados à aplicação de penalidades às empresas que incorram em infrações administrativas em face

do Poder Executivo Federal, cometidas no bojo de licitações e contratos, por meio da instauração de processos administrativos sancionadores orientados pela estrita observância do princípio da legalidade e da garantia do direito de ampla defesa.

Daí resulta a deflagração do procedimento sancionador como instrumento adequado à atividade de produção do ato administrativo punitivo. Tal procedimento resguarda aos administrados as garantias processuais outorgadas pela Constituição e a fruição de seus direitos em face do Poder Público, viabilizando a pertinente qualificação jurídica da conduta sob a ótica da norma punitiva.

Tal atividade administrativa pressupõe a adequada orientação do servidor no sentido da implementação das providências materiais aptas a sustar a consumação ou continuidade da situação antijurídica, zelando para que o procedimento de apuração seja conformado aos limites da legalidade, bem assim que possa resultar no acurado dimensionamento da conduta do ente privado e na fixação da penalidade compatível com a gravidade da ocorrência.

3.3.1. RITO PROCEDIMENTAL

As ocorrências que ensejam a deflagração do procedimento de apuração estão estatuídas no Capítulo IV da Lei nº 8.666/1993, em especial nos arts. 86 a 88, e não concedem margem de discricionariedade quanto à adoção das medidas saneadoras pertinentes. Isto porque, em se tratando de ajuste de vontades celebrado sob o regime jurídico de direito público, prevalece o interesse público indisponível a subtrair do agente competente a faculdade de conduzir-se sob seu exclusivo arbítrio na lida com as situações de irregularidades em licitações e contratos administrativos.

Não é demais reiterar que a aplicação de sanção administrativa a empresas e profissionais que contratem com a Administração Pública pressupõe a adoção de procedimento operado em consonância com as garantias processuais asseguradoras do devido processo legal, além de pautada pelo princípio da proporcionalidade, de forma que o resultado da apuração traduza um julgamento justo e isento de vícios.

No que diz respeito ao rito procedimental a ser observado, a legislação de regência carece de disposições mais específicas sobre o tema, descortinando lacunas a serem superadas por meio do emprego de princípios jurídicos, analogia e práxis administrativa.

A título de exemplo, no bojo da Lei nº 8.666/1993, no que tange a procedimentos insertos no processo administrativo sancionador, o legislador, no § 3º do art. 87, limitou-se a informar prazo para eventual apresentação de defesa pelo interessado e a autoridade competente para aplicar a declaração de inidoneidade. Nada impede que, desde que em consonância com os princípios que regem o processo administrativo sancionador, o instrumento convocatório e o próprio contrato versem sobre aspectos ligados ao rito procedimental.

Em linhas gerais, a operacionalização do procedimento dá-se mediante a instauração de processo cujos autos, devidamente numerados, ao final restarão potencialmente instruídos, dentre outros, pelos seguintes documentos:

- Manifestação técnica fundamentada, emitida pelo servidor público responsável (ex: fiscal do contrato), sobre o fato ocorrido;

- Notificação da ocorrência encaminhada ao prestador do serviço, pela autoridade competente, com exposição dos motivos que a ensejaram, bem como dos prazos para defesa e a indicação das sanções cabíveis;
- Cópia do contrato ou instrumento equivalente;
- Documentos que comprovem o descumprimento da obrigação assumida, tais como:
 - cópia da nota fiscal, contendo atestado de recebimento;
 - notificações ou solicitações não atendidas;
 - laudo de inspeção, relatório de acompanhamento ou de recebimento e manifestação técnica emitidos pelos responsáveis pelo recebimento ou fiscalização do contrato.
- Defesa final apresentada pela empresa ou profissional contra os fatos a eles imputados, se houver;
- Manifestação da unidade administrativa competente quanto às razões apresentadas pelo acusado e a aplicação da sanção ou decisão do Ministro de Estado, nas hipóteses em que a sanção for a de declaração de inidoneidade;
- Cópia da notificação encaminhada ao acusado sobre a aplicação da penalidade;
- Eventual recurso ou pedido de reconsideração interposto;
- Manifestação técnico-jurídica sobre o possível recurso ou pedido de reconsideração;
- Decisão sobre o recurso ou pedido de reconsideração porventura interposto;
- Extratos das publicações no Diário Oficial da União.

Considerando que, conforme exposto supra, a Lei nº 8.666/1993 apenas esboçou um rito a ser adotado, conforme se extrai de seu art. 87, §§ 2º e 3º, cumpre a execução da atividade sancionadora mediante o complemento das regras de processo administrativo, em especial com aquelas contidas na Lei nº 9.784/1999, além da implementação das já aludidas garantias processuais constitucionais que assegurem o atendimento ao devido processo legal.

Conforme já aduzido, as hipóteses ensejadoras da abertura de processo administrativo sancionador a contratados e licitantes encontram-se enumeradas em dispositivos distintos, a saber, arts. 87 e 88 da Lei de Licitações e Contratos, art. 7º da Lei do Pregão e art. 47 da Lei do RDC, de forma que, para melhor visualização das causas de sancionamento, cumpre aqui arrolá-las conjuntamente:

- Não celebração do contrato pelo licitante convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- Apresentação de documentação falsa exigida para o certame ou ausência desta;
- Comportamento inidôneo ou cometimento de fraude fiscal;

- Prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
- Falta de idoneidade para contratar com a Administração, em virtude de atos ilícitos praticados;
- Não manutenção da proposta;
- Falha ou fraude na execução do contrato;
- Descumprimento das obrigações assumidas em contrato administrativo;
- Retardamento na execução do objeto.

Vê-se, portanto, que o elenco de práticas irregulares abrange fases do ajuste contratual que vão desde a abertura do certame até a execução do objeto respectivo, o que faz com que no procedimento apuratório concorram tanto entes privados, na condição de interessados, licitantes ou contratantes, quanto agentes públicos com diferentes atribuições na dinâmica dos contratos administrativos, a exemplo da comissão permanente de licitação (ou pregoeiro, para os fins da Lei nº 10.520/2002), do ordenador de despesas, do fiscal do contrato, além da autoridade administrativa investida da competência decisória.

Com efeito, o ato inaugural da demanda sancionadora consiste, via de regra, na emissão de manifestação técnica fundamentada, atestando a ocorrência do ato ilícito, atribuição que, conforme o caso, pode estar a cargo da comissão permanente de licitação (CPL), pregoeiro, fiscal do contrato ou do servidor encarregado da emissão de atestados de prestação de serviços, recebimento parcial ou total da obra, ou, ainda, entrega de bens.

Segue-se com a interveniência do ordenador de despesas, a quem cumpre, salvo disposição regimental mais específica, instar o setor administrativo competente a proceder à notificação, por escrito, da empresa ou profissional fornecedor do serviço ou responsável pela execução da obra acerca da instauração de procedimento sancionatório, oportunidade que lhe será franqueado prazo para a apresentação de defesa prévia, caso tenha interesse.

Do procedimento descrito acima avultam duas considerações dignas de nota. A primeira concerne à forma de comunicação do ato de notificação, que poderá realizar-se: a) via entrega pessoal ao fornecedor mediante recibo; b) por correspondência a ser expedida pelo correio, ou por mensagem eletrônica encaminhada ao endereço virtual dos representantes (em ambos os casos é imprescindível o aviso de recebimento); ou, c) de forma residual, por meio de publicação no Diário Oficial da União ou outro meio que assegure a ciência do interessado.

O segundo registro refere-se à aparente dubiedade do prazo concedido ao licitante ou contratado para que exercite o seu direito de petição, por conta da divergência existente entre a redação dos §§ 2º e 3º do art. 87 da Lei nº 8.666/1993. Esta potencial contradição é superada sem maiores dificuldades diante do texto da norma, que é de meridiana clareza ao estabelecer o prazo de 5 (cinco) dias quando a sanção a ser aplicada consistir em advertência, multa ou suspensão, ao passo em que o intervalo mais elástico de 10 (dez) dias é concedido nas hipóteses de condutas a serem apenadas com a declaração de inidoneidade.

Cumprido, ainda, destacar que a abertura de prazo para a manifestação do acusado dá-se em observância às garantias da ampla defesa e do contraditório, nos termos em que assegurado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV (*“aos litigantes em*

processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”).

Ademais, não se pode olvidar a possibilidade de que a pessoa jurídica fornecedora logre apresentar argumentos idôneos que suplantem o prévio juízo de reprovabilidade da conduta, caso em que o exercício do poder administrativo sancionador pela Administração Pública será mitigado ou até eliminado.

Na hipótese de não acolhimento da defesa apresentada pelo acusado, aplicar-se-á a sanção cabível segundo elenco que consta do art. 87 da Lei de Licitações e Contratos. *In verbis*:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I – a advertência;

II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

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

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

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

Em se tratando de certame conduzido sob a modalidade de pregão, incide a disciplina estabelecida pela Lei nº 10.520/2002, notadamente o art. 7º respectivo, o qual dispõe:

Art. 7º. Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos,

sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Por sua vez, em relação ao Regime Diferenciado de Licitações (RDC), a lei de regência disciplinou o assunto da seguinte maneira:

Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:

I – convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei;

II – deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;

III – ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

IV – não manter a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;

V – fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;

VI – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou

VII – der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

§ 1º A aplicação da sanção de que trata o caput deste artigo implicará ainda o descredenciamento do licitante, pelo prazo estabelecido no caput deste artigo, dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que compõem a Autoridade Pública Olímpica.

§ 2º As sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por esta Lei.

Como será examinado mais detidamente no próximo tópico, tal rol de punições é taxativo, de forma que não compete à Administração ampliar as hipóteses de sanções para condutas que não estejam previamente definidas em lei como sujeitas a penalidade administrativa, nem tampouco inovar no estabelecimento de tipos infracionais, óbice reconhecido pela doutrina e jurisprudência majoritária sob a chancela, sobretudo, do princípio de legalidade. A título ilustrativo, segue o excerto de jurisprudência abaixo:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. AFERIÇÃO EM BOMBAS DE COMBUSTÍVEIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ART. 8º DA LEI 9.933/99. PENALIDADES. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ISOLADA OU CUMULATIVA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PLENA OBSERVÂNCIA.

(...)

4. Os atos da Administração Pública devem sempre pautar-se por determinados princípios, entre os quais está o da legalidade. Por esse princípio, todo e qualquer ato dos agentes administrativos deve estar em total conformidade com a lei e dentro dos limites por ela traçados.

5. A aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração

administrativa. (STJ. REsp 983.245/RS, rel. Min. Denise Arruda, julgado em 09/12/2008)

3.4. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM LICITAÇÕES E CONTRATOS

As sanções administrativas previstas nos diplomas legais que regem as licitações públicas são: (1) na Lei nº 8.666/1993 - advertência; multa; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 anos; declaração de inidoneidade; (2) nas leis que regem o pregão e o RDC - impedimento de licitar e contratar pelo prazo de até 5 anos.

Ao examinar as referidas penalidades, verifica-se que, em algumas, os respectivos efeitos se encerram no bojo da relação contratual, ao passo que, em outras, repercutem para além dos limites daquela relação. Fala-se, então, em sanções internas e sanções externas.

No caso da advertência e da multa, os efeitos se exaurem na contratação respectiva, não havendo quaisquer repercussões em outros procedimentos licitatórios ou contratações posteriores. Inclusive, só há possibilidade de aplicação dessas penalidades enquanto em curso a relação contratual.

Nas sanções de suspensão temporária, declaração de inidoneidade e impedimento, os efeitos jurídicos extrapolam os liames meramente contratuais, podendo ser aplicadas ainda que extinto o vínculo negocial.

Lançadas as linhas diretivas da aplicação das sanções contratuais, cumpre prosseguir na descrição individualizada de cada penalidade prevista.

3.4.1. ADVERTÊNCIA

Trata-se da mais branda dentre as sanções administrativas da Lei de Licitações e Contratos, funcionando como uma espécie de censura moral, materializada em um comunicado oficial da Administração, quanto a pequenas falhas na execução do contrato ou possível descumprimento de deveres e obrigações contratuais por parte do fornecedor, instando-o a adotar as medidas corretivas pertinentes.

Importante notar que dita modalidade de sanção não acarreta maiores restrições à empresa transgressora, a qual não tem suprimida a sua aptidão para concorrer em certames licitatórios ou mesmo contratar com o Poder Público. Por essa razão, tal penalidade somente tem lugar nas hipóteses de infração de pequena gravidade, mormente nos casos de negligência ou faltas sanáveis.

Apesar de a sanção relacionada corresponder a infrações de menor potencial ofensivo aos interesses da Administração, para sua aplicação é indispensável a instauração do devido processo administrativo, observados o contraditório e a ampla defesa.

De todo modo, podem-se identificar dois principais efeitos decorrentes da aludida penalidade. O primeiro implica a submissão do punido a uma fiscalização mais acurada por parte da Administração, ensejando acompanhamento mais rigoroso da atuação do particular frente às cláusulas contratuais. O segundo reside na possibilidade de aplicação de penalidade mais severa em caso de reincidência, seja ela genérica ou específica.

3.4.2. MULTA

A multa corresponde a uma sanção pecuniária que se justifica pelo descumprimento de dever legal ou contratual, destinada à punição do contratado ou licitante que tenha deixado de honrar suas obrigações contratuais.

Será de natureza moratória quando sua incidência tiver respaldo no art. 86 da Lei nº 8.666/1993, que cuida da hipótese de atraso injustificado na execução do contrato. Por outro lado, se cominada com fulcro no art. 87, II, do mesmo diploma (inexecução total ou parcial do contrato), a sua conotação será compensatória.

Em ambas as modalidades, é nítido seu caráter coercitivo, apresentando-se, assim, como a única modalidade de sanção prevista no regime de licitações e contratos que pode ser aplicada de maneira cumulativa com as demais espécies sancionatórias, nos termos do § 1º do art. 87 da Lei nº 8.666/1993.

Na dicção normativa (art. 86, *caput*), afigura-se como condição indispensável para a sua aplicação a expressa previsão no instrumento convocatório ou no contrato, inclusive com prévia fixação do percentual a ser adotado, além da natureza jurídica da multa, se compensatória ou moratória.

Sem embargo, ainda carecem de disciplina normativa os parâmetros utilizados para a definição de seu percentual, circunstância que demanda do administrador a irrestrita observância dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Sob tal prisma, o montante não poderá ser inexpressivo, sob pena de redundar em instrumento ineficaz. Por outro lado, tampouco deverá sê-lo exorbitante, a ponto de ensejar o enriquecimento sem causa por parte da Administração.

Ainda digna de nota é a discussão acerca da fonte para pagamento da multa, ante as previsões dos §§ 2º e 3º do art. 86, da Lei nº 8.666/1993, o primeiro versando sobre a garantia prestada pelo contratado, e o segundo sobre o desconto das parcelas vincendas, sob incumbência da Administração.

Quanto a este ponto, o Tribunal de Contas da União tem-se manifestado refratário ao imediato desconto da multa do valor da garantia, sob o argumento de que tal procedimento poderia implicar uma situação de vulnerabilidade para a Administração, que quedaria desprovida da integralidade da garantia no decorrer da implementação do contrato (TCU. Processo nº 012.916/ 1999-4. Decisão nº 621/2001-Plenário).

Assim, aquela Corte de Contas tem entendido por viável primeiro proceder-se à dedução da multa em face dos eventuais créditos devidos ao contratado, que, caso frustrada, deverá ser seguida do acionamento do aparelho judiciário mediante o ajuizamento de cobrança judicial, para, só então, promover-se o abatimento da pena pecuniária do valor prestado a título de garantia contratual.

3.4.3. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA

Essa modalidade de sanção está prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, e implica a restrição temporária do direito da empresa ou particular de licitar e contratar, ou seja, a impossibilidade de se habilitar em certames licitatórios ou contratar com a Administração Pública por prazo que não poderá ser superior a 2 (dois) anos.

Vê-se, de plano, que se trata de sanção bem mais severa que a simples advertência ou mesmo a multa, de forma que se mostra cabível em situações de infrações de médio ou grave teor ofensivo. Ainda assim, cumpre à Administração ministrá-la sob o viés dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, em consideração à situação posta pelo caso concreto, inclusive porque dita modalidade sancionadora comporta gradação, pois chega a até 2 (dois) anos de suspensão.

Matéria ainda polêmica no exame da doutrina e jurisprudência concerne à abrangência dos efeitos da aludida punição. A *primeira corrente*, mais restritiva, entende que os efeitos da penalidade de suspensão se circunscrevem ao órgão, entidade ou unidade administrativa que a impôs ao particular, não podendo lhe ser aplicado o mesmo tratamento da declaração de inidoneidade, que, como se verá, tem amplitude máxima, abrangendo todos os órgãos e entidades que compõem a Administração Pública. A *segunda corrente* sustenta uma percepção mais ampla dos efeitos da suspensão temporária, os quais seriam equivalentes aos efeitos da declaração de inidoneidade, diferenciando-se, apenas, em relação ao prazo final do impedimento.

A doutrina amplamente majoritária costuma adotar o entendimento restritivo quanto à extensão dos efeitos da sobredita sanção. Dentre os principais argumentos jurídicos, sustentam que o próprio legislador teria estabelecido tal distinção ao longo do texto da Lei nº 8.666/1993, realizando, assim, uma interpretação autêntica da norma que prevê a suspensão. Nesse diapasão, o inciso III do art. 87 da Lei de Licitações e Contratos, ao tratar da sanção de suspensão temporária, dispõe que ela produz efeitos no âmbito da “Administração”; já o inciso IV, ao tratar da sanção de declaração de inidoneidade, prescreve que sua aplicação se dá na esfera da “Administração Pública”.

Por sua vez, os incisos XI e XII do art. 6º da mesma lei definem, respectivamente, “Administração Pública” e “Administração”. Segundo tais dispositivos, Administração Pública é “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”, enquanto Administração é “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”.

Aponta-se, ainda, como nota distintiva considerada pelo legislador, o fato de o tipo penal previsto no art. 97 da multicitada lei (admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo) apenas fazer menção à hipótese da declaração de inidoneidade, nada dispondo sobre a suspensão temporária; tal referência expressa àquela outra sanção estaria a indicar, portanto, a diversidade de repercussões jurídicas das espécies punitivas em questão.

Com base em tais fundamentos, o Tribunal de Contas da União consolidou sua jurisprudência consoante a corrente restritiva, tanto que determinava aos órgãos públicos que se abstivessem de incluir em seus editais a vedação à participação, nas licitações por eles promovidas, de empresas que tivessem sido apenas por outros órgãos somente com a suspensão do direito de licitar (art. 87, III, da Lei nº 8.666/1993), exceto nos casos em que a suspensão tivesse sido imposta pelo próprio ente realizador do certame.

Consigne-se que, recentemente, e em julgados isolados, foram identificadas divergências em decisões do TCU (Acórdão nº 2.218/2011 – 1ª Turma) que sugeririam uma revisão do entendimento outrora consolidado, suscitando o acatamento da posição interpretativa mais ampla, a qual, conforme se verá adiante, é identificada nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e segundo a qual o efeito da sanção de suspensão temporária de licitar e contratar deve ter alcance subjetivo amplo.

Contudo, não se pode afirmar que houve, de fato, alteração substancial do entendimento anteriormente consagrado na Corte de Contas, uma vez que, ante a suscitada divergência, o Plenário voltou a examinar mais recentemente o assunto, reafirmando então o seu posicionamento tradicional, sintetizado da seguinte maneira: *“As sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, previstas no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcançam apenas o órgão ou a entidade que as aplicaram”*. (Acórdão nº 3.439/2012-Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo, 10/12/2012).

A celeuma jurídica alcança patamares tão profundos que nem mesmo a Advocacia-Geral da União (AGU), órgão responsável pela uniformização de entendimentos sobre teses jurídicas no âmbito do Poder Executivo Federal, saiu ileso do enfrentamento da divergência e alternância de entendimentos.

Assim, no ano de 2011, após analisar a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, curvando-se ao entendimento consagrado no STJ, a AGU, por meio do Parecer nº 87/2011/DECOR/CGU/AGU, externou entendimento segundo o qual a sanção denominada suspensão, prevista na Lei Geral de Licitações, *“afasta o sancionado das licitações e contratações promovidas por toda a Administração Pública brasileira”*.

Entretanto, o Parecer nº 02/2013/GT/Portaria nº 11, datado de 27 de fevereiro de 2013, altera radicalmente o entendimento anteriormente consagrado e se filia à posição restritiva observada pelo TCU, passando, assim, a adotar o raciocínio segundo o qual os efeitos impeditivos da suspensão temporária alcançam apenas a entidade ou órgão sancionador.

No outro extremo da divergência, encontra-se o posicionamento firmado reiteradamente pelo STJ, segundo o qual, em interpretação consentânea com o princípio da moralidade administrativa, e entendendo que a Administração Pública é una, é irrelevante a distinção entre os termos “Administração Pública” e “Administração”, de sorte que ambas as figuras sancionadoras – “suspensão temporária” e “declaração de inidoneidade” – acarretam ao fornecedor punido administrativamente a impossibilidade de participar em licitações e contratações futuras, uma vez que *“a limitação dos efeitos da ‘suspensão de participação de licitação’ não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública”* (REsp nº 151.567/RJ, rel. Min. Francisco Peçanha, julgado em 25/02/2003). Tal posição tem sido reafirmada mais recentemente pelo STJ, conforme se observa do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 32.628/SP (rel. Min. Mauro Campbell, julgado em 06/09/2011).

3.4.4. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

A declaração de inidoneidade tem assento no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 e consubstancia a mais severa dentre as medidas punitivas aplicáveis a contratados e licitantes. Isso porque, nos termos do § 3º do art. 87, ela tem vigência pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos – que é o teto da sanção de suspensão temporária –, sem que se tenha estabelecido um período máximo de duração.

Sendo assim, a pena permanece em vigor enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade. Dessa maneira, a extinção dos efeitos da sanção de declaração de inidoneidade, ao contrário da suspensão temporária, não se produz de modo automático pelo simples decurso do prazo, dependendo de ato administrativo formal, de

cunho desconstitutivo, mediante requerimento expresso de reabilitação formulado pelo apenado, o qual somente poderá ser pleiteado após decorrido o prazo mínimo de dois anos da aplicação da sanção e desde que tenha ocorrido ressarcimento dos danos suportados pela Administração.

Tal qual a pena de suspensão, a declaração de inidoneidade acarreta ao punido a impossibilidade de se habilitar em licitação ou celebrar contratos administrativos. Neste caso, entretanto, a inabilitação abrange não somente a contratação com o órgão ou entidade que aplicou a sanção, mas com toda a Administração Pública, entendida esta segundo a dicção que o art. 6º, XI, da Lei nº 8.666/1993, empresta ao termo, a saber, “*a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas*”.

