

Probidade empresarial

Lei 12.846/13

Fábio Medina Osório

Advogado, Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madri, Professor colaborador da Emerj, da Emarf, da Emagis, da FMP/RS, da Escola da AGU em Belo Horizonte e da EDB

Introdução

Neste trabalho, busco uma análise da Lei 12.846/13 e do seu impacto no sistema jurídico brasileiro. A abrangência dessa nova lei, por si só, é um ponto relevante, a merecer estudos econômicos e jurídicos, na medida em que possivelmente suas consequências serão geradas em um espectro ainda não passível de se medir. Cuida-se de uma lei que introduz deveres de probidade administrativa no mundo empresarial, o qual passa a absorver obrigações inerentes ao setor público.

Diz a lei:

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

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou do 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.

O vínculo que se exige de uma pessoa jurídica (do mundo privado ou público)¹ é o da prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Esses atos podem ser praticados dentro ou fora de relações contratuais. Não se exige relações contratuais *stricto sensu*, portanto, para o aperfeiçoamento de suporte à incidência dessa lei.

Este primeiro tópico é de grande importância: alguém poderia imaginar que somente as pessoas jurídicas contratantes com o Poder Público estariam sujeitas a essa nova lei. O ato ilícito de “prometer, oferecer ou dar,

¹ Aqui sequer se explicita tal circunstância, mas defendemos, e explicitaremos mais adiante, que a lei tem por objetivo alcançar pessoas do mundo privado.

direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”, tipificado nessa lei, não exige que a pessoa corruptora esteja em alguma relação contratual específica. O ilícito pode ocorrer, por exemplo, em uma autuação fiscal, ou administrativa, ou no âmbito de um processo fiscalizatório (art. 5º, I).

Na mesma ótica, calha observar que o tipo sancionador que trata da conduta de, comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados tampouco exige que a empresa esteja submersa em uma relação contratual com o Poder Público (art. 5º, II). Ela, ao contrário, pode estar sendo atingida por uma investigação tributária, fiscal ou de qualquer natureza, revelando-se a fraude na utilização de pessoas físicas ou jurídicas para ocultamento ou dissimulação de seus reais interesses ou identidade dos beneficiários de atos praticados (caso do ilícito de lavagem de capitais, em que isso se torna muito frequente).

Tipo sancionador ainda mais aberto, e totalmente desvinculado da necessidade de contrato entre empresas e Poder Público, é este do art. 5º, III, da Lei 12.846/13, segundo o qual haveria infração na conduta de, comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou, de qualquer modo, subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nessa lei. É de se especular quais comportamentos poderiam ser abrangidos pela norma ora em exame, circunstância que não cabe nos limites deste trabalho.

O grande objetivo da lei (que designo como Lei da Probidade Empresarial) está previsto no art. 7º, VII, ao estatuir a obrigatoriedade de as pessoas jurídicas adotarem e contemplarem em suas estruturas “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”, mecanismos esses que, em seu conjunto, integram o que se pode denominar *compliance*.²

Quais pessoas estão expostas à incidência dessa nova lei? Todas as que mantiverem alguma espécie de vínculo com o Poder Público, dele recebendo recursos? Não necessariamente, a meu ver. Resulta exposto à lei aquele que pratica crimes contra a Administração Pública e improbidade administrativa. Daí a importância, nesse contexto, de uma interpretação restritiva dos tipos sancionadores contidos na própria lei.

O legislador define, em seu artigo 1º, parágrafo único:

² INTERNATIONAL COMPLIANCE ASSOCIATION. **What is compliance?** Disponível em: <<http://www.int-comp.org/faqs-compliance-regulatory-environment>>. Acesso em: 23 maio 2014.

Aplica-se o disposto nesta lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou do 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.

Um primeiro ponto a esclarecer é precisamente o de sociedades simples e empresárias. Assim leciona José Eduardo Sabo Paes:

As sociedades simples e empresariais têm finalidade econômica ou lucrativa, sendo o lucro repartido entre os sócios, e são constituídas mediante contrato escrito, particular ou público (art. 997). Nas sociedades, o cerne da união dos seus integrantes é a vontade de explorar atividade com finalidade econômica, buscando a obtenção e a divisão dos ganhos havidos nessa exploração. As sociedades simples são aquelas que visam a fim econômico ou lucrativo que é repartido entre os sócios, e normalmente são a forma jurídica pela qual se substanciam os exercícios de algumas profissões, como a de médico ou a de advogado, ou mesmo a prestação de serviços técnicos, como, por exemplo, uma sociedade imobiliária e até mesmo uma sociedade cooperativa. [...] As sociedades empresariais são aquelas que visam ao lucro, mediante o exercício de atividade empresarial ou comercial.³