Vale mencionar que o § 3º do art. 87 da referida lei, prescreve que a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade é de competência exclusiva das autoridades que compõem o primeiro escalão do governo de cada uma das esferas federativas (ministros de Estado, na União, e secretários estaduais ou municipais, nos Estados, Distrito Federal e Municípios). Assim, cabível a sanção em processo de responsabilidade de entidade da Administração Indireta, o mesmo deverá ser remetido para o órgão da Administração Direta ao qual o referido ente se encontrar vinculado.

Por fim, ainda que se possa cogitar da identidade dos efeitos decorrentes da pena de suspensão e da declaração de inidoneidade, a aplicação desta última pressupõe o cometimento de falta mais grave ou complexa que a ensejadora da primeira, notadamente nos casos em que reste demonstrado que o contratado ou licitante tenha agido com dolo ou má-fé perante o órgão ou ente administrativo, é dizer, haja perpetrado infrações dotadas de maior reprovabilidade e que configurem a prática de ato incompatível com a condição de licitante e de contratante com a Administração Pública.

3.4.5. IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR (PREGÃO E RDC)

A penalidade de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública é modalidade punitiva que encontra expressa previsão nas leis que disciplinam o RDC e o pregão. Em ambos os diplomas, a penalidade é regulada em redação bem próxima daquela empregada na Lei nº 8.666/1993, motivo pelo qual se examina a penalidade independente da modalidade licitatória versada.

Inicialmente, cumpre informar que nas mencionadas leis há previsão expressa de aplicação subsidiária do regime sancionador previsto no Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 1993 (Das Sanções Administrativas e da Tutela Judicial), podendo-se inferir que as demais penalidades continuam podendo ser aplicadas a infrações ocorridas no âmbito do Pregão e RDC. Entretanto, quando as infrações estiverem enquadradas em uma das hipóteses legais previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 ou no art. 47 da Lei nº 12.462/2011, afasta-se a possibilidade de aplicação das demais penalidades, ressalvada a aplicação cumulativa de multa.

Dois outros aspectos suscitam fundadas indagações: a definição da autoridade competente para aplicar a sanção e a amplitude do impedimento.

Em relação à autoridade competente para aplicar a penalidade em exame, pode-se, à primeira vista, em razão da proximidade pragmática existente entre o impedimento e a declaração de inidoneidade, entender ser o julgamento afeto àquelas

autoridades públicas especificadas no § 3º do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 (Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais).

No entanto, tal entendimento não pode prosperar, uma vez que, por se tratar de competência exclusiva, mediante expressa previsão legal, a regra deve ser aplicada de forma restrita aos casos de declaração de inidoneidade.

No caso da sanção de impedimento, por não haver delimitação de competência exclusiva, aplica-se, subsidiariamente, a regra consagrada no art. 17 da Lei nº 9.784/1999, cabendo aos normativos internos de cada órgão ou entidade o estabelecimento da autoridade competente; inexistindo regra específica, o julgamento competirá à autoridade de menor grau hierárquico para decidir.

Leia-se, neste sentido, a jurisprudência da Corte Especial do STJ:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO. DIGITALIZAÇÃO DE PROCESSOS. CERTIFICADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. CONSTATAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE INFORMAÇÕES DISCREPANTES QUANTO A REQUISITO CONSTANTE DO EDITAL, DE EXPERIÊNCIA EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NAS DEPENDÊNCIAS DO ÓRGÃO CONTRATANTE. QUESTIONAMENTO SOBRE A VALIDADE DO REQUISITO E AO MODO DE REALIZAÇÃO DAS DILIGÊNCIAS DE APURAÇÃO. LICITAÇÃO POSTERIORMENTE REVOGADA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE À LICITANTE. IMPUGNAÇÃO.

1. A competência exclusiva do Ministro de Estado ou Secretário Estadual ou Municipal, disciplinada no art. 87, §3º, da Lei 8666/93, diz respeito exclusivamente à declaração de inidoneidade de empresa para contratar com a administração pública, não à mera suspensão temporária tratada pelo art. 87, inc. III.

(...)

(STJ, MS nº 14.991/DF, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrichi, julgado em 12/05/2011).

Quanto à amplitude dos efeitos da sanção de impedimento de licitar e contratar, são duas as principais correntes sobre o tema. A redação legal empregada tanto na Lei nº 10.520/2002, quanto na Lei nº 12.462/2011, estabelece que o particular ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos. A primeira corrente, amplamente majoritária na doutrina pátria, sustenta que a conjunção “ou” indica função de alternatividade, de maneira que o impedimento aplicado contra o infrator se estenderá somente à esfera da federação que aplicou a penalidade. Assim, por exemplo, a penalidade aplicada por órgão do Ministério da Fazenda produziria efeitos perante todos os órgãos e entidades integrantes da unidade federativa “União”.

Este, aliás, foi o entendimento acatado no bojo da Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 02, de 11 de outubro de 2010, elaborada no âmbito do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, ao estabelecer normas para o funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF. É o que se depreende da leitura:

Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:

(...)

V – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o Art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

(...)

§ 3º A aplicação da sanção prevista no inciso V deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos no âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção

I – da União, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade da União;

II – do Estado ou do Distrito Federal, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Estado ou do Distrito Federal; ou

III – do Município, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Município.

Entretanto, a jurisprudência do STJ adota entendimento distinto, consagrando – assim como na sanção de suspensão temporária – projeção mais ampla dos efeitos do impedimento, que alcançariam qualquer órgão ou entidade da Administração Pública, esta entendida em seu mais amplo significado, em razão de seu caráter uno.

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE. ADMINISTRAÇÃO X ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISTINÇÃO. AUSÊNCIA.

(...)

10. Por fim, não é demais destacar que neste Tribunal já se pontuou a ausência de distinção entre os termos Administração e Administração Pública, razão pela qual a sanção de impedimento de contratar estende-se a qualquer órgão ou entidade daquela. Precedentes.

(STJ. RMS nº 32.628/SP, rel. Min. Mauro Campbell, julgado em 06/09/2011)

Ao que tudo indica, a jurisprudência do STJ se arrima na equiparação da penalidade de impedimento prevista pelo art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e pelo art. 47 da Lei 12.462/2011 à suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista pelo art. 87, III da Lei nº 8.666/1993.

3.5. PRESCRIÇÃO

A prescrição é um instituto do Direito relacionado ao princípio da segurança jurídica, no sentido de que o decurso do tempo e a inércia irão interferir na relação que existe entre a Administração e o administrado, não se permitindo que situações entre um e outro fiquem indefinidamente sem solução e instáveis. A chamada “prescrição administrativa” é, segundo José dos Santos Carvalho Filho, “a situação jurídica pela qual o administrado ou a própria Administração perdem o direito de formular pedidos ou firmar manifestações em virtude de não o terem feito no prazo adequado”¹⁸.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 859.

Posto isto, tem-se que também a pretensão punitiva da Administração se encontra submetida a limites temporais definidos, dentro dos quais ela pode exercer legitimamente as suas competências administrativas sancionadoras em face daqueles com as quais se relaciona, caso seja verificada uma irregularidade tipificada em lei como ato ilícito. Nesse sentido, é a lição de Fábio Medina Osório:

A previsibilidade mínima das relações, associada à expectativa legítima de que as pessoas possam mudar seus valores e perfis, recomenda e até exige que o Estado exerça suas prerrogativas sancionatórias dentro de limites temporais básicos, previamente delimitados¹⁹.

Em observância ao princípio da legalidade, os prazos prescricionais devem, em regra, estar explicitamente definidos em lei, tal como se observa com o processo administrativo disciplinar, cujo regramento acerca da prescrição encontra-se minuciosamente descrito no art. 142 da Lei nº 8.112/1990²⁰. Contudo, há hipóteses em que a lei não estabelece um prazo prescricional claro ou mesmo deixa de prever qualquer prazo.

Examinando as Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011, constata-se que nenhuma delas estabeleceu um limite temporal para que a Administração Pública exercesse sua pretensão punitiva em face de licitantes e contratantes infratores. De igual modo, a Lei nº 9.784/1999 não aponta nenhum prazo prescricional para tal fim, não obstante determine, em seu art. 54, um período de 5 (cinco) anos para que a Administração exerça o seu direito de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Diante desse cenário de ausência normativa expressa de um prazo para que as prerrogativas sancionatórias da Administração sejam empregadas em caso de irregularidades praticadas em licitações e contratos, e partindo-se do pressuposto de que tal pretensão punitiva não pode permanecer à disposição da Administração Pública indefinidamente, imprimindo, assim, perene insegurança e instabilidade ao administrado, mister que se lance mão da analogia para suprir essa omissão legislativa.

Tal lacuna é suprida pela Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, que estabelece o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, conforme se lê:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

¹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit., p. 426.

²⁰ Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

Chama a atenção no referido dispositivo que o início da contagem do prazo é a partir da data da ocorrência do ato praticado pela pessoa (física ou jurídica) em face da qual a Administração poderá exercer a sua pretensão punitiva, sendo que, no caso de infrações praticadas de forma permanente ou continuada, o prazo se inicia a partir do momento em que elas tiverem a sua prática cessada. Assim, a prescrição não tem, aqui, a sua contagem temporal iniciada com a data da ciência da infração pela Administração Pública, como se dá nos casos alcançados pela Lei nº 12.846/2013, que será estudada no tópico seguinte.

Além disso, é importante destacar que o art. 2º da Lei nº 9.873/1999, traz as seguintes hipóteses de interrupção da prescrição:

Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva:

I - pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível;

IV - por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.

Assim, verificando-se a ocorrência de alguma destas quatro situações, o prazo prescricional para a Administração exercer sua pretensão punitiva será zerado e terá a sua contagem reiniciada.

Deste modo, a título de exemplo, se determinado licitante apresentou um documento falso exigido em um pregão no dia 15 de julho de 2013²¹, a prescrição para a Administração Pública punir esse ato começará a correr nesta data. Contudo, o órgão público onde ocorreu a irregularidade só inicia a sua apuração em 8 de setembro de 2015, com a abertura de um processo para investigar o caso, ou seja, passados mais de 2 (dois) anos desde a ocorrência da infração. Como tal processo configura um ato inequívoco de apuração do fato, situação prevista no inciso II do art. 2º da Lei nº 9.873/1999, o prazo prescricional será, nesse momento, zerado e uma nova contagem de 5 (cinco) anos terá início imediato.

²¹ Como visto acima, a apresentação de documentação falsa exigida para o certame é um ato ilícito expressamente previsto no art. 7º da Lei nº 10.520/2002.

4. RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE PESSOAS JURÍDICAS NO ÂMBITO DA LEI Nº 12.846/2013

4.1. BREVE HISTÓRICO DA LEI ANTICORRUPÇÃO

A Lei nº 12.846/2013 dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Apelada de “Lei Anticorrupção” (LAC) ou “Lei da Empresa Limpa” (LEL)²², a referida lei entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014, após *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias, tempo concedido à Administração Pública e aos entes privados para se prepararem para as exigências legais.

Até o advento do referido diploma legal, existia verdadeiro vácuo no ordenamento brasileiro com relação à responsabilização de empresas pela prática de atos corruptos, uma vez que o crime de corrupção, tanto na modalidade ativa como na passiva, atinge tão somente a conduta de pessoas naturais. Tal lacuna explica-se, dentre outros fatores, pela resistência de parcela substancial da doutrina penalista à possibilidade de se imputar responsabilidade criminal a pessoas jurídicas, fundamentada, sobretudo, no dogma da culpabilidade e da indispensabilidade do elemento subjetivo.

Nesse cenário, na seara administrativa, restava apenas a possibilidade de utilizar a Lei nº 8.666/1993, para sancionar atos relacionados à corrupção praticados por empresas, desde que diretamente relacionados ao processo licitatório ou à execução contratual, os quais poderiam redundar em restrições ao direito de licitar e contratar (suspensão temporária ou declaração de inidoneidade). Outros atos de corrupção como, por exemplo, o pagamento de propina a um servidor público fora do contexto de uma licitação ou de um contrato administrativo, não eram passíveis de gerar a responsabilização administrativa de uma pessoa jurídica. Desta forma, dependia-se da intervenção judicial para a punição, o que muitas vezes ocorria tardiamente e não atendia aos anseios sociais por uma relação mais transparente entre o setor público e o setor privado.

A supressão dessa lacuna legislativa era uma das obrigações que o Brasil assumira perante a Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), pois o Estado brasileiro, na qualidade de signatário da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris em 17 de dezembro de 1997, firmara o compromisso internacional de responsabilizar pessoas jurídicas pela prática de corrupção de funcionários públicos estrangeiros, conforme estabelecido no Artigo 2 da referida Convenção. Para os ordenamentos contrários à responsabilização criminal de pessoas jurídicas, a Convenção facultou que os Estados-Partes adotassem sanções não-criminais efetivas, proporcionais e capazes de dissuadir a prática de corrupção por parte dos entes privados (Artigo 3, Item 2, da Convenção da OCDE).

A adoção do referido compromisso internacional, por si só, não era capaz de proibir automaticamente a conduta corrupta. Tal sistema normativo é conhecido como *soft law*, no qual a norma se limita a estabelecer modelos que podem ser adotados pelos signatários, cabendo aos Estados-Partes criar leis nacionais a fim de efetivamente reprimir a conduta e instituir mecanismos de controle.

A celebração desse tratado resultou de mobilização internacional liderada pelos Estados Unidos da América, que exigiam a adoção de uma legislação uniforme no

²² A Lei nº 12.846/2013, tem sido chamada pela imprensa internacional de “*Clean Company Act*”.

sentido de responsabilização das empresas pela prática de atos de corrupção em território estrangeiro. Isso porque o ordenamento norte-americano já previa desde 1977 norma jurídica nesse sentido, consubstanciada no *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA* (Lei contra Práticas de Corrupção Estrangeira), o qual prevê a responsabilização criminal, administrativa e civil de pessoas jurídicas pelo suborno de funcionários públicos, partidos políticos ou políticos estrangeiros, entendido tal suborno como a promessa, oferta ou entrega de dinheiro ou item de valor, com o fim de influenciar qualquer ato ou decisão de tal dirigente estrangeiro em sua capacidade oficial, induzir tal dirigente estrangeiro a realizar ou deixar de realizar qualquer ação em violação à sua obrigação legal, ou garantir qualquer vantagem indevida, além de regras referentes à lisura dos registros contábeis e dos controles internos da empresa.

Contudo, como somente os EUA possuíam uma lei que punia o suborno transnacional e como a incidência de tal norma se restringia às pessoas jurídicas americanas ou àquelas que emitem ações nos EUA, o que passou a ocorrer na prática é que a aplicação do FCPA acabava por reduzir a capacidade competitiva das empresas americanas no mercado mundial. De fato, suas concorrentes estrangeiras continuavam a poder livremente subornar funcionários estrangeiros para garantir contratos no exterior, inclusive com a possibilidade de dedução dos valores pagos como suborno nas declarações de imposto de renda a título de “despesas necessárias do negócio”, o que, além de gerar uma falha de mercado, configurava clara vantagem competitiva para as empresas dos demais países. Leopoldo Pagotto analisa a situação dos EUA e do seu FCPA nos seguintes termos:

A introdução do FCPA gerou um elemento desestabilizador no jogo da corrupção internacional: as empresas norte-americanas não mais podiam competir em igualdade de condições com as de outros países. Neste cenário, o ator ‘governo norte-americano’ foi pressionado a agir e se deparou com duas alternativas: ou abandonava a política recém-implantada, ou forçava com que os outros países adotassem a mesma política.²³

O caminho escolhido pelo governo norte-americano foi o de se utilizar das vias diplomáticas em uma campanha junto à OCDE para pressionar os demais membros a firmarem e assinarem um acordo internacional anticorrupção, o que acabou resultando na mencionada Convenção contra o Suborno Transnacional.

Em atendimento a esse compromisso internacional ao qual o Brasil aderiu, que foi ratificado em 15 de junho de 2000 e promulgado pelo Decreto Presidencial nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, o Poder Executivo Federal encaminhou ao Congresso Nacional, em 08 de fevereiro de 2010, um anteprojeto de lei assinado conjuntamente pelos Ministros de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União, da Justiça e da Advocacia-Geral da União, que resultou no Projeto de Lei nº 6.826, de 2010. Em 26 de maio de 2011, ato da Presidência da Casa Legislativa determinou a criação de Comissão Especial para proferir parecer sobre a proposição legislativa em comento. Após realização de audiências públicas com setores representativos da sociedade civil e estudiosos do Direito Empresarial, o referido projeto de lei foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 24 de abril de 2013, sendo posteriormente aprovado pelo Senado Federal em 04 de julho de 2013, resultando na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, publicada no Diário Oficial da União de 02 de agosto de 2013.

²³ PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.). *Temas de Anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 27.

A partir da vigência da Lei Anticorrupção, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com um instrumento poderoso para responsabilizar administrativa e civilmente pessoas jurídicas por prática de atos lesivos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira – o denominado suborno transnacional –, responsabilização esta de natureza objetiva. Desta forma, a pessoa jurídica infratora responderá pelos delitos a ela atribuídos sem que precise se comprovar a culpa ou dolo das pessoas físicas que agiram por meio dela, bastando a comprovação do nexo de causalidade entre o fato ocorrido e o resultado obtido. Tal opção legislativa foi amparada no histórico do combate à corrupção pelos órgãos públicos, o qual sempre fora marcado pela dificuldade de responsabilização dos entes privados, como bem colocou o Eminent Relator da Proposição na Câmara dos Deputados:

Sabe-se que o conjunto dos atos lesivos à Administração Pública, e cada um deles, é de difícil e complexa identificação. Exigir, pois, do Estado, que além de provar a correlação entre o ato e a lesão, também prove a culpabilidade do agente, é demandar ao Estado que proteja indefinidamente a responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção e suborno contra autoridades públicas.²⁴

Nesse sentido, a Lei nº 12.846/2013 soma-se a todo um arcabouço normativo que legitima a Administração Pública a sancionar aquelas condutas dos agentes econômicos que atuam em desconformidade com o cenário normativo vigente, lançando as bases para um novo paradigma de relacionamento entre o setor público e o setor privado, em que a transparência deve nortear as condutas de ambos.

A nova postura exigida do setor privado está em consonância com a noção defendida pela doutrina de que aquele particular que se dispõe a se relacionar com a Administração Pública passa a subordinar-se a regime jurídico mais severo que o aplicável ao cidadão comum em outras relações jurídicas.

Dessa forma, a Lei Anticorrupção agrega ao sistema normativo brasileiro uma série de importantes ferramentas jurídicas para uma responsabilização mais ágil, eficiente e dura daquelas empresas que realizam atos lesivos à Administração Pública, demonstrando que a sociedade brasileira não tolera mais a impunidade de atos de corrupção. Juntamente com a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação) e a Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses), a Lei nº 12.846/2013 completa e encerra um autêntico e sólido marco normativo de promoção da transparência pública e de combate à corrupção, consistindo em uma das mais modernas e duras leis do mundo quanto ao tema da repressão da corrupção.

4.2. DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

A Lei Anticorrupção estabelece a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional e estrangeira. As regras consubstanciadas no aludido diploma legal se aplicam às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou

²⁴ Parecer do Relator, apresentado em 14/04/2013, p. 15. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=970659&filename=SBT+1+PL682610+%3D%3E+PL+6826/2010 Acesso em: 30 jan. 2014.

representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Oportuno destacar que outras figuras estabelecidas no art. 44 do Código Civil Brasileiro como pessoas jurídicas de direito privado, não foram contempladas originalmente no Projeto de Lei nº. 6.826/2010, que deu origem à Lei Anticorrupção, a saber: as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada – EIRELI.

A EIRELI - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada somente foi introduzida no ordenamento brasileiro em 2011 com a publicação da Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, ou seja, posteriormente ao envio do referido projeto de lei ao Congresso Nacional.

Apesar disso, a EIRELI também pode ser responsabilizada objetivamente por ilícitos civis e, ou administrativos porventura a ela imputados, e sofrer a incidência das sanções previstas na LAC. Nesse sentido, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União aprovou o Enunciado CGU nº 17/2017, nos seguintes termos:

Enunciado CGU nº 17 de 11 de setembro de 2017

(Publicado no DOU de 12/09/2017, Seção I, página 31)

APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013 À EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – EIRELI. A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) está sujeita à responsabilização administrativa prevista na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

A exposição de motivos do referido Enunciado²⁵ consigna que a natureza jurídica da EIRELI é discutida por duas correntes distintas. A primeira entende que a empresa individual de responsabilidade limitada seria uma nova espécie de sociedade. Já a segunda argumenta que a EIRELI não é uma sociedade empresária, mas sim um novo ente jurídico personificado, ou seja, uma nova pessoa jurídica que possui responsabilidade limitada.²⁶

Independentemente da interpretação que seja dada quanto à natureza jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada, a EIRELI estaria contemplada, ou no *caput* do art. 1º da Lei 12.846/2013 – se fosse considerada pessoa jurídica – ou no parágrafo único do mesmo artigo – se sociedade empresária.

A exposição de motivos traz ainda o entendimento de que o empresário individual não é pessoa jurídica, mas pessoa física equiparada para os fins de registro no CNPJ e recolhimento de impostos, razão pela qual entende-se que a ele não se aplica a Lei Anticorrupção. Da mesma forma, não devem ser aplicadas as regras estabelecidas na referida lei ao microempreendedor individual, porque essa figura é apenas uma qualificação adotada para o empresário individual, nos termos do artigo 18-A, § 1º, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

No caso de se identificar o envolvimento de um empresário individual ou microempreendedor individual em práticas ilícitas a partir de uma relação com a Administração Pública, eventual responsabilidade civil, penal ou administrativa poderá se

²⁵<http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/comissao-de-coordenacao-de-correicao/arquivos/exposicao-de-motivos-enunciado-no-17.pdf>

²⁶ Segundo a posição estabelecida no Código Civil (art. 44, inciso VI), a empresa individual de responsabilidade limitada possui personalidade jurídica própria e responsabilidade limitada ao capital social integralizado, e constitui-se em forma diversa das figuras do empresário individual e da sociedade empresária.

dar com base em outras normas de nosso ordenamento jurídico, a exemplo dos códigos penal e civil, e da lei de improbidade administrativa.

Outro ponto que merece destaque, já no primeiro artigo da Lei nº 12.846/2013, é o seu alcance normativo. Como visto acima, a referida lei é fruto de obrigações que o Brasil assumiu no cenário internacional ao aderir a Convenção da OCDE sobre suborno transnacional, a qual exigia que os Estados-Partes penalizassem pessoas jurídicas que pagassem propina a funcionários públicos estrangeiros. Ocorre que a Lei nº 12.846/2013 contemplou não apenas o cometimento de atos de corrupção contra administrações públicas estrangeiras, mas também aqueles perpetrados contra a Administração Pública nacional, de modo que foi além do que havia sido pactuado perante a OCDE.

Quanto à responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, prevista no art. 1º da LAC, são importantes algumas considerações. No Brasil, prevalece a responsabilidade civil subjetiva como regra, sendo a responsabilidade civil objetiva a exceção. Nesse sentido, veja-se o teor do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil:

Art. 927. (...)

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Portanto, no Código Civil, a responsabilização civil objetiva, a qual independe de culpa do agente, tal como a teoria da responsabilização civil derivada do risco da atividade desenvolvida pelo agente, é a exceção, ficando como regra geral a responsabilização civil subjetiva, ou seja, aquela que depende da demonstração da culpa do autor.

Observe-se que o próprio Código Civil prevê que a responsabilidade objetiva não é presumida, e deve ser observada exclusivamente nos casos especificados em lei.

A primeira legislação brasileira a trazer a responsabilização civil objetiva ao nosso ordenamento jurídico foi o Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que trata da responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais. A partir de então outras legislações foram editadas. No entanto, o principal marco atual da responsabilização civil objetiva, devido ao seu alcance, é o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – que no seu artigo 14 previu que *“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”*.

Doutrinariamente, são quatro os pressupostos para a responsabilização subjetiva, a saber: uma conduta do agente, que pode ser uma ação ou uma omissão; o nexo de causalidade; o dano; e a culpa. Já na responsabilização objetiva, exclui-se o pressuposto da culpa, mantendo-se os demais: conduta, nexo de causalidade e dano.

Além de estabelecer a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, conforme exposto supra, o art. 2º da LAC prescreve ainda como condição para essa forma de responsabilização dos entes privados, a comprovação de que os atos lesivos à Administração Pública tenham sido praticados em seu interesse ou benefício, exclusivamente ou não. Tal comando afasta a possibilidade de imputação automática de responsabilidade ao ente privado pelo simples fato de figurar em uma relação, contratual

ou não com a Administração Pública, uma vez que deve se comprovar que o ato lesivo teve como fim beneficiar a pessoa jurídica, ainda que esse benefício não tenha se materializado.

Então, para que uma pessoa jurídica seja responsabilizada no âmbito da Lei nº 12.846/2013, é necessário comprovar, considerando o devido processo legal, o cometimento de um – ou mais – dos atos lesivos previstos no art. 5º e a comprovação de que a prática de tal ato lesivo pela pessoa jurídica foi em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

A título de exemplo, imagine-se que uma pessoa jurídica pagou uma viagem para um *resort* a um agente público ou a alguém por ele indicado, conduta essa que se amolda na ilicitude capitulada no inciso I do art. 5º da Lei Anticorrupção.

O primeiro elemento que precisa ser demonstrado no âmbito do processo administrativo para que se possa responsabilizar a pessoa jurídica no âmbito da LAC é o efetivo pagamento, pela empresa, das despesas da viagem e da estadia para esse agente público ou pessoa por ele indicada. Ou seja, a ocorrência fática do ato lesivo descrito no inciso I do art. 5º.

No entanto, tal comprovação não é suficiente para que a pessoa jurídica venha a ser condenada. Falta ainda o segundo elemento: comprovar que o custeio dessa viagem está relacionado a algum interesse ou benefício à pessoa jurídica corruptora, de maneira exclusiva ou não.

Por outro lado, não se pode olvidar que, do ponto de vista prático, quem comete o ato ilícito no mundo real é sempre um ser humano. No caso em comento, pode ser funcionário ou representante da pessoa jurídica e atuar em seu nome. Ou seja, a conduta atribuída à pessoa jurídica - ente inanimado, construído e constituído por disposições legais - é exteriorizada por meio de um comportamento praticado por uma pessoa física.

Por esse motivo, o art. 3º explicitou que a responsabilidade objetiva 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. Destacou, ainda, que a responsabilidade da pessoa jurídica é absolutamente independente da responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, que continuam imputáveis somente na exata medida de sua culpabilidade, o que está em sintonia com a tradição penalista do direito brasileiro, assentada na teoria finalista da ação.

Assim, o modelo de responsabilização das pessoas jurídicas previsto na Lei nº 12.846/2013 dispensa o exame da ação das pessoas físicas que existem e agem por detrás do ente coletivo, as quais permanecem sujeitas a outros âmbitos e sistemas de responsabilização.

Então, o que se apresenta é que a responsabilização da pessoa jurídica é objetiva e, mais que isso, a responsabilização da pessoa jurídica independe de uma responsabilização anterior ou posterior da pessoa física representante ou preposto da pessoa jurídica.

Ademais, diferentemente da responsabilização da pessoa jurídica, a responsabilização da pessoa física requer necessariamente a demonstração da culpabilidade.

Quanto à necessidade de demonstração da culpabilidade para responsabilização dos dirigentes ou administradores da pessoa jurídica, nos termos do § 2º

do art. 3º da Lei nº 12.846/2013, entende-se aqui que a lei apenas esclareceu o que já seria necessariamente observado no momento da responsabilização dessas pessoas físicas. Isso porque a responsabilização dos aludidos agentes se dará fora do âmbito do sistema de responsabilização instituído pela Lei Anticorrupção, em esferas distintas, com a observância de procedimentos próprios.

Mais uma vez, não se pode olvidar que as sanções e as vias repressoras previstas nos Capítulos III e VI da LAC são direcionadas para pessoas jurídicas, sendo que o sistema punitivo voltado às pessoas físicas é autônomo em relação ao da Lei nº 12.846/2013, de sorte que aquele em nada interfere no funcionamento deste e vice-versa. Assim, na prática, a responsabilização das pessoas físicas ocorrerá em outros procedimentos previstos no ordenamento jurídico nacional, porém diferentes dos previstos na Lei nº 12.846/2013, instrumento legal voltado exclusivamente para responsabilização de pessoas jurídicas.

A fim de ilustrar o exposto acima, tomemos o exemplo já citado de pagamento de viagem a um *resort*. Nesse caso, a pessoa jurídica responderia administrativamente no âmbito da Lei nº 12.846/2013 e, eventualmente, da Lei de Licitações (caso houvesse alguma conexão com licitações e contratos envolvendo a pessoa jurídica corruptora) e civilmente no âmbito da própria LAC e da Lei 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa. Já a pessoa física representante ou funcionário da pessoa jurídica que tenha em nome desta negociado e pagado a viagem poderia responder penalmente pelo crime de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) e civilmente por improbidade administrativa, a partir do disposto no art. 3º da Lei nº 8.429/1992²⁷.

Outra inovação providencial da legislação se refere à previsão expressa no art. 4º de que “*subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária*”. Tal previsão legal busca coibir a utilização de operações societárias como subterfúgio à aplicação da penalidade, expediente bastante conhecido dos órgãos administrativos de combate à corrupção.

Especificamente, nas hipóteses de operações de fusão e de incorporação – a primeira resulta da união de duas ou mais empresas para formar uma nova, enquanto a segunda tem origem na absorção de uma ou mais empresas por uma outra -, o § 1º do art. 4º da LAC restringe a responsabilidade da empresa sucessora ao pagamento da multa e ao ressarcimento integral do dano até o limite do patrimônio transferido, não podendo ser responsabilizada por atos e fatos ocorridos anteriormente à data da operação societária, excluídos obviamente os casos comprovados de simulação e fraude.

A mesma regra é aplicada às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, que, sendo responsabilizadas nos termos da diretriz geral do artigo 2º da lei nº 12.846/2013, somente serão obrigadas solidariamente ao pagamento de multa e reparação integral do dano causado, conforme disposto no § 2º do art. 4º da LAC.

A legislação em tela, contudo, não deixou claro como se dá a responsabilização na operação societária denominada “cisão”, hipótese em que a pessoa jurídica transfere parcelas de seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a pessoa jurídica cindida se houver versão de todo o seu patrimônio (cisão total), ou dividindo-se parte do seu capital, se parcial a versão (art. 229 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 – Lei das Sociedades Anônimas). Na

²⁷ Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

primeira situação, a pessoa jurídica deixa de existir; na segunda, ela transfere apenas uma parcela de seu patrimônio, continuando a existir.

De igual modo, a Lei nº 12.846/2013 não abarcou em seu texto como se daria a responsabilização em caso de transformação societária, que, segundo o art. 220 da Lei das S/A, “é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro”. Ou seja, a pessoa jurídica, por exemplo, deixa de existir sob a forma de uma sociedade limitada e passa a operar sob a forma de uma sociedade anônima (ou vice-versa).

Nesse sentido, embora a lei tenha sido silente quanto à responsabilidade pelo pagamento da multa e ao ressarcimento integral do dano nos casos de cisão, a melhor interpretação é que, nos casos de transformação ou cisão com transferência total do patrimônio da pessoa jurídica que cometeu o ato ilícito, haja uma restrição da responsabilidade ao pagamento da multa e do ressarcimento do dano no limite do patrimônio transferido, tal como nos casos de fusão e incorporação.

Já no caso de cisão com transferência parcial do patrimônio, a pessoa jurídica continua a existir formalmente. Nesse caso, a alternativa hermenêutica mais recomendável é no sentido de que as sanções que não têm caráter pecuniário sejam aplicadas na pessoa jurídica que cometeu o ato ilícito. Já o dever de pagar a multa e de reparar o dano, os quais têm caráter eminentemente pecuniário, será solidário entre a empresa que cometeu o ilícito e aquela que recebeu parte do patrimônio da empresa delitiva, nesse último caso até o limite do patrimônio transferido.

Não obstante, já se observa outra corrente doutrinária que encampa um entendimento diferente para solucionar essa omissão da Lei nº 12.846/2013, conforme análise de Ubirajara Costódio Filho:

Assim, em outras palavras, a pessoa jurídica sucessora de outra que sofreu processo de transformação ou de cisão responderá integralmente pelos eventuais atos ilícitos praticados pela pessoa jurídica transformada ou cindida, sujeitando-se a todas as sanções legais cabíveis; enquanto a pessoa jurídica sucessora de outra que sofreu processo de fusão ou incorporação estará exposta apenas às sanções de multa e de reparação integral do dano causado pelo ilícito anteriormente praticado pela pessoa jurídica fundida ou incorporada.²⁸

De todo modo, cumpre ressaltar que, tanto um entendimento quanto o outro, consistem em esforços interpretativos que ainda serão enfrentados no bojo de eventuais litígios submetidos ao Poder Judiciário.

O que é importante deixar consignado, a partir do exame deste sistema de responsabilização objetiva introduzido pela Lei nº 12.846/2013, é que as pessoas jurídicas não serão punidas arbitrariamente e sem critérios pelo Poder Público. Fábio Medina Osório ensina que há uma conexão de uma peculiar culpabilidade das pessoas jurídicas com o cumprimento de deveres de cuidado e de respeito ao direito por parte destas:

No plano do Direito Administrativo Sancionador, pode-se dizer que a culpabilidade é uma exigência genérica, de caráter constitucional, que limita o Estado na imposição de sanções a pessoas físicas. Não se trata de exigência que alcance também as pessoas jurídicas, com o mesmo

²⁸ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: RT, 2014, p. 94.

alcance. Pode-se sinalizar que a culpabilidade das pessoas jurídicas remete à evitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação causal. É por aí que passa a culpabilidade.²⁹

O qualificativo “objetivo” da responsabilização impõe ao aplicador da sanção a obrigação de aferir, cuidadosamente, o nexos de causalidade que une os fatos que resultam em atos lesivos à Administração Pública e a prática da conduta cometida por determinadas pessoas físicas e que é atribuída ao ente privado; é no interior deste elo causal que se encontra a culpabilidade especial que é inerente às pessoas jurídicas, a chamada “culpabilidade de organização” ou “culpabilidade corporativa”, a qual, segundo a lição de Enrique Bacigalupo,³⁰ está relacionada à corporação que cumpre com o direito, isto é, que tenha institucionalizado uma cultura corporativa de cumprimento com o direito.

4.3. PENALIDADES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO

A Lei nº 12.846/2013 prevê, em seu art. 6º, a imposição das sanções administrativas de 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, e a publicação extraordinária da decisão condenatória, para aquelas pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos no art. 5º.

Não sendo possível aferir o faturamento bruto, a multa será um valor calculado entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

O forte impacto pecuniário que a penalidade de multa provocará na economia da empresa mostra o claro objetivo do legislador de desestimular a prática de atos lesivos pelas pessoas jurídicas a partir do atingimento do seu patrimônio.

Entretanto, o legislador ordinário previu uma penalidade pecuniária cuja variação de valores é demasiadamente significativa. Essa grande abertura dada pelo legislador ao operador da norma pode, em última instância, gerar um elevado grau de insegurança jurídica e de discricionariedade em face daqueles que se sujeitam à incidência da Lei nº 12.846/2013. Assim se observa, por exemplo, em uma situação em que duas empresas cometam atos lesivos igualmente tipificados e em circunstâncias fáticas semelhantes, sendo uma no âmbito da União e outra no âmbito de algum município (ou mesmo dentro do mesmo ente federado, porém em órgãos diferentes), e possam vir a sofrer penalidades totalmente diferentes e desproporcionais quando comparadas uma com a outra.

Isto porque, em que pese a Lei nº 12.846/2013 ter elencado em seu art. 7º uma lista de nove critérios a serem considerados na aplicação das sanções nela previstas³¹,

²⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit., p. 378.

³⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Cizur Menor: Arazandi, 2011, p. 98.

³¹ 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;

o que inclui a multa do art. 6º, a ausência de uma metodologia definida acerca de como tais parâmetros devem ser dosados no momento da definição do valor da multa pode gerar, no limite, uma situação hipotética em que uma empresa sofreria uma sanção de multa mínima (0,1% do seu faturamento bruto do ano anterior), enquanto a outra sofreria a multa máxima (20% do seu faturamento bruto do ano anterior), mesmo na hipótese de ocorrência de fatos muito semelhantes no mundo fenomênico. Para melhor ilustrar essa possibilidade de discrepância, tomemos o exemplo de duas empresas (empresa A e empresa B), ambas sem um programa de *compliance* estruturado – ou seja, sem que tenha adotado medidas para evitar e identificar a prática de atos ilícitos -, atuando no mesmo ramo de atividade (construção civil) e possuindo porte econômico similar. Para fins desse exemplo, imagine-se que ambas tiveram um faturamento bruto no ano anterior de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

A empresa “A” firmou contrato com um Município para construir uma ponte, enquanto a empresa “B” firmou contrato com o governo de um Estado da Federação para construção de casas populares, sendo que ambas as obras têm orçamento com valor semelhante. Na execução das obras, ambas as empresas colocaram material em quantidade e qualidade inferior ao previsto nos projetos básico e executivo. Adicionalmente, as duas empresas pagaram propina ao respectivo fiscal da obra para que no momento da medição este atestasse que estava tudo conforme o projeto.

Nos dois casos, a auditoria interna de cada um desses entes federativos identificou a irregularidade, o que resultou na instauração de processo administrativo de responsabilização em ambos.

Ocorre que, no momento de aplicação da sanção, a autoridade julgadora do Município entendeu que seria o caso de aplicar uma multa de 0,1% do faturamento bruto do exercício anterior, ou seja, uma multa no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) à empresa “A”. Já a autoridade julgadora do Estado entendeu que a infração merecia a sanção de 20% do faturamento bruto do exercício anterior da empresa e aplicou multa de R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais) à empresa “B”.

Assim, tem-se, nesse exemplo hipotético, que as duas empresas infratoras sofreram multas de valores muito discrepantes, frente a fatos e circunstâncias muito semelhantes, tendo como única justificativa para essa discrepância o fato de terem sido processadas e julgadas por entes públicos diferentes.

Enfim, o que se tentou demonstrar com o exemplo acima é que o legislador ordinário oportunizou uma enorme discricionariedade ao aplicador da norma sancionadora, sem, contudo, apresentar metodologia que o auxiliasse na quantificação adequada da penalidade aplicável, deixando para a análise subjetiva do “caso a caso” o montante da multa a ser aplicada.

No âmbito da União, com o fim de dar maior objetividade e segurança ao cálculo do percentual de multa a ser aplicado às empresas que venham a cometer as irregularidades previstas no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, foi editado e publicado o Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, que regulamentou, dentre outros assuntos, a forma de cálculo da multa prevista no art. 6º da Lei Anticorrupção.

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).

Não é demais lembrar que, em se tratando de decreto regulamentar assinado pela Presidente da República, esse normativo é de observância obrigatória apenas no âmbito do Poder Executivo Federal. Destarte, o Decreto nº 8.420/2015 não vincula nem os outros Poderes da própria União e nem os demais entes federativos, sendo certo que cada Poder e cada ente federativo poderá editar seus próprios instrumentos normativos com o fim de regulamentar a LAC.

Voltando ao Decreto nº 8.420/2015, verifica-se que foi feito um grande esforço normativo para objetivar ao máximo o percentual da multa, calculado sobre o faturamento bruto do último exercício anterior à instauração do PAR, excluídos os tributos, e, assim, tentar garantir uma maior segurança jurídica acerca do cálculo da multa instituída pela Lei nº 12.846/2013, uma vez que os parâmetros descritos no seu art. 7º, embora claros, indicavam a necessidade de uma regulamentação que lhes desse maior concretude para fins de aplicação prática.

Nesse sentido, o Decreto trouxe em seus artigos 17 a 23, uma metodologia de cálculo que abarca uma série de situações que devem ser observadas e aferidas pelas comissões de processos de responsabilização e pelas autoridades julgadoras no momento da definição do percentual da multa a ser aplicada. Vale destacar que o art. 17 traz hipóteses que poderão elevar o percentual da multa e o art. 18 situações que poderão diminuí-lo.

A forma de cálculo para se chegar à correta dosimetria da sanção de multa será melhor abordada no item 2.5.5, que tratará justamente dos parâmetros de dosimetria para aplicação das sanções da LAC.

Outro ponto importante que merece menção é a cumulatividade das sanções administrativas previstas no § 1º do art. 6º. Conforme prescrição legal, as duas sanções administrativas previstas no *caput* – multa e publicação extraordinária da decisão condenatória – poderão ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, sempre de forma fundamentada, e de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

O legislador, neste apontamento, quis privilegiar os princípios da motivação e da proporcionalidade, tornando ambos de observância obrigatória pela autoridade competente para aplicar a sanção administrativa.

O princípio da motivação está refletido na necessidade de fundamentar a decisão que comina a sanção administrativa. Já o princípio da proporcionalidade está sedimentado na disposição de que a sanção deverá observar necessariamente as peculiaridades do caso concreto e a gravidade e natureza das infrações. Ambos os princípios serão igualmente balizados pelos parâmetros de dosimetria que o legislador arrolou no art. 7º da LAC.

Então, vale dizer que, se por um lado, a Lei nº 12.846/2013 não trouxe uma metodologia definida para direcionar as comissões processantes e a autoridade administrativa sancionadora na dosimetria da sanção, em especial a multa, por outro lado, a Lei obrigou que essa autoridade, de maneira fundamentada, sopesse os critérios que a levaram a decidir por um determinado percentual de multa, sendo que as peculiaridades do caso concreto, a gravidade e a natureza das infrações e as circunstâncias enumeradas no art. 7º constituem elementos de análise obrigatória nessa fundamentação, privilegiando assim o princípio da proporcionalidade.

Outro ponto que merece menção é a expressa determinação, contida na LAC (art. 6º, § 2º), quanto à obrigatoriedade de manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica ou equivalente do ente público.

A título de comparação, verifica-se que os processos que ocasionam sanções administrativas a pessoas nos termos da Lei de Licitações ou outras normas de licitação pública não têm essa obrigação de manifestação jurídica antes da aplicação da sanção expressa nos textos daqueles diplomas legais.

Outrossim, essa referência legal, explícita quanto à obrigatoriedade de manifestação jurídica prévia ao julgamento do processo administrativo, tem por objetivo conferir uma maior segurança jurídica ao resultado do trabalho apuratório perpetrado pela comissão e ao futuro julgamento da autoridade competente. Com efeito, tal parecer terá a função de realizar não só uma análise de regularidade do processo, verificando se os princípios processuais foram corretamente observados, em especial o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, como também um exame de natureza material quanto à justa tipificação do ato lesivo praticado e à adequada calibragem da dosimetria efetuada para fins de aplicação da pena sugerida pela comissão.

Chama-se atenção, ainda, que a aplicação das sanções administrativas e judiciais previstas na Lei nº 12.846/2013 não exime a pessoa jurídica quanto à obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública, ante a sua natureza não sancionatória, ou seja, reparação de dano não é pena.

Finalmente, a segunda sanção administrativa prevista na LAC – a publicação extraordinária da decisão condenatória – constitui modalidade sancionatória que se amolda à técnica conhecida como *“name and shame”*. Isto quer dizer que tal sanção surte efeitos repressivos sobre a esfera reputacional da pessoa jurídica.

Ela ocorrerá na forma de publicação de um extrato da decisão administrativa sancionadora imposta à pessoa jurídica, às suas expensas, nos seguintes âmbitos de divulgação, cumulativamente: (i) 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; (ii) 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 (iii) na página principal do *site* da empresa na *Internet*, conforme disposto no art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.846/2013, complementado pelo art. 24 do Decreto nº 8.420/2015.

Frise-se que, muitas vezes, a publicação extraordinária de decisão apenadora pode ter um efeito mais grave do que a própria multa. De fato, o alcance de tal publicação pode gerar danos substanciais, de modo que a imagem da empresa reste devidamente manchada por um longo período no mercado em que atua.

4.4. PENALIDADES JUDICIAIS PREVISTAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO

As sanções de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória são aplicáveis exclusivamente no campo administrativo. Todavia, a Lei nº 12.846/2013 também contempla um âmbito de responsabilização judicial, o qual pode outras sanções para a pessoa jurídica. Tais sanções, cuja aplicação é de competência exclusiva do Poder Judiciário, estão previstas nos incisos do art. 19 e possuem natureza eminentemente de restrições ou impedimentos ao exercício de determinados direitos, a saber: (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; e (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.

Quanto à sanção de dissolução compulsória, verdadeira “pena de morte” da pessoa jurídica, a Lei nº 12.846/2013 especifica, no § 1º do art. 19, que somente poderá ser aplicada em razão (i) da comprovação do uso habitual da personalidade jurídica para facilitar ou promover a prática de atos lesivos pelo ente privado ou (ii) de a pessoa jurídica ter sido constituída para ocultar interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

As sanções previstas no art. 19 podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, no bojo de ações judiciais propostas pelas Advocacias Públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou pelos órgãos de representação judicial equivalentes, bem como pelo Ministério Público competente. Vale ressaltar que o art. 21 da LAC determina que o rito procedimental a ser adotado para tal responsabilização judicial é o previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que regula a ação civil pública.

Merece nota, ainda, a atenção especial dada pelo legislador ao Ministério Público, que poderá pedir não só a aplicação das sanções elencadas no art. 19, como também aquelas previstas no art. 6º, conforme previsto no art. 20 da Lei Anticorrupção:

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.

Observe-se, contudo, que o pedido pelo Ministério Público para aplicação das penalidades de natureza administrativa, terá lugar quando constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa, o que poderá acarretar para tais autoridades punições nas esferas penal (pelo crime de prevaricação, por exemplo³²), disciplinar (por valimento de cargo³³) e civil (por improbidade administrativa)³⁴.

Frise-se, por fim, que é uma prerrogativa exclusiva do Ministério Público, não sendo possível aos demais legitimados realizar tal pedido ao Poder Judiciário.

Ainda em se tratando da responsabilização judicial, cumpre registrar que a condenação torna certa a obrigação de reparar integralmente o dano causado pela prática do ato lesivo, cujo valor será apurado em liquidação posterior, caso não conste expressamente da sentença. Tal preceito encontra-se no parágrafo único do art. 21 da LAC.

Neste tema, uma última observação a ser feita é que a LAC não se deteve no detalhamento das regras processuais para responsabilização judicial dos entes privados, optando por esmiuçar mais a responsabilização na seara administrativa, que constitui a grande inovação do diploma. Tal se justifica por já estar consolidada, no ordenamento e na prática jurídica, a responsabilização de pessoas jurídicas com base no art. 3º da Lei nº

³² Código Penal. Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

³³ Lei nº 8.112/1990. Art. 117. (...) IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

³⁴ Lei nº 8.429/1992. Art. 11. (...) II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

8.429/1992, além do fato de contar-se com a ação civil pública, que é um sólido instrumento processual para responsabilizar pessoas físicas e jurídicas por danos morais e patrimoniais causados ao patrimônio público.

4.5. PARÂMETROS DE DOSIMETRIA PARA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES

A severidade das sanções previstas na Lei nº 12.846/2013 – em especial, o alto valor que se pode chegar no cálculo da multa – motivou o legislador a estabelecer no art. 7º da lei 9 (nove) parâmetros que devem ser observados pela autoridade competente por ocasião do exercício do poder sancionador e da dosimetria das sanções que serão impostas.

Conforme já destacado, a sanção deve ser adequada e proporcional ao ato lesivo atribuído à pessoa jurídica, devendo ser considerado no momento de aferição do tipo e do montante da sanção: (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; e (ix) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Por força do disposto no parágrafo único do art. 7º, a definição dos parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades foi remetida a futura regulamentação a ser estabelecida pelo Poder Executivo federal, o que se deu por ocasião da publicação do Decreto nº 8.420/2015. Tais parâmetros foram explicitados no Capítulo IV do citado Decreto e se referem a conceitos e ideias relacionadas à governança e à transparência corporativas, também conhecidas genericamente pelo nome de “programas de *compliance*”, tradicionalmente implementados pelas empresas atuantes nos mercados internacionais, em especial o norte-americano, aspecto este que será abordado mais detidamente no item 2.5.9 infra.

Contudo, apesar do aperfeiçoamento do sistema normativo anticorrupção brasileiro, com a previsão de penalidades que atingissem financeiramente a pessoa jurídica corruptora, bem como com a descrição dos critérios que devem ser observados pela Administração Pública quando da aplicação da multa, a Lei nº 12.846/2013 se ressentiu da previsão de uma metodologia de dosimetria que possibilitasse a adequada avaliação daqueles nove critérios por parte do aplicador da norma sancionadora, em especial para o cálculo do percentual incidente sobre o faturamento bruto da pessoa jurídica a título de multa.

E quando se observa o amplo feixe de valores que a multa prevista no art. 6º da LAC pode incorrer (de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos, ou R\$ 6.000,00 a R\$ 60.000.000,00), essa ausência de uma metodologia de cálculo da multa que sopesse os critérios previstos no art. 7º torna-se ainda mais preocupante quanto à possibilidade de aplicação de penalidades desproporcionais, frente às circunstâncias fáticas do caso concreto, sobretudo quando se leva em consideração que se trata de um mecanismo punitivo que será aplicado por milhares de autoridades administrativas distribuídas por todas as esferas de Poder de todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Esta é a razão pela qual a regulamentação federal consubstanciada no Decreto nº 8.420/2015 dedicou especial atenção ao cálculo da multa prevista na Lei nº 12.846/2013, o qual será examinado mais detidamente agora.

4.5.1. CÁLCULO DA MULTA

Prevista nos artigos 17 a 23 do Decreto nº 8.420/2015, a metodologia desenvolvida na regulamentação federal para o cálculo da multa disposta no inciso I do art. 6º da LAC consiste basicamente na seguinte operação aritmética: (i) soma de determinados percentuais relacionados a circunstâncias que tornariam a prática do ato lesivo apurado mais gravosa, denominada de “Fase 1”; e (ii) seguida da subtração de determinados percentuais relacionados a circunstâncias que tornariam a prática do ato lesivo apurado menos gravosa, denominada de “Fase 2”. O resultado dessa operação passa (iii) por um filtro final de calibragem consistente no piso e no teto de valores limites previstos na Lei nº 12.846/2013 e no próprio Decreto federal, etapa esta denominada de “Fase 3”. Eis um esquema gráfico do que foi dito:



O primeiro aspecto a ser examinado é sobre qual base de cálculo incidem os mencionados percentuais que se somam e se subtraem nas citadas Fases 1 e 2. E essa resposta assenta raízes na própria Lei nº 12.846/2013. Tendo em vista que a LAC determina que a multa corresponderá a um percentual do faturamento bruto da pessoa jurídica, a metodologia desenvolvida no Decreto nº 8.420/2015 utiliza esse mesmo elemento como base de cálculo em todas as etapas da operação que resultará no valor da multa devida. Assim, os valores resultantes dos percentuais utilizados nas Fases 1 e 2 decorrerão da incidência destes sobre o faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos.

Assim, questão que se impõe imediatamente é: o que será considerado para fins de faturamento bruto? Quanto a este ponto, o Decreto nº 8.420/2015 trouxe quatro importantes preceitos.

Primeiramente, o Decreto federal remeteu a fixação da metodologia para apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos à edição de ato do Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União. Tal regulamentação almejada no *caput* do art. 21 do Decreto se deu por meio da publicação da Instrução Normativa CGU nº 1, de 7 de abril de 2015.

A referida Instrução Normativa prescreve que o faturamento bruto a ser utilizado para fins de cálculo da multa será a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, que versa sobre a legislação do imposto de renda. Eis o teor do referido dispositivo do decreto-lei:

Art. 12. A receita bruta compreende:

- I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;
- II - o preço da prestação de serviços em geral;
- III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e
- IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

A IN CGU nº 1/2015 previu ainda que para as pessoas jurídicas que são contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), o faturamento bruto compreende a receita bruta de que trata o § 1º do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte). Ou seja: (i) Microempresa: receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e (ii) Empresa de Pequeno Porte: receita bruta anual superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Por fim, a citada Instrução Normativa esclareceu que os tributos a serem excluídos do faturamento bruto por ocasião do cálculo da multa são aqueles incidentes sobre a receita bruta, nos termos do inciso III do § 1º do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, a saber: PIS, COFINS, ISS e ICMS.

No tocante ao faturamento bruto, o **segundo** aspecto tratado pelo Decreto nº 8.420/2015 diz respeito aos meios pelos quais as comissões processantes e as autoridades administrativas lançarão mão para ter acesso aos valores a serem utilizados a título de faturamento. Assim, o Decreto dispôs no parágrafo único do seu art. 21 que tais valores poderão ser obtidos tanto por meio do compartilhamento de informações tributárias fundamentadas no inciso II do § 1º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)³⁵, quanto através de registros contábeis produzidos ou publicados, no Brasil ou no exterior, pela pessoa jurídica acusada.

Em **terceiro lugar**, o legislador infralegal não olvidou que poderão ocorrer situações em que não será possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica no ano anterior ao da instauração ao PAR. Nesses casos, o Decreto nº 8.420/2015 aponta, em seu art. 22, que os percentuais dos fatores utilizados nas Fases 1 e 2 do cálculo incidirão sobre os seguintes valores:

(I) o 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) o montante total de recursos recebidos pela pessoa jurídica sem fins lucrativos no ano em que ocorreu o ato lesivo; ou

³⁵ Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

(...)

II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. (grifou-se)

(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.

Em **quarto e último lugar**, ainda sobre a temática relacionada ao faturamento bruto, o Decreto federal dispôs – em consonância com o disposto no § 4º do art. 6º da LAC – que nos casos em que os montantes utilizados como base de cálculo para a multa sejam uma das três situações previstas acima, o valor da referida sanção será limitado entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Deste modo, apresentada a estrutura básica para o cálculo da multa e entendido o que é o faturamento bruto utilizado na base de cálculo, passa-se a explicitar quais são os fatores empregados nas Fases 1 (soma) e 2 (subtração) da metodologia de apuração da multa.

Relacionadas à **Fase 1** do cálculo, no art. 17 do Decreto nº 8.420/2015 estão elencadas as seis situações e/ou características que denotam **maior agravamento** do ato lesivo cometido pela pessoa jurídica acusada no processo administrativo de responsabilização (PAR), bem como o respectivo percentual que deverá incidir sobre o faturamento em cada uma daquelas circunstâncias. São elas:

(I) **1% a 2,5%**, havendo **continuidade** dos atos lesivos no tempo;

(II) **1% a 2,5%**, para **tolerância** ou **ciência** de pessoas do **corpo diretivo** ou **gerencial** da pessoa jurídica;

(III) **1% a 4%**, no caso de **interrupção** no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada;

(IV) **1%**, para a **situação econômica** do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral - SG e de Liquidez Geral - LG superiores a 1 e de **lucro líquido** no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo;

(V) **5%**, 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 12.846/2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e

(VI) no caso de **contratos** mantidos ou pretendidos **com o órgão ou entidade lesado**, serão considerados, **na data da prática do ato lesivo**, os seguintes percentuais:

(a) **1%**, em contratos **acima de R\$ 1.500.000,00** (um milhão e quinhentos mil reais);

(b) **2%**, em contratos **acima de R\$ 10.000.000,00** (dez milhões de reais);

(c) **3%**, em contratos **acima de R\$ 50.000.000,00** (cinquenta milhões de reais);

(d) **4%**, em contratos **acima de R\$ 250.000.000,00** (duzentos e cinquenta milhões de reais); e

(e) **5%**, em contratos **acima de R\$ 1.000.000.000,00** (um bilhão de reais).

Relacionado à **Fase 2** do cálculo, o art. 18 do Decreto nº 8.420/2015 descreve, por sua vez, as cinco situações e/ou características que denotam **menor agravamento** do ato lesivo cometido pela pessoa jurídica acusada no PAR, bem como o respectivo percentual que deverá incidir sobre o faturamento em cada uma daquelas circunstâncias:

(I) **1%**, no caso de **não consumação** da infração;

(II) **1,5%**, no caso de **comprovação de ressarcimento** pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;

(III) **1% a 1,5%**, para o **grau de colaboração** da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, **independentemente** do acordo de leniência;

(IV) **2,5%**, no caso de **comunicação espontânea** pela pessoa jurídica **antes** da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e

(V) **1% a 4%**, para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um **programa de integridade**, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV do Decreto nº 8.420/2015.

Tais percentuais deverão ser subtraídos do resultado da soma dos fatores do art. 17. Ou seja, e conforme dito anteriormente, da soma dos percentuais relacionados à Fase 1 subtraem-se os percentuais relacionados à Fase 2.

Relativamente aos percentuais para os fatores tratados nos arts. 17 e 18 do Decreto nº 8.420/2015, **duas importantes observações** precisam ser feitas.

A **primeira** é que pode acontecer de o resultado das operações de soma e subtração ser igual ou menor a zero, o que, à primeira vista, acarretaria a inexistência de valor a ser calibrado na terceira e última fase do cálculo da multa. Ocorre, todavia, que a Lei nº 12.846/2013 estabelece valores mínimos para a multa a ser aplicada, a saber, 0,1% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, ou R\$ 6.000,00, quando não for possível utilizar o critério do faturamento bruto, sendo que, em qualquer hipótese, a multa nunca poderá ser inferior à vantagem auferida pela pessoa jurídica. Assim, mesmo quando a operação aritmética decorrente das Fases 1 e 2 resultar negativa ou “zero”, ainda assim haverá um daqueles dois valores mínimos legais a ser utilizado para fins de cálculo de multa antes da calibragem “Piso x Teto” a ser feita na Fase 3.

A **segunda** é que a existência e a quantificação dos fatores previstos nos arts. 17 e 18 deverão ser apuradas no PAR e evidenciadas no relatório final da comissão, o qual também conterá a estimativa, sempre que possível, dos valores da vantagem auferida e da pretendida, conforme preceitua o art. 20 do Decreto nº 8.420/2015. Desta forma, evidencia-se que recai sobre a comissão processante não só a incumbência de conduzir diligentemente a apuração dos fatos e, eventualmente, imputar a irregularidade à pessoa jurídica, como igualmente cabe àquele colegiado se debruçar sobre a precisa identificação de cada um daqueles fatores de agravamento e de atenuação empregados no cálculo da multa e, também, a devida quantificação de cada percentual que irá incidir sobre o faturamento bruto, base de cálculo da operação.

Feitas essas considerações, chega-se a última fase do cálculo da multa: a **Fase 3** ou “**fase de calibragem**”. Nessa derradeira etapa, o valor resultante das somas e subtrações realizadas nas Fases 1 e 2 (chamemos este valor de “multa preliminar”), eventualmente ajustado para o mínimo legal em caso de resultado negativo ou “zero”, será submetido aos ajustes de valor relacionados ao piso e ao teto previstos em lei.

Inicialmente, será verificado se a “multa preliminar” está **abaixo do piso** previsto em lei para tal sanção, a fim de que, em caso positivo, ela seja elevada até o valor de piso correspondente. Segundo o art. 6º, inciso I, e § 4º, da Lei nº 12.846/2013, a multa mínima sempre deverá corresponder a 0,1% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, ou R\$ 6.000,00, quando não for possível utilizar o critério do faturamento bruto. Mas não só isso. A parte final do inciso I do art. 6º da LAC determina, ainda, que, em qualquer hipótese, a multa mínima nunca poderá ser inferior à vantagem auferida pela pessoa jurídica. Deste modo, conclui-se que o **piso da multa** prevista na Lei nº 12.846/2013 será o **maior valor entre** a vantagem auferida pela pessoa jurídica e as quantias mínimas previstas no art. 6º da LAC (0,1% do faturamento ou R\$ 6.000,00, quando for o caso).

Na sequência, passa-se a examinar se a “multa preliminar” está **acima do teto** previsto em lei para tal sanção, a fim de que, em caso positivo, ela seja reduzida até o valor de teto correspondente. Novamente segundo o art. 6º, inciso I, e § 4º, da Lei nº 12.846/2013, a multa máxima sempre deverá corresponder a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, ou R\$ 60.000.000,00, quando não for possível utilizar o critério do faturamento bruto. Contudo, diferentemente do que fez quanto ao valor mínimo, a Lei nº 12.846/2013 não estabeleceu expressamente uma correlação entre o valor máximo da multa e a vantagem auferida pela pessoa jurídica.

Ocorre que a mesma Lei nº 12.846/2013 determina, no inciso II do seu art. 7º, que a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator deverá ser levada em consideração na aplicação das sanções nela previstas; de sorte que a própria LAC exige que o critério “vantagem auferida ou pretendida” seja considerado para fins de ponderação e justiça da devida penalidade a ser imposta às pessoas jurídicas que a infringem.

É sob este fundamento legal que o Decreto nº 8.420/2015 previu, no seu art. 20, § 1º, II, “b”, que a multa máxima aplicável não poderá ser superior a 3 (três) vezes o valor da vantagem auferida ou pretendida pela pessoa jurídica infratora, mesmo que tal valor seja inferior aos limites máximos descritos no art. 6º da Lei nº 12.846/2013.

Deste modo, conclui-se que o **teto da multa** prevista na Lei nº 12.846/2013 será o **menor valor entre** três vezes a vantagem auferida ou pretendida pela pessoa jurídica e as quantias máximas previstas no art. 6º da LAC (20% do faturamento ou R\$ 60.000.000,00, quando for o caso).

Concluída a fase de calibragem, chega-se ao valor final da multa aplicável à pessoa jurídica que tenha cometido algum dos atos lesivos previstos na Lei nº 12.846/2013. Essa multa, segundo o disposto no art. 25 do Decreto nº 8.420/2015, deverá ser recolhida integralmente pela pessoa jurídica no prazo de 30 (trinta) dias, devendo esta apresentar ao órgão ou entidade sancionadora documento que ateste a realização de tal pagamento integral.

Decorrido o prazo de 30 (trinta) dias 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. Caso a entidade que aplicou a multa não possua Dívida Ativa, o valor será cobrado independentemente de prévia inscrição.

Por fim, uma última observação ainda deve ser feita acerca do valor final da multa. Embora tal sanção pecuniária tenha, via de regra, a sua quantificação concluída ao final das três fases de cálculo acima descritas, o valor final calculado pode – **eventualmente e em uma única situação bem específica** – sofrer um último ajuste e ficar, até mesmo, abaixo do piso legal: trata-se da hipótese em que a pessoa jurídica punida tenha celebrado e cumprido um acordo de leniência com o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.

Conforme será visto no item 2.5.8.3.6 *infra*, um dos benefícios possíveis de serem concedidos às pessoas jurídicas que celebrem acordos de leniência com base na Lei nº 12.846/2013 é a redução, em até 2/3 (dois terços), do valor final da multa aplicável. Esta previsão consta do § 2º do art. 16 da LAC, bem como do art. 40, III, do Decreto nº 8.420/2015.

Assim, com a assinatura do acordo de leniência, a multa aplicável à pessoa jurídica signatária – ou seja, a multa resultante do cálculo após as três fases da metodologia prevista no Decreto nº 8.420/2015 – será reduzida conforme a fração pactuada, observado o limite máximo de 2/3 previsto na Lei nº 12.846/2013.

4.6. TIPIFICAÇÃO DOS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL E ESTRANGEIRA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Feita a exposição das penalidades aplicáveis às pessoas jurídicas e dos critérios de dosimetria a serem empregados para definir a medida de tais sanções, passa-se a esmiuçar as hipóteses de responsabilização previstas pelo art. 5º da Lei Anticorrupção.

A lei define como hipótese passível de sancionamento a prática de ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira, assim definido todo aquele ato praticado pelas pessoas jurídicas indicadas no parágrafo único do art. 1º³⁶, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Na sequência, os incisos do art. 5º enumeram o rol dos atos lesivos, a saber:

- (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;

³⁶ Art. 1º (...) 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.

(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.

A respeito desse último tipo de ato lesivo, Mateus Bertoncini ensina que tal obstrução está associada à dificuldade imposta pela pessoa jurídica à atuação dos órgãos e entidades da Administração Pública incumbidos de apurar a conduta de todos os autores, partícipes e beneficiários dos atos lesivos definidos na Lei nº 12.846/2013³⁷. Quanto à sujeição passiva dessa infração específica, ensina ainda o referido autor:

Podem ser sujeitos passivos dessa infração órgãos como a Controladoria-Geral da União, o Ministério Público, o Banco Central, as agências reguladoras, os órgãos e entidades encarregados do processo administrativo a que alude essa Lei em seu art. 8º, assim como o próprio Poder Judiciário, encarregado da responsabilização judicial, que pode ter a sua atuação atingida pela pessoa jurídica na senda de obstruir a Justiça.

Assim, os atos lesivos tipificados na Lei nº 12.846/2013 poderiam ser agrupados em **quatro categorias: (i) atos lesivos de corrupção em sentido estrito**, compostos por aqueles atos tipificados no inciso I; **(ii) atos lesivos de instrumentalização da corrupção**, compostos por aqueles atos tipificados nos incisos II e III; **(iii) atos lesivos de fraude a licitações e contratos públicos**, compostos por aqueles atos tipificados nas alíneas do inciso IV; e, por fim, **(iv) atos lesivos por obstrução ao controle exercido pelo Poder Público**, compostos por aqueles atos tipificados no inciso V. Sendo assim, a

³⁷ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Comentários à Lei 12.846/2013. São Paulo: RT. 2014. p. 149.

conclusão a que se chega é que o rol de tipos é amplo, abarcando, assim, uma quantidade de condutas grande, sendo, contudo, taxativo, ou seja, é uma lista fechada de ilícitos tipificados.

Seguindo o exame da tipificação prevista na Lei nº 12.846/2013, destacam-se do rol do art. 5º aqueles atos lesivos à Administração Pública que estão relacionados às licitações e contratos, os quais podem ensejar simultaneamente responsabilização administrativa da pessoa jurídica com fulcro na Lei nº 12.846/2013 e com fundamento na Lei nº 8.666/1993 ou outras normas que disciplinam a matéria de licitações e contratos administrativos, a exemplo da Lei nº 10.520/2002 (“Lei do Pregão”) e da Lei nº 12.462/2011 (“Lei do RDC”).

Isso porque, diante da gravidade e da abrangência das condutas elencadas pela Lei Anticorrupção, a prática desses atos pelas empresas também pode configurar, por exemplo, uma das hipóteses sancionadas com a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, em especial a prática de atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação (art. 88, II, Lei nº 8.666/1993) e a demonstração de não possuir idoneidade para contratar com a Administração Pública em virtude de atos ilícitos praticados (artigo 88, III, Lei nº 8.666/1993). Em outras palavras, uma única conduta lesiva praticada pela empresa pode sujeitá-la às sanções administrativas de multa sobre percentual do faturamento bruto, publicação extraordinária da decisão condenatória e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, sanções estas que têm fundamento em leis diferentes e, via de regra, resultam da conclusão de processos administrativos que seguem ritos distintos.

Esta especial circunstância não passou despercebida pelo legislador infralegal, o que resultou na previsão contida no art. 12 do Decreto nº 8.420/2015 acerca da apuração e do julgamento conjuntos dos processos administrativos instaurados em razão de atos ilícitos enquadráveis simultaneamente tanto na Lei nº 12.846/2013 quanto em normas de licitações e contratos, conforme será melhor examinado no item 2.5.7.4 *infra*.

Por fim, é importante destacar que a LAC também prevê, nos §§ 1º a 3º do art. 5º, que os atos lesivos elencados no *caput* podem ser cometidos por pessoas jurídicas contra a administração pública estrangeira, entendida esta como 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.

A pergunta que surge aqui é: quais pessoas jurídicas podem cometer atos lesivos contra a administração estrangeira, nos termos acima indicados, e que estão sujeitas ao sistema de responsabilização estabelecido pela Lei Anticorrupção? A resposta é dada pela própria LAC em seu art. 28, quando afirma que ela se aplica aos atos lesivos praticados **por pessoa jurídica brasileira** contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.

Em outras palavras, caso uma empresa brasileira pratique um ato de corrupção fora do país, como, por exemplo, pagamento de propina a agente público estrangeiro³⁸, ela será processada e poderá ser punida no Brasil, nos termos da Lei nº 12.846/2013.

³⁸ Art.5º (...)

§ 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.

Como a Lei Anticorrupção não define o que é pessoa jurídica brasileira, a conceituação mais aproximada que se encontra no ordenamento jurídico nacional é o de “sociedade nacional”, dada pelo Código Civil em seu art. 1.126: “É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração”.

Não obstante a definição legal do Código Civil se limitar a um determinado tipo de organização que uma pessoa jurídica pode assumir, a saber, a “sociedade”, essa interpretação sistemática entre os dois diplomas legais aponta que não basta que uma empresa tenha uma filial sediada no Brasil ou um número de CNPJ perante o Ministério da Fazenda para que seja considerada “nacional”, sendo necessário verificar, sobretudo, se a sede da sua administração é no Brasil. A respeito do assunto, Paulo Roberto Galvão de Carvalho assim esclarece:

(...) a Lei Anticorrupção somente tem aplicação extraterritorial se os atos praticados no exterior forem imputáveis a pessoas jurídicas brasileiras. A multinacional estrangeira, ainda que tenha filial e operações ativas no país, também está sujeita às punições da Lei Anticorrupção (como consta, aliás, do artigo 1º, parágrafo único), porém somente em relação aos atos praticados contra a administração pública e o patrimônio público nacionais.³⁹

A competência para a instauração, a apuração e o julgamento dos processos administrativos de tais atos ilícitos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira é exclusiva do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, conforme determinado no art. 9º da LAC.

4.7. INSTRUMENTOS DE APURAÇÃO PREVISTOS NA LEI ANTICORRUPÇÃO

4.7.1. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Em que pese a Investigação Preliminar decorrer do poder-dever geral da Administração Pública para apurar toda e qualquer denúncia acerca de irregularidades contra ela cometidas, o legislador infralegal entendeu que seria adequado explicitar algumas diretrizes mais específicas acerca do processo e do rito a ser observado.

Assim, no Decreto nº 8.420/2015, se encontram previstas as seguintes características:

- (i) O processo de investigação terá **caráter sigiloso e não punitivo**;
- (ii) A investigação destina-se à **apuração de indícios** de autoria e materialidade de atos lesivos à administração pública federal;
- (iii) A comissão será formada por **dois ou mais servidores efetivos**, não havendo a necessidade de que eles sejam estáveis, e, em caso de entidades da administração pública federal cujos quadros funcionais não sejam formados por servidores estatutários, a comissão será composta por **dois ou mais empregados públicos**;

³⁹ CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Legislação anticorrupção no mundo*. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 59.

- (iv) O prazo para conclusão da investigação preliminar é de **60 (sessenta) dias**, podendo haver prorrogação;
- (v) O resultado da investigação preliminar deve constar de um **relatório conclusivo** acerca da existência de indícios de autoria e de materialidade suficientes para subsidiar a decisão acerca da eventual instauração de PAR.

A investigação preliminar em tela é, em resumo e nos termos do art. 9º da Portaria CGU nº 910/2015, “procedimento de caráter preparatório que visa a coletar indícios de autoria e materialidade para verificar o cabimento da instauração de PAR”.

4.7.2. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO - PAR

A Lei Anticorrupção regula o processo administrativo de apuração da responsabilidade de pessoa jurídica – ou simplesmente PAR – nos seus artigos 8º a 15. O Decreto nº 8.420/2015, por sua vez, detalhou ainda mais rito procedimental, conforme se observa em seus artigos 2º a 14. Além disso, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, como órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal, no exercício da função de formular normas voltadas à atividade de responsabilização administrativa de entes privados, editou e publicou a Portaria CGU nº 910, de 07 de abril de 2015, que define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa de que trata a Lei nº 12.846/2013, a qual foi alterada pela Portaria nº. 1.381, de 23 de junho de 2017.

4.7.2.1. Competências Gerais

Compete à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica nos moldes da Lei Anticorrupção. No âmbito do Poder Executivo federal, a competência será do Ministro de Estado, quando se tratar de Administração Direta, ou da autoridade máxima de entidade, como autarquia ou fundação, no caso da Administração Indireta, de acordo com o disposto no art. 3º do Decreto nº 8.420/2015.

A instauração de PAR, contudo, nem sempre será a primeira ou a única medida a ser adotada pela autoridade competente ao tomar ciência da possível ocorrência de ato lesivo à administração pública federal.

Com efeito, segundo o art. 4º do Decreto nº 8.420/2015, a depender dos indícios de autoria e materialidade que forem apresentados a tal autoridade, esta poderá, em sede de juízo de admissibilidade e mediante despacho fundamentado, decidir não só pela instauração de um PAR, mas também, alternativamente pela abertura de um processo de investigação preliminar ou até mesmo pelo arquivamento da matéria. Essa decisão irá depender da força probatória que os indícios de autoria e materialidade, até então obtidos, terão sobre o convencimento da autoridade competente para dar seguimento a tais medidas procedimentais.

No exercício de suas competências para decidir o caminho a ser seguido (PAR, investigação preliminar ou arquivamento), a autoridade agirá de ofício ou mediante

provocação, permitida a delegação das competências para a instauração e o julgamento do processo de investigação preliminar e do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica. A subdelegação é proibida em qualquer hipótese, conforme determinado no § 1º do art. 8º da Lei nº 12.846/2013 e do parágrafo único do art. 3º do Decreto nº 8.420/2015.

A propósito da autorização legal para delegação de competências, o Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União, nos termos do art. 5º da Portaria CGU nº 910/2015, alterada pela Portaria CGU nº 1.381/2017, manteve a sua competência para julgar PAR instaurado ou avocado pelo Ministério e delegou ao Corregedor-Geral da União a competência para instaurar investigação preliminar e PAR, para decidir pelo arquivamento de denúncia ou representação infundada, bem como pelo arquivamento de investigação preliminar, no caso de inexistência de indícios de autoria e materialidade.

4.7.2.2. Competências do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União

Cumprе relembrar que, por força da Medida Provisória nº 782, de 31 de maio de 2017, convertida na Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017, e com base no artigo 14, inciso I do Decreto nº 8.910/2016, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União é o órgão central do sistema de correição do Poder Executivo federal. Seguindo a estrutura organizacional e operacional já estabelecida naqueles diplomas normativos, a Lei nº 12.846/2013 situou o Ministério em uma posição de destaque dentro do sistema de responsabilização administrativa anticorrupção ali erigido e determinou sua competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento na referida Lei, para exame de sua regularidade ou para correção do seu andamento.

Além disso, conforme destacado no item 2.5.6 *supra*, a LAC deixou assentado que o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União possui competência exclusiva para apurar, processar e julgar os atos ilícitos previstos na própria Lei Anticorrupção, praticados por pessoas jurídicas brasileiras contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no artigo 4 da Convenção da OCDE,⁴⁰ que delimita a jurisdição de cada país ao território de ocorrência do delito ou ao envolvimento de nacionais na prática de atos lesivos em território estrangeiro.

Assim, a partir do disposto no texto da LAC, depreende-se que o Ministério possui dois tipos de competências no âmbito do Poder Executivo Federal, no que tange aos processos relacionados a apuração de atos lesivos à Administração Pública:

(I) Competência **concorrente**:

⁴⁰ Artigo 4 – Jurisdição

1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, quando o delito é cometido integral ou parcialmente em seu território.

2. A Parte que tiver jurisdição para processar seus nacionais por delitos cometidos no exterior deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição para fazê-lo em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, segundo os mesmos princípios.

3. Quando mais de uma Parte tem jurisdição sobre um alegado delito descrito na presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para a instauração de processo.

4. Cada Parte deverá verificar se a atual fundamentação de sua jurisdição é efetiva em relação ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, caso contrário, deverá tomar medidas corretivas a respeito.

- (a) para instaurar e julgar PAR;
- (II) Competência **exclusiva**:
 - (a) Para avocar os processos instaurados:
 - a. para exame de sua regularidade; ou
 - b. para lhes corrigir o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.
 - (b) Para instaurar, apurar e julgar processos por atos ilícitos previstos na Lei nº 12.846/2013 praticados contra a administração pública estrangeira.

No tocante às competências relacionadas aos processos envolvendo atos lesivos contra a administração pública nacional, o Decreto nº 8.420/2015 elencou as circunstâncias em que o Ministério poderá atuar concorrentemente para instaurar o PAR ou exclusivamente para avocar processos já em curso em outros órgãos e entidades do Poder Executivo federal. São elas:

- (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.

Em quaisquer dessas situações, os órgãos e entidades da administração pública ficam obrigados a encaminhar ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União todos os documentos e informações que lhes forem solicitados, incluídos os autos originais dos processos que eventualmente estejam em curso. Ademais, segundo o art. 7º da Portaria CGU nº 910/2015, os processos que forem avocados terão continuidade a partir da fase processual em que se encontravam no órgão ou entidade de origem, podendo ser designada nova comissão para dar seguimento à apuração, bem como serão aproveitadas todas as provas já carreadas aos autos, salvo aquelas eivadas de nulidade absoluta.

4.7.2.3. Competência sancionadora nas transferências de recursos federais

A respeito do repasse de verbas públicas da União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, vale registrar que ele se dá basicamente sob três formas: (i) transferências constitucionais ou obrigatórias; (ii) transferências legais ou “fundo a fundo”; e (iii) transferências voluntárias.

As primeiras – transferências constitucionais – são aquelas realizadas pelo Tesouro Nacional em cumprimento aos dispositivos da Constituição Federal e se referem ao rateio da receita proveniente de impostos aos entes federados, nos prazos legalmente estabelecidos. Os valores recebidos por meio de tais transferências passam a fazer parte do

orçamento do ente da federação a que se referir, deixando de pertencer à União. Em razão disso, não recai sobre estes valores fiscalização exercida pela União por meio de órgãos como o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União ou o Tribunal de Contas da União, sob pena de violação do princípio da federação, por interferência na autonomia e na autodeterminação do ente federativo.

As transferências legais ou “fundo a fundo” são aquelas previstas em leis específicas e consistem no repasse regular e programado de recursos federais diretamente de um fundo federal para fundos pertencentes aos estados e municípios, independentemente de convênio ou instrumento similar. Tem-se, como exemplo, os repasses oriundos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) e o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB).

Por fim, as transferências voluntárias consistem nos recursos financeiros repassados pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios em decorrência da celebração de convênios (cujos recursos são transferidos diretamente da União para o ente da federação), contratos de repasse (que consiste num instrumento de transferência voluntária realizada por intermédio de instituições financeiras oficiais federais) e ajustes ou outros instrumentos similares cuja finalidade é a realização de obras e/ou serviços de interesse comum e coincidente às diversas esferas de governo envolvidas.

O que importa assinalar nestas duas últimas modalidades de repasse é que as verbas federais que são transferidas aos demais entes federativos não passam a pertencer a estes e nem são incorporadas aos seus orçamentos. Por esta razão, os valores federais envolvidos em tais transferências estão sujeitos à fiscalização tanto dos órgãos de controle interno e externo da União, quanto do órgão federal gestor do fundo ou do programa do governo federal a que se relacionam.

E, embora os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não disponham de autonomia federativa plena quanto aos recursos transferidos por meio de transferências “fundo a fundo” e voluntárias, possuem o dever de zelar pela boa gestão e aplicação de tais recursos públicos federais no âmbito das ações e projetos locais para os quais eles foram destinados, sendo tais entes federativos diretamente competentes para lançar mão das medidas sancionatórias administrativas cabíveis em caso de irregularidades envolvendo tais recursos.

Em um primeiro momento, entendeu-se que, diante de indícios de irregularidades na aplicação de recursos públicos federais transferidos pela União aos Estados, Distrito Federal ou Municípios, como, por exemplo, desvios de finalidade ou celebração de contratos fraudulentos, comprometendo, com isso, a realização de projeto, atividade ou serviço de interesse da União e da sociedade como um todo e, portanto, prejudicando a regularidade do funcionamento da Administração Pública Federal, estaria legitimada a atuação administrativa sancionadora⁴¹ da União para reprimir tais atos lesivos, seja, primeiramente, por meio do órgão federal que gere o fundo ou programa federal relacionado à verba transferida, seja, subsidiariamente, por meio do Ministério da

⁴¹ Essa atuação administrativa repressora se daria com: (i) o acionamento de eventuais mecanismos sancionadores existentes nos instrumentos de repasse; (ii) as sanções porventura previstas nas leis específicas que regulam determinada transferência; (iii) as penas administrativas previstas nas leis que regem as licitações e contratações públicas (Lei nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002 ou Lei nº 12.462/2011, por exemplo), sobretudo as penalidades restritivas ao direito de licitar e contratar; ou (iv) o processo administrativo de responsabilização previsto na Lei nº 12.846/2013, caso as irregularidades praticadas envolvendo as verbas federais repassadas estejam relacionadas ao cometimento de algum dos atos lesivos tipificados no art. 5º da referida lei.

Transparência e Controladoria-Geral da União ou, no âmbito do controle externo, pelo Tribunal de Contas da União.

Ocorre que a competência dos órgãos e entidades federais para apurar eventuais atos lesivos praticados por pessoas jurídicas em face de administração pública municipal ou estadual, quando envolvidos recursos federais, foi objeto de divergência de entendimento entre diversas Pastas Ministeriais, o que demanda pronunciamento a respeito, em caráter uniformizador, pela Consultoria-Geral da União, ainda não proferido.

Repisa-se a competência do órgão/entidade lesada (no Estado, Município ou Distrito Federal) e destaca-se, em caso de omissão, a competência do Ministério Público, nos termos do já citado art. 20 da Lei nº 12.846, de 2013:

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.

4.7.2.4. Comissão do PAR: principais regras/rito do processo

Diferentemente da investigação preliminar, a comissão responsável por conduzir um processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica será composta por **dois ou mais servidores efetivos e estáveis** designados pela autoridade competente para a instauração (art. 10 da LAC). E a razão para tal exigência está relacionada à própria natureza sancionadora do PAR. Como se trata de procedimento que ao final pode resultar na punição de pessoas jurídicas que tenham praticado atos lesivos contra a Administração Pública e que é permeado por uma apuração pautada pelo respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, é imperioso que os servidores incumbidos de compor a comissão processante desempenhem as suas atribuições apuratórias com o máximo de autonomia e independência possível, sem sofrerem qualquer tipo de pressão ou ingerência externa durante a condução dos trabalhos. Assim, o fato de os membros da comissão gozarem de estabilidade no serviço público contribui para o desenvolvimento de uma apuração mais isenta de interferências.

Esta garantia de um processo administrativo erigido sobre uma apuração realizada por meio de uma comissão independente e imparcial está expressamente consignada no art. 6º do Decreto nº 8.420/2015:

A comissão a que se refere o art. 5º [comissão do PAR] 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.

A respeito da composição, mister observar um “ponto cego” contido na LAC. Embora entidades da administração pública federal cujos quadros funcionais não sejam formados por servidores estatutários também tenham competência para instaurar PAR, a exemplo das empresas públicas e das sociedades de economia mista, a Lei nº 12.846/2013 estabeleceu apenas a regra contida no citado art. 10 acerca da composição da comissão processante.

Assim, em vista da dificuldade que tal omissão legislativa acarretaria para a instauração de tais processos nas referidas entidades, as quais teriam, por exemplo, que

depende da cessão de servidores efetivos e estáveis por parte de outros órgãos, o Decreto nº 8.420/2015, visando contornar esse obstáculo, previu que para os PAR a serem instaurados por tais entidades a comissão será composta por dois ou mais empregados públicos, preferencialmente com no mínimo 3 (três) anos de tempo de serviço na entidade.

Ainda quanto aos membros da comissão de PAR, vale registrar que a Portaria CGU nº 910/2015 deixou expresso no § 2º do seu art. 10 que a eles se aplicam as hipóteses de impedimento e de suspeição previstas nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.784/1999 e o dever de evitar conflitos de interesse e de proteger informações privilegiadas, previsto no art. 4º da Lei nº 12.813/2013, *in verbis*:

Lei nº 9.784/1999:

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Lei nº 12.813/2013:

Art. 4º O ocupante de cargo ou emprego no Poder Executivo federal deve agir de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada.

Assim, observadas as exigências legais acerca dos membros da comissão e estando a autoridade convicta acerca da necessidade de se instaurar um PAR, tal ato deve se dar por meio da publicação de uma portaria instauradora no Diário Oficial da União, que conterá:

- (I) o nome, o cargo e a matrícula dos membros integrantes da comissão;
- (II) a indicação do membro que presidirá a comissão;
- (III) o número do processo administrativo onde estão narrados os fatos a serem apurados; e
- (IV) o prazo para conclusão do processo.

Cumpra-se observar que a identificação da pessoa jurídica envolvida nos fatos a serem apurados no PAR objeto da instauração **não é uma exigência** que deva constar da portaria instauradora. E a razão para isso não é outra a não ser evitar que a pessoa jurídica se submeta a eventuais situações vexatórias decorrentes de ter o seu nome vinculado publicamente a um processo administrativo cujo objeto é a apuração de atos lesivos contra

a Administração Pública, cuja autoria definitiva somente será eventualmente atribuída àquela pessoa jurídica ao final do PAR.

No campo da responsabilização disciplinar de servidores públicos, tal entendimento já está consolidado tanto no âmbito do Poder Executivo federal, por meio de posicionamentos do próprio Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e da AGU⁴², quanto no âmbito do Poder Judiciário, por meio de diversas decisões do STJ⁴³ e do STF⁴⁴. Sobre o tema, segue um trecho do Manual de PAD do Ministério⁴⁵:

Não constitui nulidade do processo a falta de indicação, na portaria inaugural, do nome do servidor acusado, dos supostos ilícitos e seu enquadramento legal. Ao contrário de configurar qualquer prejuízo à defesa, tais lacunas na portaria preservam a integridade do servidor envolvido e obstam que os trabalhos da comissão sofram influências ou seja alegada a presunção de culpabilidade.

A indicação de que contra o servidor paira uma acusação é formulada pela comissão na notificação para que ele acompanhe o processo como acusado; já a descrição da materialidade do fato e o enquadramento legal da irregularidade (se for o caso) são feitos pela comissão em momento posterior, somente ao final da instrução contraditória, com a indicição.

Vale registrar, por fim, que tanto o Decreto nº 8.420/2015 (art. 6º) quanto a Portaria CGU nº 910/2015 (art. 11, parágrafo único) determinam que no curso do PAR deverá ser assegurado o sigilo, sempre que necessário à elucidação dos fatos e à **preservação da imagem dos envolvidos**. E como o PAR se inicia com a portaria de instauração, tal comando se aplica inclusive por ocasião do momento da sua publicação e das informações nela veiculadas.

Quanto ao prazo para conclusão do PAR, a Lei nº 12.846/2013 estabeleceu no § 3º do seu art. 10 que a comissão deverá concluir o processo em **180 (cento e oitenta) dias**, contados da publicação do ato que designar a comissão, podendo ser prorrogado mediante ato fundamentado da autoridade instauradora. Assim, diferente da Lei nº 8.666/1993, a LAC estabelece um prazo definido para a comissão realizar os trabalhos apuratórios.

Como a Lei nº 12.846/2013 não deixou expresso que tal prorrogação poderá se dar uma única vez, depreende-se que o prazo para conclusão do PAR pode ser prorrogado quantas vezes sejam necessárias para que a apuração seja finalizada a contento. Contudo, é importante deixar sublinhado, que em todas as ocasiões em que a comissão solicitar uma prorrogação de prazo à autoridade instauradora, caberá àquele colegiado motivadamente balizar tal pedido e incumbirá à última devidamente fundamentar a decisão acerca do deferimento ou não da prorrogação.

Instalada a comissão, será a pessoa jurídica **notificada da abertura do PAR** para acompanhar todos os atos instrutórios e para, no prazo de 10 (dez) dias, especificar as provas que pretende produzir, a teor do artigo 13 da Portaria CGU nº 910/2015. Na notificação prévia, a Comissão informará à pessoa jurídica dos fatos ilícitos apurados.

⁴² Pareceres GQ-12 (vinculante, itens 16 e 17), GQ-35 (vinculante, item 15), GQ-37 (item 24), GQ-100 (item 4).

⁴³ MS 14836/DF, Data do Julgamento: 24/11/2010, Data de Publicação: 03/12/2010. RMS 23274/MT, Data do Julgamento: 18/11/2010, Data de Publicação: 13/12/2010.

⁴⁴ RMS 25.105-4/DF, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Data Julgamento: 23/05/2006.

⁴⁵ BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Manual de Processo Administrativo Disciplinar. 2017, p. 87.

Além da segurança estabelecida em lei de que irá apurar os fatos com independência e imparcialidade, a comissão de PAR ainda poderá adotar as seguintes medidas destinadas a assegurar o devido e regular exercício de suas funções:

- (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;
- (III) solicitar ao órgão de representação judicial ou equivalente dos órgãos ou entidades lesadas que requeira as medidas necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão, no País ou no exterior;
- (IV) utilizar-se de todos os meios probatórios admitidos em lei, bem como realizar quaisquer diligências necessárias à elucidação dos fatos; e
- (V) realizar os atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.⁴⁶

A respeito das comunicações a serem feitas no curso do PAR, o Decreto nº 8.420/2015 consignou que 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 9.784/1999, *in verbis*:

LEI Nº 9.784/1999 - CAPÍTULO XVI - DOS PRAZOS

Art. 66. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.

§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.

§ 2º Os prazos expressos em dias contam-se de modo contínuo.

§ 3º Os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.

Art. 67. Salvo motivo de força maior devidamente comprovado, os prazos processuais não se suspendem.

Caso não tenha êxito a intimação por quaisquer um dos meios indicados acima, deverá ser feita por edital publicado na imprensa oficial, em jornal de grande circulação no Estado da federação em que a pessoa jurídica tenha sede, e no *site* 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.

Em se tratando de pessoa jurídica que não possua sede, filial ou representação no País e sendo desconhecida sua representação no exterior, frustrada a

⁴⁶ No âmbito do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, a utilização de videoconferência para tais fins foi disciplinada pela Instrução Normativa CGU nº 12, de 1º de novembro de 2011.

intimação pelos meios ordinários, 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.

Ao final da instrução, não havendo mais provas a serem produzidas de interesse da comissão, a pessoa jurídica será intimada para que, **no prazo de 5 (cinco) dias**, especifique eventuais outras provas que pretenda produzir antes do encerramento dessa fase, conforme artigo 15-A da Portaria CGU nº 910/2015.

Encerrada a instrução do PAR e tendo a comissão obtido elementos de prova suficientes para caracterizar a materialidade e a autoria dos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, aquele colegiado elaborará um **termo de indicição** contendo a especificação dos fatos, a tipificação do ato lesivo, a imputação da pessoa jurídica e as respectivas provas, bem como intimará a pessoa jurídica para, no prazo de **30 (trinta) dias**, apresentar **defesa escrita** e especificar eventuais outras provas que pretenda produzir.

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 escritas no prazo de **10 (dez) dias**, contado da data do deferimento ou da intimação de juntada das provas pela comissão (artigo 16, parágrafo único da Portaria CGU nº 910/2015).

Concluídos os trabalhos de apuração e a análise da defesa escrita eventualmente apresentada pela pessoa jurídica, 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.

Desta forma, evidencia-se que a comissão deverá, ao cabo da apuração que conduziu, ser **conclusiva** se os fatos apurados configuram atos lesivos à administração pública, conforme os tipos descritos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, e se eles podem ser imputados à pessoa jurídica que figurou como parte no PAR. Em caso positivo, a comissão irá sugerir as sanções cabíveis ao caso e descrever a dosimetria utilizada para o cálculo da multa a ser aplicada, caso tal penalidade tenha sido sugerida no relatório final. Se, por outro lado, a comissão estiver convencida de que os fatos apurados não ensejam a responsabilização da pessoa jurídica em face da qual o PAR foi instaurado, seja pela comprovação obtida no correr da fase instrutória, seja pelo acolhimento dos argumentos apresentados pela defesa da pessoa jurídica, o arquivamento do processo deverá ser sugerido à autoridade julgadora.

Caso o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação da defesa escrita tenha transcorrido sem que a pessoa jurídica tenha se manifestado, a comissão procederá à elaboração do relatório final com base exclusivamente nas provas produzidas e juntadas no PAR.

Importante registrar que, após a elaboração do relatório final, o PAR será remetido à autoridade competente, a qual intimará a pessoa jurídica para, querendo, manifestar-se no prazo máximo de **10 (dez) dias**, conforme se verifica do disposto no art. 18 da Portaria CGU nº 910/2015. Transcorrido o prazo, independentemente de tal manifestação, 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 (cf. art. 20 da Portaria CGU nº 910/2015).

Cumpra assinalar que nas situações em que a comissão tenha sugerido a aplicação das sanções previstas na Lei nº 12.846/2013, a manifestação prévia da Advocacia Pública ou do órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público é obrigatória para que a autoridade julgadora profira sua decisão, conforme se depreende do disposto no § 2º do art. 6º da LAC.

Caso seja verificada no curso do PAR a ocorrência de eventuais ilícitos a serem apurados em outras instâncias, a autoridade julgadora deverá encaminhar o relatório final da comissão aos seguintes órgãos, independentemente do julgamento administrativo que venha a pronunciar:

- (I) Ministério Público;
- (II) Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, no caso de órgãos da administração pública direta, autarquias e fundações públicas federais; ou
- (III) Órgão de representação judicial ou equivalente no caso de órgãos ou entidades da administração pública não abrangidos pelo item II acima.

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. Na hipótese de decisão contrária ao relatório da comissão, a autoridade julgadora deverá fundamentá-la com base nas próprias provas produzidas no PAR.

Da decisão administrativa sancionadora proferida pela autoridade competente, caberá pedido de reconsideração, com efeito suspensivo, no **prazo de 10 (dez) dias**, contado da data de publicação da decisão, sendo que a autoridade julgadora terá o prazo de 30 (trinta) dias para decidir e publicar nova decisão.

A pessoa jurídica contra a qual foram impostas sanções no PAR e que não apresentar pedido de reconsideração deverá cumpri-las no **prazo de 30 (trinta) dias**, contados do fim do prazo para interposição do pedido de reconsideração. Se a pessoa jurídica sancionada tiver apresentado pedido de reconsideração, mas a decisão administrativa sancionadora tiver sido mantida, será concedido novo prazo de trinta dias para cumprimento das sanções impostas, contado da data de publicação da nova decisão.

4.7.2.5. Aspectos processuais relacionados à pessoa jurídica

A pessoa jurídica poderá acompanhar o PAR por meio de seus representantes legais ou procuradores, sendo-lhes assegurado amplo acesso aos autos. Contudo, é vedada a retirada dos autos da repartição pública, sendo autorizada a obtenção de cópias, as quais poderão ser disponibilizadas tanto em papel, quanto em formato digital.

Quanto ao representante legal da pessoa jurídica, ele será, via de regra, aquele indicado na forma do seu estatuto ou contrato social. Contudo, duas situações especiais merecem atenção: (i) em caso de sociedade sem personalidade jurídica, esta será representada pela pessoa a quem couber a administração de seus bens; e (ii) em caso de pessoa jurídica estrangeira, a sua representação caberá ao gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil.

A comissão de PAR deve apreciar todos os pedidos para produção de provas formulados pela pessoa jurídica, bem como juntar aos autos todas aquelas que esta apresente. Todavia, podem ser recusadas, mediante decisão fundamentada da comissão, a produção de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

Importante ressaltar que, nos termos do art. 11 da Lei Anticorrupção, a pessoa jurídica terá prazo de **30 (trinta) dias** para se manifestar sobre a eventual acusação que lhe seja imputada pela comissão ao final da fase instrutória e consubstanciada no termo de indicição. Trata-se de um prazo mais adequado e razoável do que os 10 (dez) dias previstos na Lei nº 8.666/93.

Observação importante a ser feita é que, caso a comissão junte novas provas ao PAR após a intimação para apresentação de defesa pela pessoa jurídica, esta poderá apresentar alegações escritas a respeito delas no prazo de **10 (dez) dias**, contado da intimação de juntada.

De igual modo, cumpre registrar que a pessoa jurídica sempre deverá ter a **oportunidade** de se manifestar por último no PAR, antes do julgamento. É por esta razão que o art. 18 da Portaria CGU nº 910/2015 determina que concluído o relatório final, o PAR será remetido à autoridade competente, a qual intimará a pessoa jurídica para, querendo, manifestar-se no prazo máximo de **10 (dez) dias**.

4.8. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Conforme apontado no item 2.5.6 *supra*, algumas situações fáticas poderão ensejar a prática de irregularidades enquadráveis administrativamente tanto na Lei nº 12.846/2013, quanto em normas de licitações e contrato, sobretudo a Lei nº 8.666/1993.

Assim, por exemplo, a prática do ato lesivo descrito na LAC em seu art. 5º, IV, “a” (frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público) também pode configurar o ato ilícito previsto no art. 88, II, da Lei nº 8.666/1993 (tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação), uma das hipóteses sancionadas com a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Tendo em vista que situações – nada incomuns – como essas poderiam gerar a instauração de processos administrativos sancionadores distintos, submetidos a procedimentos igualmente diferentes e, muito possivelmente, instruídos por comissões distintas, não é difícil constatar o grave cenário de insegurança jurídica que seria imposto às pessoas jurídicas que estivessem sendo processadas naqueles feitos administrativos.

Objetivando minimizar esta instabilidade processual, o Decreto nº 8.420/2015 determinou, em seu art. 12, que os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666/1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846/2013, serão **apurados e julgados conjuntamente**, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental do PAR.

Caberá ao chefe da unidade responsável no órgão ou entidade pela gestão de licitações e contratos o dever de comunicar à autoridade competente para instaurar o PAR

sobre eventuais fatos que configurem simultaneamente atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 e infrações às normas de licitações e contratos.

Concluída a apuração conjunta por meio de PAR e ocorrendo de as autoridades competentes para julgamento serem distintas (por exemplo, um presidente de autarquia e um Ministro de Estado), 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.

A LAC assevera, ainda, em seu art. 13, que a instauração de processo administrativo para aplicação das sanções da Lei nº 12.846/13 **não exige** a Administração de instaurar processo específico para ressarcimento dos danos causados pela pessoa jurídica. Conforme dispõe o parágrafo único do referido dispositivo, concluído o processo de ressarcimento, caso o dano apurado não seja ressarcido pela pessoa jurídica infratora, o crédito correspondente será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.

Cumprido destacar também o teor do art. 14 da Lei nº 12.846/2013, o qual autoriza a **desconsideração da personalidade da pessoa jurídica** na seara administrativa sempre que aquela for utilizada com abuso de direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos sancionados pela lei, ou ainda, para provocar confusão patrimonial. Nos dois casos, os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica estendem-se aos seus administradores e sócios com poderes de administração, desde que garantido o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo específico.

Por fim, não se pode deixar de registrar que a Lei nº 12.846/2013 estabeleceu que as infrações nela previstas prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Tal prazo prescricional só poderá ser interrompido em duas hipóteses: (i) com a instauração do processo administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração da infração; ou (ii) com a celebração de acordo de leniência previsto na LAC, instituto que será analisado no tópico a seguir.

5. ACORDO DE LENIÊNCIA

Na seara do processo administrativo de responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção, o acordo de leniência se apresenta como um relevante instrumento jurídico de investigação, com a possibilidade da obtenção célere de provas e identificação dos diversos atores envolvidos no ilícito. O aludido mecanismo foi inspirado no consagrado modelo norte-americano (*leniency program*), que desde os anos setenta buscava o desenvolvimento de instrumentos aptos à efetiva repressão de ilícitos relacionados ao abuso do poder econômico, a exemplo da prática de cartéis.

O programa de leniência já se encontra consolidado no ordenamento jurídico de mais de cinquenta países, a exemplo do Reino Unido, França, Alemanha, Holanda, EUA, Canadá, Coréia do Sul e Japão. Destaque-se, ademais, a recente adoção de uma revisada política de leniência pela União Europeia (fevereiro de 2002)⁴⁷.

No ordenamento pátrio, o instituto foi introduzido por meio da Medida Provisória nº 2.055, de 07 de dezembro de 2000, convertida na Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que modificou a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que então tratava da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, matéria essa que ora segue regulada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Apesar de inicialmente projetado para a coibição de infrações à ordem econômica, o instituto em tela mostrou-se útil em outras searas. Destaque-se, por exemplo, a apuração de ilícitos praticados por entes que se valem de sofisticados métodos de organização para prática delitiva. Trata-se de cenário caracterizado pela dificuldade de obtenção de provas, realidade que costuma se apresentar na investigação de práticas corruptivas, por exemplo. Não é por outro motivo que a Lei Anticorrupção contemplou de forma expressa a possibilidade de utilização desse moderno instrumento processual.

5.1. CONCEITO E FINALIDADE

A dogmática jurídico-administrativa, transformada para fins de adequação às novas formas de relacionamento jurídico travado entre administrado e Administração, viu-se obrigada ao desenvolvimento de novos espaços. Esse esforço não se cingiu à perspectiva de participação do administrado, buscou também o ambiente da efetiva negociação sob a ótica da reciprocidade de concessões, com a criação de condições propícias à consecução do equilíbrio entre interesses originalmente contrapostos.

A LAC surge em meio a esse novo cenário processual de incentivo a métodos consensuais, direcionados a uma atuação mais dialógica por parte da Administração Pública. Em complemento do tradicional modelo unilateral de apuração e sancionamento, permite-se laboração negociada entre Administração Pública e ente processado. Busca-se, assim, possibilitar uma oportunidade de acerto de contas com a lei, com o abrandamento da sanção administrativa a ser aplicada, mas com correlata colaboração efetiva e continuada por parte do infrator.

No bojo do PAR, o acordo de leniência pode ser definido como o *ato administrativo consensual por meio do qual a Administração processante concede isenções ou*

⁴⁷ GRIFFIN, James M. The Modern Leniency Program After Ten Years: A Summary Overview of the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, Agosto de 2003. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/201477.htm>.

atenuações de sanções administrativas imputáveis a determinado infrator em troca de uma efetiva colaboração processual, consistente na apresentação de informações relevantes e provas diretas relacionadas à prática de ilícitos administrativos, que permitam inferir, de forma substancial, a existência de elementos notórios de autoria e materialidade.

A leniência desponta como um acordo administrativo firmado no curso do processo acusatório, tendo por objeto a mais ampla apuração de ilícitos administrativos e o exercício eficaz da pretensão punitiva estatal, especialmente nas situações de discrepância entre o poder investigativo da Administração e o imponente poder econômico e fático de grandes corporações. Muitas vezes, tais organizações se pautam por uma atuação delitiva cada vez mais especializada e dissimulada, o que resulta em implacável dificuldade para obtenção de provas de irregularidades, no alto custo investigativo dos processos e na correspondente demora da apuração.

Diversamente do que se poderia imaginar, essas novas modalidades negociais que envolvem a Administração Pública não fundamentarão a renúncia do interesse público, mas, em verdade, a negociação dos modos de atingi-lo com maior eficiência e rendimento.

Não é por outro motivo que os tratados internacionais sobre o combate à corrupção passaram a consagrar a legitimidade da atenuação de sanções, inclusive criminais, em favor de infratores que colaborassem efetivamente com a apuração dos ilícitos correlacionados. Nesse sentido, aliás, há regramento expresso no bojo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção:

Artigo 37

Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei

1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.
2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

Vale salientar que, antes mesmo do advento da Lei nº 12.846/2013, o ordenamento jurídico brasileiro já previa a aplicabilidade de alguns instrumentos consensuais com características típicas de acordos substitutivos, a exemplo do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (Lei nº 7.347/1985) e Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (Lei nº 12.529/2011). A leniência não deve ser entendida como um método substitutivo de natureza absoluta, mas como um mecanismo complementar no combate à corrupção, devendo atuar em harmonia com os demais instrumentos de detecção e coibição de ilegalidades, próprios da atuação administrativa em defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa.

5.2. ACORDO DE LENIÊNCIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito brasileiro foi buscar na experiência legal norte-americana as raízes do programa de leniência, como uma opção de detecção e repressão a atos lesivos à ordem econômica. O instituto em comento foi consagrado na legislação antitruste estadunidense com o objetivo de dotar as autoridades públicas de instrumentos mais eficazes de investigação e combate aos cartéis, além de semear a desconfiança no ambiente corruptivo.

Depreende-se, nesse sentido, que o programa de leniência surgiu, primordialmente, da dificuldade da obtenção de provas de infrações à ordem econômica, despontando como um verdadeiro catalizador da apuração antitruste ao viabilizar uma solução mais expedita e eficiente por parte das autoridades públicas.

A primeira experiência de leniência corporativa nos EUA remonta ao ano de 1978, com a criação de um programa que concedia anistia às empresas que, de forma cooperativa, apresentassem provas absolutas de práticas ilícitas ao órgão antitruste antes do início de qualquer investigação. Entretanto, o programa não logrou o êxito esperado, especialmente em razão da ampla discricionariedade conferida às autoridades governamentais na análise dos requisitos necessários à formalização do acordo. Tal prerrogativa governamental gerava um ambiente de insegurança jurídica e de grande desconfiança por parte dos entes empresariais, tendo em vista que a celebração do ajuste poderia ser recusada sem maiores esforços argumentativos da Administração.

Ante a baixa atratividade de adesão ao modelo então vigente, em agosto de 1993, o Departamento de Justiça dos EUA reformulou sensivelmente o programa de leniência. De fato, a Administração norte-americana vem modificando essa modalidade de ajuste na tentativa de torná-la cada vez mais eficiente e eficaz, num esforço contínuo de aperfeiçoamento que a trouxe até a atual formatação, denominada de *Amnestesy Program*.

Conforme já referido, o acordo de leniência foi introduzido na legislação brasileira em agosto de 2000, por meio da Medida Provisória nº 2.055, convertida em lei naquele mesmo ano (Lei nº 10.149/2000, que modificou o antigo diploma brasileiro antitruste, a Lei nº 8.884/1994, regulamentada, nesse aspecto, pela Portaria/MJ nº 849/2000). Atualmente a defesa da ordem econômica é regrada pela Lei nº 12.529/2011, que reserva capítulo específico para tratar dos acordos de leniência.

Embora o legislador brasileiro inicialmente tenha idealizado essa modalidade de ajuste para o exclusivo combate de infrações à ordem econômica e à livre concorrência, estendeu a possibilidade de acordo de leniência também para apuração de atos lesivos à administração pública nacional e estrangeira ao conhecer as vantagens desse mecanismo. Nessa toada, a Lei nº 12.846/2013 dedica o seu Capítulo V para tratamento exclusivo da matéria, nos seguintes termos:

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;

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.

§ 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.

§ 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.

§ 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.

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.

Inobstante a existência de um verdadeiro marco legal para regulação do tema, vale salientar que o sucesso e a efetividade das políticas de leniência, conforme consagrada lição de Scott Hammond⁴⁸, dependem da observância cumulativa de três fatores fundamentais: (i) a existência de penalidades relevantemente gravosas, aptas a intimidar e inibir a prática dos ilícitos; (ii) o receio de descoberta desses mesmos atos ilícitos, incutindo preocupação decorrente dos consideráveis riscos a que se expõem os infratores; e (iii) a

⁴⁸ HAMMOND, Scott. **Cornerstones of an Effective Leniency Program** in ICN Workshop on Leniency Programs, Australia, 2004. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>. Acesso em 11/07/2015.

transparência na aplicação do programa, de forma que as partes possam ter ampla previsibilidade do tratamento que receberão ao firmarem o pacto consensual.

5.3. ACORDO DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DO PAR

Conforme adiantado, a LAC tratou dos acordos de leniência ao longo dos artigos 16 e 17. O tema encontra-se, ainda, regulamentado nos artigos 28 a 40 do Decreto nº 8.420/2015. Nos mencionados dispositivos pode-se verificar a disciplina dos aspectos centrais relacionados ao instituto sob análise, tais como competência, requisitos, formalidades e efeitos.

Com o destaque desses dispositivos, passa-se agora ao exame dos aspectos do acordo de leniência pertinentes e relevantes ao desenvolvimento do PAR.

O acordo de leniência poderá ser celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos ilícitos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, com vistas à isenção ou atenuação das sanções ali previstas. Para celebração do ajuste, deve haver colaboração efetiva com as investigações e com o processo administrativo, resultando na obtenção de substanciais informações a respeito dos elementos de autoria e materialidade das infrações sob apuração.

Nos termos do art. 17 do mencionado diploma legal, a Administração processante poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666/1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus artigos 86 a 88. Assim, o acordo poderá abarcar, por exemplo, a isenção da penalidade de declaração de inidoneidade, na hipótese de o ato lesivo ter sido materializado na seara de um contrato administrativo.

Deve-se dar interpretação extensiva a esse dispositivo, de forma que o acordo de leniência, desde que atendidos os demais requisitos legais, possa também ser firmado em caso de infrações administrativas relacionadas a outras normas de licitações e contratos administrativos, a exemplo da Lei nº 10.520/2002. Tal possibilidade interpretativa, aliás, tem expressa previsão no artigo 28 do Decreto nº 8.420/2015.

5.3.1. ACORDO DE LENIÊNCIA E INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Outra observação digna de nota diz respeito ao necessário interesse da administração na celebração do acordo de leniência, entendido como o interesse processual na obtenção de novos elementos probatórios. A própria Lei Anticorrupção trata desse interesse investigativo da administração ao estabelecer o produto esperado da colaboração: a identificação dos demais envolvidos e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (art. 16 da LAC). Desta forma, é preciso que a informação fornecida seja *valiosa, completa e tenha credibilidade*⁴⁹.

Nesse sentido, a efetiva pactuação do acordo de leniência não pode ser entendida como direito subjetivo dos entes privados em face da administração pública, uma vez que se trata de mecanismo concebido em prol da apuração e do processo. Em outras

⁴⁹ SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? Revista do IBRAC, São Paulo, v. 08, n. 02, 2001.

palavras: a viabilidade do acordo de leniência vincula-se ao real interesse processual na produção célere de material probatório. Esse interesse é avaliado sob o crivo exclusivo do ente público processante, a partir da análise das informações e provas já coletadas nos autos do processo administrativo.

Assim, se a Administração Pública já dispuser desses elementos probatórios de autoria e materialidade, não haveria, num primeiro momento, interesse em pactuar leniência com a pessoa jurídica processada, ainda que esta se apresente de forma espontânea e prontamente ofereça colaboração. Nesses casos, a colaboração deverá ser considerada apenas como elemento geral de atenuação da pena, nos termos, aliás, do inciso VII, do art. 7º, da LAC (a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações). Perceba-se, assim, que o aproveitamento atenuador genérico da colaboração da pessoa jurídica no curso do processo constitui-se em direito subjetivo do ente processado. Ou seja, muito embora a pessoa jurídica processada não detenha direito público subjetivo à efetiva celebração do acordo de leniência, que estará sempre condicionado à existência de interesse processual da Administração Pública, a colaboração espontânea deverá ser sempre considerada como componente de atenuação da sanção administrativa.

Por isso, o aspecto “tempestividade da informação” denota destacada relevância na análise da pertinência e do cabimento do ato administrativo consensual. Inobstante a possibilidade de a proposta de acordo ser feita, nos termos do § 2º do art. 30 do Decreto nº 8.420/2015, até a conclusão do relatório final, quanto mais avançada se encontrar a marcha processual, mais minuciosos e precisos deverão ser os dados fornecidos pela pessoa jurídica, comprovando efetivamente a prática do ilícito, a fim de que possam ser aproveitados no bojo do processo.

5.3.2. AUTORIDADE COMPETENTE PARA CELEBRAR O ACORDO DE LENIÊNCIA

Nos termos da Lei nº 12.846/2013, o acordo de leniência será celebrado perante a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, a exemplo dos presidentes de tribunais ou de casas legislativas. Percebe-se que, nesse aspecto, o modelo ora previsto se distancia, em certa medida, do modelo adotado na seara penal, a exemplo da colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, em que a autoridade julgadora não participa das negociações instauradas entre o acusado e os órgãos de persecução, estando sua atuação limitada à homologação do acordo no campo judicial.

No modelo extrapenal da LAC, a autoridade máxima, que a princípio será também a autoridade julgadora, detém, observados os limites estabelecidos em lei, a mais ampla competência negocial, participando ativamente das tratativas em curso. Tal atuação vai muito além da mera verificação de regularidade, legalidade e voluntariedade, usualmente levada a efeito na instância criminal.

No âmbito do Poder Executivo Federal, tal competência será exercida, por expressa disposição legal, pelo Ministro da Transparência e Controladoria-Geral da União. Essa competência abrangerá, inclusive, os processos instaurados no âmbito dos demais órgãos e entidades integrantes da Administração Pública indireta, a exemplo de apuração existente no âmbito de uma empresa pública federal. Essa competência abrange ainda a celebração de acordo de leniência nos casos de atos lesivos contra a administração pública estrangeira.

Dessa maneira, uma vez proposto o acordo de leniência, poderão ser requisitados os autos de processos administrativos em curso em outros órgãos e entidades

da administração pública federal relacionados aos fatos objeto do acordo, como, aliás, prevê o § 3º do art. 31 do Decreto nº 8.420/2015.

Cumpra salientar que a competência exclusiva atribuída à autoridade máxima da Pasta para celebração do acordo de leniência não impede a designação de servidores para participarem da negociação do acordo de leniência. Vale dizer, a competência para celebração do acordo de leniência é indelegável, mas isso não se confunde com a possibilidade de designação de servidor para negociar o ajuste a ser celebrado.

5.3.3. REQUISITOS LEGAIS

Conforme já salientado, o acordo de leniência será firmado no interesse da Administração processante, tendo por primordiais objetivos a identificação dos autores da infração e a obtenção célere das informações e dos documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Ainda que tais objetivos imediatos sejam possíveis, a Lei nº 12.846/2013 estabelece a observância de uma série de requisitos como pressupostos de validade da celebração do ato administrativo consensual. Impõe-se que a pessoa jurídica processada: (i) seja primeira a se manifestar; (ii) cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; (iii) admita sua participação no ilícito e (iv) 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.

Frise-se que tais requisitos são de ordem cumulativa e elencados de forma taxativa pela LAC. Sobre tal aspecto, Lívia Cardoso Viana Gonçalves⁵⁰ assevera, analisando o instituto existente no âmbito do direito antitruste, que a taxatividade dos requisitos legalmente elencados *é de crucial importância para garantir a efetividade do programa, na medida em que permite melhor transparência e previsibilidade por parte do proponente do Acordo, bem como delimita a margem do arbítrio do representante da União.*

5.3.3.1. A pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar

Este requisito se justifica pela necessidade de se criar uma significativa instabilidade entre os atores responsáveis pela prática do ato lesivo à administração pública nacional ou estrangeira, gerando o constante receio de serem descobertos em razão da delação de um deles. Decerto tal requisito somente terá cabimento quando o ato lesivo for praticado num cenário de concurso de agentes.

Em relação à quantidade de lenientes admitida por determinada infração, o direito comparado alberga dois principais sistemas de delação: o sistema europeu e o sistema norte-americano. No primeiro, são admitidos múltiplos denunciadores pela mesma infração. Já no segundo, a leniência somente é permitida ao primeiro denunciante do ato lesivo. Percebe-se, então, que o programa de leniência brasileiro foi diretamente influenciado pelo sistema norte-americano.

⁵⁰ GONÇALVES, Lívia Cardoso Viana. O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro. Publicações da Escola da AGU: pós-graduação em direito público – UnB: coletânea de artigos/Coordenação de Jefferson Carús Guedes; Juliana Sahione Mayrink Neiva. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010, Pg. 214.

Ainda assim, mesmo o direito estadunidense contempla alguma mitigação ao requisito em tela, uma vez que o próprio *Corporate Leniency Policy* exceceu a possibilidade jurídica de um *Amnesty Plus*. Com tal exceção, permite-se à empresa que não se habilitou primeiramente à denúncia da infração a possibilidade de delatar outra infração então desconhecida, obtendo todos os benefícios do acordo de leniência na nova infração e sendo agraciada com a redução da sanção na primeira infração.

Tal possibilidade também foi expressamente consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos na seara do direito antitruste, com o estabelecimento do instituto da *leniência plus*, assim denominado por evidente influência do direito norte-americano. Desse modo, restou consignado nos §§ 7º e 8º do art. 86 da Lei nº 12.529/2011 as seguintes assertivas:

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

De certa maneira, o Decreto nº 8.420/2015 também relativizou a necessidade de o acordo ser celebrado tão só com a primeira pessoa jurídica a manifestar interesse em cooperar com a apuração do ilícito. Ao reproduzir o dispositivo original da LAC, o regulamento esclarece que o ineditismo da manifestação deveria ser observado *“quando tal circunstância for relevante”*.

Em que pese a possibilidade ali estabelecida, sua aplicação deve ser balizada com a observância de alguns fatores de limitação, sob pena de a pessoa jurídica acusada delatar casos de pequena expressão com a exclusiva finalidade de obter redução de penalidades de fatos mais gravosos.

Assim, pode-se delimitar a pactuação do acordo posterior pelo acatamento, em especial, dos seguintes critérios: (i) a relevância das provas apresentadas pelo leniente *plus*; (ii) a potencial materialidade da infração delatada, devendo-se levar em consideração a magnitude do ato lesivo, a extensão do dano causado, o número de empresas envolvidas etc.; e (iii) a probabilidade de detecção do ilícito sem a denúncia ofertada pela empresa leniente.

Cumprido ressaltar que o requisito em exame se aplica de maneira mais apropriada aos casos em que o conluio ou acordo envolvendo duas ou mais empresas se apresente como elemento essencial à configuração da infração, a exemplo do ato lesivo consubstanciado no art. 5º, IV, “a”, da Lei nº 12.846/2013: *“frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público”*.

Em relação aos demais ilícitos, a presente condição perde relevância, afinal nem todo ato de corrupção será levado a cabo por meio da prática de cartel ou conluio. Justamente por isso, o Decreto nº 8.420/2015, em seu art. 30, expressamente prevê que a observância de tal requisito somente será necessária, *quando tal circunstância for relevante*.

5.3.3.2. A pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo

O presente requisito se apresenta como o mais lógico e natural dos pressupostos de um acordo de leniência. Se o acordo é um instrumento de coibição e repressão da prática de atos lesivos à Administração Pública, não há dúvidas de que necessariamente a pessoa jurídica que delata determinado esquema delituoso deverá se comprometer com a cessação integral e imediata desse mesmo ilícito. Afinal, o acordo de leniência não pode jamais representar um salvo-conduto para continuidade delitiva.

Percebe-se que a própria Lei nº 12.846/2013 estabeleceu o marco temporal a ser observado para efetiva cessação da prática do ilícito, qual seja, a data de propositura do acordo. Dessa maneira, mesmo que a prática ilícita não tenha cessado à época de sua descoberta ou da instauração do PAR, o acordo poderá ser posteriormente celebrado. Contudo, para tanto, devem ser observados os demais requisitos legais, bem como a necessidade de a cessação já se ter verificado à época da propositura da leniência. Nesta toada, é válido registrar que a proposta do acordo de leniência poderá ser feita até a conclusão do relatório final a ser elaborado no PAR.

A não observância do requisito em exame implicará, ato contínuo, a imediata ruptura do pacto celebrado, dando-se pronto seguimento ao curso do processo administrativo sancionador. Desta maneira, a circunstância agravante decorrente da continuidade das infrações no tempo incidirá sobre a sanção eventualmente aplicada, nos termos do art. 17, I, do Decreto nº 8.420/2015.

5.3.3.3. A pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo

Como já salientado, o acordo de leniência surgiu da dificuldade na produção de provas de determinadas infrações cometidas por pessoas ou entidades detentoras de sofisticado aparato organizativo. Um dos objetivos primordiais do aludido programa é justamente o incentivo negociado à oferta por parte do infrator de provas contundentes acerca da existência e forma de consumação do ato ilícito.

A primeira delação que se faz no bojo desse tipo de acordo é justamente em relação à participação do leniente, consistente na confissão plena e irretroatável de sua participação no ilícito. Posteriormente ao ato de confissão, o leniente deverá relatar a exata participação dos demais atores envolvidos na prática da infração, caso existentes.

Superada a fase de indicação dos responsáveis pela materialização da infração, o delator deverá cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, devendo, acima de tudo, fornecer informações, documentos e todas as demais evidências que comprovem efetivamente os atos lesivos. Perceba-se que o programa de leniência não se encerra na mera narração do histórico delitivo. De fato, vai muito além, exigindo do leniente provas idôneas para comprovação dos fatos delatados.

A cooperação poderá mesmo ser aproveitada quando a autoridade administrativa já dispuser de provas para condenar os envolvidos. Com efeito, os elementos trazidos por um participante do conluio podem fortalecer a persecução contra os demais envolvidos e até mesmo indicar a existência de mais participantes na infração. Porém, o valor das informações trazidas deve ser avaliado *in concreto*, de modo a não provocar uma punição excessivamente atenuada da empresa que se envolve na organização delituosa.

5.3.4. FORMALIDADES A SEREM OBSERVADAS NA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA

A própria Lei Anticorrupção delineou os principais aspectos formais a serem observados na celebração do acordo de leniência, a exemplo da designação da autoridade competente para sua negociação ou a indicação dos requisitos necessários à sua celebração. Entretanto, cumpre fazer breve menção a alguns aspectos formais de cunho pragmático a serem observados no desenvolvimento do acordo. Tais elementos encontram-se mais bem explanados no bojo do Decreto nº 8.420/2015, que consagrou regras procedimentais orientadas ao fiel cumprimento da LAC, em especial nos artigos 28 a 40.

O acordo de leniência será proposto pela pessoa jurídica, por intermédio de 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 12.846/2013. Perceba-se que a iniciativa da proposta deverá partir exclusivamente do ente processado, não podendo jamais o ente processante propor a celebração do acordo. Conforme já salientado, a proposta do acordo de leniência poderá ser feita até a conclusão do relatório final a ser elaborado no PAR.

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 Administração Pública processante durante a etapa de negociação importará a desistência da proposta.

A negociação a respeito da proposta do acordo de leniência deverá ser concluída no **prazo de 180 (cento e oitenta) dias**, contado da data de apresentação da proposta, podendo ser prorrogado, a critério da Administração, caso presente circunstâncias que o exijam.

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. Nesse sentido, o acordo conterá cláusulas que versem sobre o cumprimento das obrigações necessárias a elucidação do feito, a exemplo (i) da confissão e fornecimento de informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa; (ii) da expressa menção à possibilidade de perda dos benefícios pactuados em caso de descumprimento do acordo; (iii) da natureza de título executivo extrajudicial do instrumento do acordo; e (iv) da adoção, da aplicação ou do aperfeiçoamento de programas de integridade (*compliance*) anticorrupção.

Caso o acordo não venha a ser celebrado, os documentos apresentados durante a negociação serão devolvidos à pessoa jurídica proponente, sem retenção de cópias, sendo vedado seu uso para fins de responsabilização. A exceção a esta regra ocorre na hipótese de a Administração Pública ter conhecimento de tal documentação por outras fontes, independentemente da proposta do acordo de leniência.

Por fim, no âmbito do Poder Executivo Federal, uma vez proposto o acordo de leniência, o Ministério da Transparência e 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.

5.3.5. ACORDO DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

De acordo com o artigo 16, § 10, da Lei nº 12.846/2013 e o artigo 29 do Decreto nº 8.420/2015, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União 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.

As negociações para a celebração desses acordos, por sua vez, deverão seguir o procedimento atualmente previsto na Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016. O disposto na referida Portaria também se aplica aos procedimentos em curso instaurados com fundamento nos artigos 27 a 37 da Portaria CGU nº 910/2015, atualmente revogados.

A proposta de acordo de leniência apresentada nos termos do art. 31 do Decreto nº 8.420/2015 deve ser dirigida à Secretaria-Executiva do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU. Após recebida a proposta, o Secretário-Executivo da CGU comunicará à Advocacia-Geral da União – AGU, que indicará **um ou mais advogados públicos** para comporem a comissão de negociação.

Na sequência, o Secretário-Executivo da CGU, ou pessoa por ele designada, encaminhará minuta de Memorando de Entendimentos à pessoa jurídica com a finalidade de formalizar a proposta e definir os parâmetros do acordo de leniência. Uma vez assinado o Memorando de Entendimentos, o Secretário-Executivo designará, mediante despacho, comissão responsável pela condução da negociação do acordo, composta por, no mínimo, **dois servidores públicos efetivos e estáveis** do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União - CGU, bem como pelos membros indicados pela Advocacia-Geral da União, podendo ser solicitada a indicação de servidor ou empregado do órgão ou entidade lesado para participar das reuniões da comissão responsável pela condução das negociações.

A comissão de negociação deverá:

I) esclarecer à pessoa jurídica proponente os requisitos legais necessários para a celebração de acordo de leniência;

II) avaliar se os elementos trazidos pela pessoa jurídica proponente atendem aos seguintes requisitos: a) ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante; b) a admissão de sua participação na infração administrativa, c) o compromisso de ter cessado completamente seu envolvimento no ato lesivo, d) a efetividade da cooperação ofertada pela proponente às investigações e ao processo administrativo, podendo ser considerada a cooperação da pessoa jurídica em outros processos ou instâncias de responsabilidade, e e) a identificação dos servidores e particulares envolvidos na infração administrativa;

III) avaliar o programa de integridade, caso existente, podendo aproveitar análise previamente iniciada ou concluída em sede de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR;

IV) propor cláusulas e obrigações para o acordo de leniência que, diante das circunstâncias do caso concreto, reputem-se necessárias para assegurar: a) a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo; b) o comprometimento da pessoa jurídica em promover alterações em sua governança que mitiguem o risco de ocorrência de novos atos

lesivos; c) a obrigação da pessoa jurídica em adotar, aplicar ou aperfeiçoar programa de integridade; d) o monitoramento eficaz dos compromissos firmados no acordo de leniência; e e) a reparação do dano identificado ou a subsistência desta obrigação;

V) negociar os valores a serem ressarcidos, com base em critérios de eficiência, preservando-se a obrigação da pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado.

Para auxiliar no desenvolvimento dos trabalhos de negociação, a comissão poderá ainda solicitar à Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção – STPC, da CGU, a manifestação sobre a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento e a avaliação do programa de integridade, bem como apoio técnico da CGU ou do órgão ou entidade lesada pelo ilícito, inclusive para auxiliar na identificação e quantificação dos valores a serem negociados.

No âmbito da comissão de negociação, compete especificamente aos membros indicados pela AGU avaliar a vantagem e procedência da proposta da empresa em face da possibilidade de propositura de eventuais ações judiciais.

Ao final dos trabalhos, a comissão responsável pelas negociações deve submeter ao Secretário-Executivo da CGU e ao Secretário-Geral de Consultoria da AGU relatório conclusivo acerca das negociações, sugerindo, de forma motivada, quando for o caso, a aplicação dos efeitos previstos pelo art. 40 do Decreto nº 8.420/2015, e o valor da multa aplicável. O relatório também deverá conter capítulo próprio com a análise das questões jurídicas realizada pelos membros indicados da AGU.

Esse relatório será remetido, pelo Secretário-Executivo da CGU e pelo Secretário-Geral de Consultoria da AGU, para manifestação do Consultor-Geral da União, do Procurador-Geral da União e do Chefe da Consultoria Jurídica da CGU.

Na sequência, o mesmo relatório será submetido concomitantemente ao Ministro da Transparência e Controladoria-Geral da União - CGU e ao Advogado-Geral da União, autoridades a quem caberá a decisão sobre a celebração do acordo de leniência.

Ressalte-se que, a qualquer momento que anteceda à celebração do acordo, a pessoa jurídica proponente poderá desistir da proposta ou o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União - CGU ou a Advocacia-Geral da União poderá rejeitá-la.

5.3.6. BENEFÍCIOS E EFEITOS DECORRENTES DO ACORDO DE LENIÊNCIA

A Lei nº 12.846/2013 estabelece como resultado necessário da colaboração pactuada a identificação dos envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Em contrapartida dessa relevante colaboração, uma vez cumprido integralmente o acordo pela pessoa jurídica leniente, serão declarados em seu favor, nos termos previamente firmados no instrumento negocial, um ou mais dos seguintes efeitos, proporcionais ao nível de colaboração obtido:

- (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**, em até 2/3 (dois terços), do valor final da multa aplicável; ou
- (iv) **Isenção ou atenuação** das sanções administrativas previstas nos diplomas legais que versam sobre licitações e contratos administrativos.

O que se observa desse rol de benefícios passíveis de serem concedidos pela Administração Pública à pessoa jurídica leniente é que o acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/2013 nunca resultará em um abrandamento total das penalidades a que a pessoa jurídica se sujeita por ter infringido a referida lei. Isto porque, ainda que a autoridade celebrante tenha concedido à pessoa jurídica a isenção total das sanções indicadas nos itens (i), (ii) e (iv) acima, necessariamente a pessoa jurídica infratora sofrerá a penalidade de multa prevista no art. 6º da LAC, tendo em vista que a redução máxima do valor daquela penalidade é de dois terços do seu valor final.

Cumpra salientar que os efeitos dos benefícios decorrentes do cumprimento do acordo de leniência poderão ser 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. Tal previsão legal é compreensível em razão da própria coerência do sistema de responsabilização inaugurado pela Lei Anticorrupção, considerando que, se todas essas sociedades empresariais podem ser solidariamente responsáveis pela prática de atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, faz-se necessário admitir que os efeitos do ato administrativo consensual possam ser estendidos a cada uma delas no momento da celebração do ajuste.

Outro relevante efeito decorrente do acordo de leniência é a interrupção do prazo prescricional dos atos ilícitos, nos termos do § 9º do art. 16 da Lei nº 12.846/2013. Assim, com a celebração do acordo de leniência, tem-se o reinício da contagem do prazo prescricional, que passa novamente a correr em sua integralidade, de forma a possibilitar o eventual prosseguimento da apuração, especialmente nos casos de descumprimento das cláusulas então negociadas.

Por fim, vale a pena mencionar que, em se tratando da multa no âmbito dos acordos de leniência, a Instrução Normativa nº 2, de 16 de maio de 2018, do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e Advocacia-Geral da União⁵¹, aprovou a respectiva metodologia de cálculo. A norma, além de uniformizar os procedimentos a serem adotados, confere ainda maior transparência e reforça a segurança jurídica para todos os participantes do acordo de leniência, ao detalhar quais são os parâmetros utilizados para o cálculo da multa, conforme se lê:

a) Correta subsunção da conduta à norma, indicando qual (is) ato (s) lesivo (s) previsto (s) nos incisos do art. 5º da LAC está (ão) sendo objeto de aplicação da penalidade da multa;

⁵¹ Publicada no Diário Oficial da União de 21 de maio de 2018, seção 1, páginas 71 a 73.

- b) Ano da instauração do PAR ou do procedimento de acordo de leniência, o que tiver ocorrido primeiro;*
- c) Faturamento bruto (art. 17, caput, ou art. 22, incisos I, II ou III do Decreto nº 8.420, de 2015);*
- d) Propina para fins de cálculo da multa da LAC (consultar 6f deste Anexo);*
- e) Valor total de todos os contratos ou instrumentos no período reconhecido, incluindo aditivos (somatório do valor total dos contratos ou instrumentos no período analisado);*
- f) Saldo contratual existente dos instrumentos contaminados na data de vigência da LAC (somatório dos saldos residuais dos contratos ou instrumentos contaminados - a partir de 29/01/2014);*
- g) Lucro para fins de cálculo da multa da LAC (% - consultar 6i deste Anexo);*
- h) Aplicação de outras multas por parte da Administração Pública em face dos mesmos fatos.*

A IN nº 2/2018 deve ser observada pelos servidores que compõem as comissões de negociação e os assistentes técnicos destas.

6. PROGRAMAS DE COMPLIANCE

6.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme já observado no presente manual, a Lei nº 12.846/2013 reconhece a importância do setor privado no efetivo combate à corrupção. A possibilidade de redução das penalidades em decorrência da adoção de um programa de integridade efetivo, da cooperação nas investigações ou da celebração de acordo de leniência são exemplos claros de reconhecimento da relevância da atuação dos entes privados.

Um programa de integridade⁵² 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 conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira* (art. 41, caput, Decreto nº 8.420/2015). Conforme previsto diretamente no texto legal, *“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”* será necessariamente considerada quando da aplicação das penalidades de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória.

Além de sua importância intrínseca, observa-se que a existência de um programa de integridade efetivo pode ter impacto direto no valor da multa aplicável em um processo de responsabilização. Conforme estabelece o art. 18, V, do Decreto nº 8.420/2015, que versa sobre metodologia de cálculo da multa a ser aplicada, o resultado da avaliação de um programa de integridade poderá implicar a redução de até 4% do valor da multa, caso reste comprovado que a pessoa jurídica possui e aplica um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no mesmo Decreto. Possuir e aplicar um efetivo programa de integridade representa, assim, o principal fator de atenuação da penalidade.

Vale mencionar que a possibilidade de redução da multa, em razão da existência e efetividade de um programa de integridade, não representa novidade no ordenamento jurídico internacional. Nesse sentido, registra-se o exemplo dos EUA, cujas diretrizes para elaboração de sentenças (*United States Sentencing Commission Guidelines Manual*)⁵³ versam sobre a consideração de programas de integridade na aplicação de multas contra pessoas jurídicas. Referido documento traz de forma expressa a possibilidade de atenuação de penalidades caso reste comprovada a aplicação efetiva de medidas de integridade.

Em linhas similares segue a legislação britânica, que, no bojo de sua lei anticorrupção, expressamente reconhece a relevância do tema nos casos envolvendo pessoas jurídicas. Interessante observar que a lei britânica inova ao prever o ilícito de falha em prevenir a ocorrência de irregularidades. Assim, a pessoa jurídica que responde pela prática de oferecimento de vantagem indevida também irá responder pelo fracasso em prevenir a ocorrência do oferecimento de tal vantagem indevida.

⁵² Em estudos independentes sobre o tema, o avaliador do programa de integridade irá se deparar com o termo *compliance*, programa de *compliance* ou *compliance* anticorrupção. A terminologia *compliance*, do inglês *to comply*, refere-se ao ato de cumprir, de estar em conformidade com algo imposto, de observar as leis e regulamentos. No âmbito da Lei nº 12.846/2013 e de todos os seus desdobramentos, os termos programa de *compliance*, *compliance* anticorrupção e programas de integridade devem ser entendidos como sinônimos, não existindo qualquer diferença prática ou teórica entre eles.

⁵³ <http://www.uscc.gov/guidelines-manual/2015/2015-individual-chapters-and-guidelines-html>).

É inegável, assim, o alinhamento da legislação brasileira às práticas internacionais de combate e prevenção à ocorrência de atos lesivos praticados por pessoas jurídicas.

Na legislação brasileira, as principais regras relacionadas à estruturação e avaliação de programas de integridade encontram-se nos artigos 41 e 42 do Decreto nº 8.420/2015 e na Portaria CGU nº 909, de 7 de abril de 2015. Os principais pontos dos referidos normativos encontram-se examinados detalhadamente abaixo.

6.2. PARÂMETROS DE UM PROGRAMA DE INTEGRIDADE: ASPECTOS CENTRAIS

Conforme já observado, um programa de integridade consiste em um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública. Os parâmetros desse conjunto de mecanismos e procedimentos encontram-se elencados no art. 42 do Decreto nº 8.420/2015, conforme se lê:

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 denunciantes de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

Verifica-se que os parâmetros de um programa de integridade são medidas e estruturas específicas que visam a organizar, distribuir atribuições e controlar as atividades da pessoa jurídica de forma a prevenir e detectar a ocorrência de atos lesivos, bem como, caso atos lesivos ocorram, reparar os danos causados. Para informações mais detalhadas sobre cada parâmetro recomenda-se a leitura do documento “Programa de Integridade Diretrizes para Empresas Privadas” disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Referido documento, apesar de versar sobre o tema sob o enfoque da própria pessoa jurídica, certamente será uma importante ferramenta de auxílio para o avaliador quando da análise de um programa de integridade.

Um dos principais critérios para se avaliar a efetividade de um programa de integridade é verificar se ele foi concebido e é aplicado de acordo com as especificidades e riscos de cada pessoa jurídica. Essa característica é de extrema relevância, vez que fundamenta a adoção dos parâmetros do art. 42 do Decreto nº 8.420/2015. O §1º deste dispositivo elenca alguns elementos que, quando devidamente considerados, irão conferir ao programa de integridade essa característica de correspondência às necessidades e peculiaridades da pessoa jurídica: (i) quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; (ii) a complexidade hierárquica 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.

Verifica-se, assim, que não existe uma configuração única de programa de integridade que deva ser replicada em todos os tipos de pessoas jurídicas. O avaliador deve ter clareza que pessoas jurídicas distintas, sujeitas a riscos distintos, irão possuir programas de integridade diferentes. É nessa percepção que reside o principal trabalho do avaliador de um programa de integridade: observar se, diante dos riscos e características de cada pessoa jurídica, o programa de integridade adotado é suficiente e, a partir disso, calcular e justificar a redução da multa a ser aplicada.

6.3. AVALIAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

O avaliador deve verificar se o que está sendo apresentado como programa de integridade pela pessoa jurídica de fato atende suas necessidades. Diante do perfil da empresa, o avaliador deve analisar se os parâmetros elencados no art. 42 do Decreto nº 8.420/2015: (i) de fato existem; (ii) são devidamente aplicados nas rotinas da pessoa jurídica; e se (iii), com relação ao ato lesivo, foram minimamente efetivos. Ressalta-se que o avaliador deve analisar todo o programa apresentado, e não somente os parâmetros que, de alguma forma, têm relação direta com o ato lesivo praticado.

Necessário frisar que a avaliação do programa de integridade da pessoa jurídica somente ocorrerá se ela assim o quiser. Cabe a ela, portanto, o ônus de apresentar, na forma do artigo 2º da Portaria CGU nº 909/2015, a documentação necessária para desencadear a avaliação do programa. Assim, somente diante da manifestação de vontade da pessoa jurídica, o avaliador estará legitimado a fazer uma análise dos relatórios e documentos apresentados e poderá formar seu juízo de valor.

Conforme já referido, os elementos a serem considerados na avaliação de um programa de integridade são aqueles constantes dos arts. 41 e 42 do Decreto nº 8.420/2015. De seu lado, o procedimento para avaliação, encontra-se delineado na Portaria CGU nº 909/2015, segundo a qual, para que um programa de integridade possa ser avaliado, a pessoa jurídica deverá apresentar: (i) relatório de perfil e (ii) relatório de conformidade do programa.

O relatório de perfil deverá: (i) indicar os setores do mercado em que atua em território nacional e, se for o caso, no exterior; (ii) apresentar sua estrutura organizacional, descrevendo a hierarquia interna, o processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores; (iii) informar o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores; (iv) especificar e contextualizar as interações estabelecidas com a administração pública nacional ou estrangeira, destacando: a) importância da obtenção de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas atividades; b) o quantitativo e os valores de contratos celebrados ou vigentes com entidades e órgãos públicos nos últimos três anos e a participação destes no faturamento anual da pessoa jurídica; c) frequência e a relevância da utilização de agentes intermediários, como procuradores, despachantes, consultores ou representantes comerciais, nas interações com o setor público; (v) descrever as participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada; e (vi) informar sua qualificação, se for o caso, como microempresa ou empresa de pequeno porte.

No relatório de conformidade, por sua vez, a pessoa jurídica deverá: (i) informar a estrutura do programa de integridade, com: a) indicação de quais parâmetros previstos nos incisos do caput do art. 42 do Decreto nº 8.420/2015 foram implementados; b) descrição de como os parâmetros previstos no item anterior foram implementados; c) explicação da importância da implementação de cada um dos parâmetros previstos no item “a” acima frente às especificidades da pessoa jurídica, para a mitigação de risco de ocorrência de atos lesivos constantes do art. 5º da Lei nº 12.846/2013; (ii) demonstrar o funcionamento do programa de integridade na rotina da pessoa jurídica, com histórico de dados, estatísticas e casos concretos; e (iii) demonstrar a atuação do programa de integridade na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração.

Segue a portaria versando sobre a necessidade de comprovação de todas as alegações feitas nos relatórios, devendo a pessoa jurídica zelar pela completude, clareza e

organização das informações prestadas. O avaliador deve aceitar todos os meios legais de comprovação, tais como documentos oficiais, correios eletrônicos, cartas, declarações, correspondências, memorandos, atas de reunião, relatórios, manuais, imagens capturadas da tela de computador, gravações audiovisuais e sonoras, fotografias, ordens de compra, notas fiscais, registros contábeis ou outros documentos, em meio físico ou digital.

A portaria prevê, ainda, em seu artigo 5º, §5º, a possibilidade de realização de entrevistas e solicitação de novos documentos para fins de avaliação do programa de integridade.

Necessário tecer alguns comentários sobre a avaliação de programas de integridade de microempresas e empresas de pequeno porte. Segundo o art. 42, §3º do Decreto nº 8.420/2015, “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”. Referida redução de parâmetros encontra-se detalhada na Portaria Conjunta CGU/SMPE nº 2.279, de 9 de setembro de 2015 e materializa o reconhecimento da realidade de grande parcela das microempresas e empresas de pequeno porte brasileiras, que deve ser considerada pelo avaliador quando da análise do programa de integridade apresentado.

Por fim, é importante ressaltar que toda a avaliação requer devida fundamentação, contendo as justificativas que embasaram o juízo do avaliador.

6.4. DEFINIÇÃO DO PERCENTUAL DE REDUÇÃO DE MULTA

Após a análise do programa de integridade, o avaliador deverá decidir qual percentual de redução, entre 1% e 4% (art. 18, V, Decreto nº 8.420/2015), deverá ser aplicado.

De acordo com a Portaria CGU nº 909/2015, a avaliação do programa de integridade deverá levar em consideração as informações prestadas nos relatórios de perfil e conformidade do programa, e a respectiva comprovação.

Antes da definição do percentual de redução, o avaliador deve observar se o programa preenche os requisitos mínimos estabelecidos no §2º do artigo 5º da referida Portaria, a saber:

O programa de integridade meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco de ocorrência dos atos lesivos da Lei 12.846/2013 não será considerado para fins de aplicação do percentual de redução.

Dessa forma, observada a total ineficácia do programa na mitigação dos riscos, a avaliação do programa de integridade sequer prosseguirá, pois não poderá acarretar nenhuma redução da multa. Isso ocorre em situações em que resta claro para o avaliador que o programa apresentado, por não considerar as especificidades e riscos da empresa, em nada atua para prevenir, combater e remediar a prática de atos lesivos. Reitera-se, assim, a necessidade do avaliador de ser capaz de correlacionar os parâmetros do programa aos riscos da pessoa jurídica, vislumbrando a presença ou ausência de condições mínimas de êxito do programa.

Preenchidos os requisitos mínimos, o avaliador deve aplicar a redução da multa de 1 a 4%, determinando seu quantum conforme critério de balizamento disposto no §1º do artigo 5º da Portaria CGU nº 909/2015:

*A definição do percentual de redução deve considerar o grau de **adequação** do programa de integridade ao perfil da pessoa jurídica e sua **efetividade**.*

Devem ser, portanto, avaliados e balanceados, dois fatores: a adequação e a efetividade do programa.

Com relação à **adequação**, o avaliador deve analisar a implementação dos parâmetros listados nos incisos do art. 42 do Decreto nº 8.420/2015, sempre tendo como referencial o perfil da pessoa jurídica, de forma a determinar o quanto o programa é apto a mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos constantes do art. 5º da Lei Anticorrupção. Observa-se, dessa forma, que a existência, ausência ou imperfeição de determinados parâmetros de um programa de integridade pode possuir maior ou menor peso na definição do percentual de redução em virtude das características e dos riscos da pessoa jurídica.

Além disso, é necessário que se avalie a **efetividade/aplicação** do programa em dois aspectos: tanto de forma geral - funcionamento do programa de integridade na rotina da pessoa jurídica, com histórico de dados, estatísticas e casos concretos – quanto na demonstração da atuação na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração.

Especial atenção deve ser dada à demonstração da atuação do programa de integridade na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração. Conforme dispõe a Portaria CGU nº 909/2015, caso o programa de integridade avaliado tenha sido criado **após a ocorrência** do ato lesivo, independentemente da excelência do programa, o avaliador está impedido de aplicar a redução máxima da multa, de 4%, diante da impossibilidade de demonstração da atuação do programa no caso concreto.

Resta claro que o trabalho de definição do percentual de redução em virtude da avaliação do programa de integridade não representa, meramente, um cálculo matemático e admite certa discricionariedade. Recomenda-se que o avaliador fique atento às orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação de programas de integridade que podem ser expedidas pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, conforme definido no art. 42, §4º, do Decreto nº 8.420/2015.

6.5. PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NO ÂMBITO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA

A peculiaridade do Acordo de Leniência, com relação aos programas de integridade, é a possibilidade do estabelecimento de cláusulas que estabeleçam compromissos futuros por parte da empresa. É o que se depreende do art. 37 do Decreto nº 8.420/2015:

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.

Nesse sentido, o acordo de leniência pode ter extraordinário efeito indutor sobre as empresas, pois possibilita ao avaliador delinear com clareza as deficiências encontradas, elencando providências que devem ser tomadas pela pessoa jurídica para saná-las. Empresas que sequer têm o programa deverão desenvolvê-lo, seguindo cronograma e orientações específicas.

Também devem constar do acordo cláusulas que estabeleçam a forma como se dará o monitoramento dos compromissos firmados. O não cumprimento dos compromissos, vale dizer, implica a nulidade do acordo.

7. CADASTROS

A Lei nº 12.846/2013, normatizou em seus arts. 22 e 23 o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, destinados a garantir publicidade às penalidades aplicadas em decorrência das normas de licitações e contratos e da Lei Anticorrupção. Previu ainda a obrigatoriedade de utilização de ambos por todos os poderes e esferas de governo.

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.

(...)

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.

É sabido que a publicação da decisão sancionadora em meio oficial gera uma presunção relativa de seu conhecimento por toda a sociedade. Contudo, na prática, a situação é diversa, pois, dificilmente, um determinado gestor pode consultar as publicações de todos os estados e municípios da federação com a finalidade de verificar se determinado ente privado foi anteriormente sancionado e se, porventura, está impedido de celebrar contratos com a Administração.

Dessa forma, a sistematização deste tipo de dado torna possível o cumprimento das leis que preveem a necessidade de observância pelos gestores de efeitos gerados pela aplicação de penalidades por outros entes da federação, como é o caso da própria Lei nº 8.666/1993.

Ademais, também como medida de transparência ativa, os cadastros possibilitam à sociedade civil o controle do cumprimento destas leis.

7.1. CEIS – CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS INIDÔNEAS E SUSPENSAS

O Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) foi criado pela então denominada Controladoria-Geral da União, em 2010, para consolidar e divulgar a relação de pessoas, físicas e jurídicas, que tenham sofrido sanções das quais decorram, como efeito, restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública, assim considerados os órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Mesmo lançado sem imposição da sua utilização por outras esferas e poderes de governo que não o Poder Executivo federal, antes da edição da Lei Anticorrupção já contava com a participação espontânea de vinte e uma unidades federativas, o que demonstra o reconhecimento da necessidade de existência de cadastro integrado com as referidas informações.

Atualmente, é regulado pelo art. 22, da Lei nº 12.846/2013, e pela Instrução Normativa CGU nº 2, de 07 de abril 2015⁵⁴, cujo art. 6º lista as penalidades passíveis de cadastro, a saber:

1. Suspensão de contratar, prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/1993 e no art. 33, IV, da Lei nº 12.527/2011;

2. Declaração de inidoneidade, prevista no art. 87, IV, da Lei nº 8.666/1993 e no art. 33, V, da Lei nº 12.527/2011;

3. Impedimento de contratar, previsto no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e no art. 47 da Lei nº 12.462/2011;

4. Penalidades não administrativas (i. e., judiciais) que impliquem restrição ao direito de participar em licitações ou contratar com a Administração;

5. Penalidades aplicadas por organismos internacionais, agências de cooperação estrangeira etc. que limitem o direito de celebrar contratos financiados com recursos dessas organizações.

Em razão de entendimentos firmados com o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), o CEIS também incorpora dados de condenações por ato de improbidade administrativa que impliquem restrições à contratação com a Administração Pública, aplicadas pelo Poder Judiciário.

Tais dados são coletados pelo CNJ por meio de cadastro próprio, o CNCIAI (Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa), do qual o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União extrai, mensalmente, informações de condenações e as inclui na base do CEIS o qual, ressalte-se desde já, é acessível pelo Portal da Transparência do Governo Federal.

7.2. CNEP – CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS PUNIDAS

Além de fortalecer o CEIS, a Lei nº 12.846/2013 criou, em seu art. 22, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, que reúne e dá publicidade às sanções criadas pela referida lei e que forem aplicadas por todos os órgãos e entidades, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo.

O CNEP tem como objetivo divulgar especificamente: 1) as sanções aplicadas a pessoas jurídicas responsabilizadas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, definidas no art. 5º da própria LAC; e 2) os acordos de leniência celebrados pela Administração Pública com pessoas jurídicas envolvidas em processos administrativos relacionados à Lei Anticorrupção e seu eventual descumprimento.

Ressalte-se que a divulgação do descumprimento do acordo de leniência é importante, dentre outros motivos, porque resulta no impedimento de celebração de novo acordo pelo prazo de três anos, nos termos dos arts. 16, §8º, e 22, §§2º e 3º, ambos da LAC.

⁵⁴ Publicada no Diário Oficial da União de 8 de abril de 2015, seção 1, página 3.

O CNEP está regulado pelo já referido art. 22 da Lei nº 12.846/2013 e pela IN CGU nº 2/2015, a mesma que regulamenta o CEIS.

Assim, a LAC separou as penalidades aplicáveis a pessoas jurídicas em dois cadastros temáticos: o CEIS concentra as penalidades de restrição de contratar; e o CNEP fica com as penalidades da própria LAC (que, atualmente, não envolvem restrição de contratar) e com os acordos de leniência.

As penalidades a serem inseridas no CNEP são as seguintes:

- Multa, conforme percentuais e valores estipulados na própria LAC;
- Publicação extraordinária da decisão condenatória;
- Condenações judiciais previstas no art. 19 da Lei nº 12.846/13.

Quanto aos acordos de leniência, o CNEP terá informações sobre:

- Os acordos celebrados com base na Lei Anticorrupção; e
- Os acordos que forem descumpridos.

Assim como ocorre com o CEIS, o art. 22 da LAC impôs a todos os órgãos e entidades públicas – Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de cada uma das esferas de governo (federal, estadual e municipal) – a obrigação de enviar ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União as informações relativas ao CNEP. A lei também impôs a publicação das informações do cadastro em tela no Portal da Transparência do Governo Federal.

7.3. CONSULTA AO CEIS/CNEP – PORTAL DA TRANSPARÊNCIA

A consulta ao CEIS e ao CNEP está disponível no Portal da Transparência do Governo Federal (<http://www.portaltransparencia.gov.br/>), no Menu “Consultas Detalhadas”, dentro de “Sanções aplicadas”.

A pesquisa aos cadastros pode ser feita por CNPJ ou CPF e/ou nome da pessoa punida, mas deve-se preferencialmente preencher só um dos campos, pois a pesquisa é do tipo “e”, e não do tipo “ou”. Ou seja, se ambos os campos forem preenchidos, a pesquisa **não** localizará registros que contenham uma ou outra das informações preenchidas – ela vai selecionar apenas aqueles que contenham ambas!

Caso não encontrados registros, a página apresentará uma mensagem com essa informação e retornará o termo que foi utilizado para aquela pesquisa, o que poderá ser utilizado tanto para o usuário checar se pesquisou pelos termos corretos ou se deve tentar alguma variação nestes, quanto para demonstrar a inexistência de registros no cadastro pesquisado.

Ainda em se tratando das consultas, é importante mencionar que o CEIS e o CNEP não esgotam, evidentemente, as informações sobre as penalidades, o que somente seria possível mediante consulta à decisão original ou mesmo ao processo que a ensejou.

Não obstante, as informações são bem abrangentes, havendo, inclusive, referência ao fundamento legal utilizado para a punição, a hora da última atualização da informação e, no caso de penalidades federais, um link para a página do Diário Oficial da União em que a pena foi publicada.

Cabe destacar, também, que os cadastros apresentam dois campos com nomes da pessoa punida: um é o informado pelo próprio órgão sancionador, e o outro é o buscado automaticamente partir da base do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ), o que facilita a identificação, principalmente em casos de alteração da razão social da empresa.

A facilidade de consulta e a amplitude das informações concorrem para tornar mais concreta a presunção de conhecimento geral resultante da publicação em meio oficial.

7.4. SISTEMA INTEGRADO DE REGISTRO CEIS/CNEP

Como mencionado anteriormente, a Lei Anticorrupção tornou obrigatória a remessa de informações objeto de registro no CEIS e no CNEP ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União por todos os poderes e esferas de governo.

Para possibilitar a execução desse comando, foi desenvolvido o Sistema Integrado de Registro CEIS/CNEP, que permite o registro das sanções diretamente pelos órgãos e entidades responsáveis pelas penalidades, cabendo ao referido Ministério um papel de gerenciamento, com vistas à concessão de acesso ao Sistema, sua manutenção, documentação, divulgação etc.

Órgãos e Entidades de todos os poderes e esferas de governo (com exceção do Poder Executivo federal) podem acessar o Sistema pela internet, no link <https://www.ceiscadastro.cgu.gov.br/ceis/index.aspx> e pela página institucional do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, que também tem material de apoio e treinamento: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/sistema-integrado-de-registro-do-ceis-cnep>.

https://www.ceiscadastro.cgu.gov.br/ceis/index.aspx

BRASIL Acesso à informação Participe Serviços Legislação Canais

Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP

Versão 1.0.3

quinta-feira, 02/07/2015 Ambiente Oficial

Portal da Transparência - CEIS | Material de Apoio

JÁ SOU CADASTRADO

CPF

SENHA
 [recuperar senha](#)

CÓDIGO DE VERIFICAÇÃO



Comunicados

Todos os entes públicos podem solicitar seu pré-cadastro no Sistema pela internet e é necessário que possuam certificação digital (e-CNPJ). O titular do certificado digital, conforme cadastrado no CNPJ da Receita Federal, será cadastrado no Sistema como Administrador de sua unidade.

Este Administrador poderá conceder acesso a outros servidores para cadastramento das sanções no Sistema.

Para informações detalhadas, consulte o Material de Apoio.

Bem-vindo

O Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP foi desenvolvido para publicar, no Portal da Transparência, os dados do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e do Cadastro Nacional das Empresas Punidas (CNEP), atendendo as determinações da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

O CEIS tem por objetivo consolidar a relação das empresas e pessoas físicas que sofreram sanções que restringiram o direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública. Já o CNEP busca consolidar a relação de penalidades aplicadas pela Administração Pública a pessoas jurídicas com base na Lei 12.846/2013.

O acesso ao Sistema é feito de forma restrita pelos entes públicos para que seja preservada a fidedignidade dos dados registrados.

AINDA NÃO SOU CADASTRADO

 **Faça seu Pré-cadastro**

 **Material de Apoio**

Tela inicial do Sistema.

Em resumo, o fluxo de alimentação do CEIS e do CNEP é o seguinte: certo órgão ou entidade aplica uma pena contra pessoa jurídica (digamos, impedimento de contratar). Esse mesmo órgão acessa o Sistema e lá cadastra esse impedimento. A seguir, dentro de poucas horas, essa penalidade já será publicada no Portal da Transparência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Cizur Menor: Arazandi, 2011.
- BOBBIO, N., MATEUCCI, N., PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. ed. VI., Distrito Federal: UNB/Linha Gráfica, 1991.
- BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Manual de Processo Administrativo Disciplinar. 2017. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/_atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad.pdf>.
- CANDELORO, Ana Paula P.; DE RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.
- CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Legislação anticorrupção no mundo*. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.
- DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções Administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética. 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª. ed., São Paulo. Malheiros, 1996.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of Justice. *A resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guidance/>>. Acesso: 20 dez. 2014.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Sentencing Commission. *Guidelines Manual*. Disponível em: <<http://www.ussc.gov/guidelines-manual/guidelines-manual>>. Acesso em: 9 jul. 2015.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Corrupção e Democracia*. In: O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política. Coordenadores: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia. São Paulo: Atlas, 2004.
- GEDDES, Bárbara e RIBEIRO NETO, Artur. *Fontes Institucionais da Corrupção no Brasil*. In: DOWNES, Richard e ROSENN, Keith (orgs.) *Corrupção e Reforma Política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor*. Rio de Janeiro, FGV, 2000.

GONÇALVES, Livia Cardoso Viana. *O acordo de leniência na investigação antitruste: da legislação ao leading case brasileiro*. Publicações da Escola da AGU: pós-graduação em direito público – UnB: coletânea de artigos/Coordenação de Jefferson Carús Guedes; Juliana Sahione Mayrink Neiva. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010.

GRIFFIN, James M. *The Modern Leniency Program After Ten Years: A Summary Overview of the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program*, Agosto de 2003. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/201477.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

HAMMOND, Scott. *Cornerstones of an Effective Leniency Program in ICN Workshop on Leniency Programs*, Australia, 2004. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª. ed., São Paulo: Dialética, 2010.

MANZI, Vanessa Alesi. *Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas*. Ed. Saint Paul: São Paulo, 2008.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 3. ed., Salvador: Jus Podivm, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibição Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da CF/88*. São Paulo: Malheiros, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.). *Temas de Anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Parecer sobre proposta de alteração legislativa em matéria de corrupção*. Disponível em <http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/estudio_final_brasil.htm>. Acesso em: 15 dez. 2013.

REINO UNIDO. *The Bribery Act 2010 Guidance about Procedures which Relevant Commercial Organisations Can Put Into Place to Prevent Persons Associated with Them from Bribing*. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/181762/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2015.

SCHLLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? As Comissões Parlamentares de Inquérito e a Luta contra a Corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo, 1997. Tese de Doutorado (Especialização em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

SHILDERS, Arnold. *Banks and the compliance challenge*. Speech by Professor Arnold Schilder, Chairman of the BCBS Accounting Task Force and Executive Director of the Governing Board of the Netherlands Bank, at the Asian Banker Summit, Bangkok, 16 March 2006. BIS Review nº 20/2006. Disponível em: <<http://www.bis.org/review/r060322d.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: RT. 2014.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação? *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 08, n. 02, 2001.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Editora Gen/Método. 2011.