Em que pese a previsão de abarcar toda e qualquer sociedade simples e empresária, penso que sabidamente a Lei 12.846/13 não se aplica a determinadas modalidades de pessoas jurídicas, como é o caso dos escritórios de advocacia, os quais integram o rol dos prestadores de serviços essenciais à Justiça, ao lado dos membros do Ministério Público e da magistratura (art. 133 da CF). E isso porque magistrados, advogados e membros do Ministério Público já estão submetidos aos ditames republicanos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) e à legislação de regência dos crimes contra a Administração Pública, não podendo sujeitar-se às penalidades próprias às pessoas jurídicas privadas desenhadas na lei.

Constitui requisito para incidência da Lei 12.846/13 a necessidade de que as pessoas jurídicas pratiquem atos atentatórios à Administração Pública, nacional ou estrangeira, na modalidade de improbidade administrativa ou crime contra a Administração Pública, e esse já seria um fator de restrição conceitual ao campo de incidência da lei. Não obstante, penso que a interdependência funcional dos advogados, que se qualificam como essenciais à

³ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 61.

prestação jurisdicional do Estado, exige que se lhes proteja contra eventuais ingerências indevidas do próprio Estado em suas estruturas internas, ainda que a pretexto de salvaguardar valores republicanos de alta relevância.

Com efeito, os advogados são regidos por legislação própria (Lei 8.906/94) e gozam de imunidades legais e constitucionais por seus atos e suas manifestações no exercício da profissão, não podendo ser tutelados em sua missão constitucional de guardiões dos direitos individuais.

Imaginar que, a partir da vigência da Lei 12.846/13, os escritórios de advocacia estariam obrigados a instituir mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, conforme o art. 7º, VIII, para poder contratar com os poderes públicos seria algo incompatível com a natureza dos deveres dos advogados em relação à confidencialidade e ao sigilo das informações que transitam em seu poder.

O advogado é uma espécie de sacerdote, inclusive de quem comete ilícitos, que tem responsabilidades a ajustar com o Estado, não sendo viável supor que, por contratar com o Poder Público, esteja obrigado a instalar, em suas estruturas internas, canais de denúncias e auditorias, com personagens independentes a vasculhar informações de seus clientes, podendo ver quem entra e sai do escritório e manusear documentos, informações e registros dos clientes.

Trata-se de sociedades simples na literalidade da Lei 12.846/13, mas um escritório de advocacia constitui uma espécie de sociedade não abrangida pelo raio de incidência desse arcabouço legal.

Isso não significa, obviamente, que os advogados sejam imunes diante de crimes contra o erário ou atos de improbidade administrativa, inclusive na forma da Lei 8.429/92, desde que presentes os requisitos legais.

Da mesma forma, não me parece lógico que as estatais estejam contempladas na Lei 12.846/13, vale dizer, as pessoas jurídicas de direito público que estão no grupo das “entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 37, XVII, 71, II, 165, § 5º, II, 173, § 1º)”.⁴

O princípio da intranscendência da pena seria francamente vulnerado na hipótese de a Lei 12.846/13 atingir estatais, na medida em que o contribuinte pagaria a multa prevista no art. 6º, I. Questiona-se, ainda: como seria a penalidade de dissolução da pessoa jurídica para uma estatal?

Quanto aos partidos políticos, conquanto se encaixem no conceito de pessoas jurídicas de direito privado, à luz do art. 44 do Código Civil, também

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 443.

me parece que não devem ser compreendidos no alcance da Lei 12.846/13.

As finalidades institucionais dos partidos políticos relacionam-se ao processo eleitoral e ao princípio democrático. Temas ligados à corrupção não podem ser tratados na perspectiva de multas aos partidos políticos, salvo no que diz respeito às infrações eleitorais propriamente ditas. E não faz sentido uma abertura para dissolução de um partido político por ato de um de seus representantes (corrupção ou ato atentatório a princípios da administração pública).

Há diversas infrações eleitorais tipificadas no Código Eleitoral (Lei 4.737/65), na Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/95) e na Lei das Eleições (9.504/97). Dentre as infrações, estão aquelas descritas no Código Eleitoral, na medida em que os partidos colaborarem com a prática do ilícito ou se beneficiarem dela,⁵ as infrações referentes à propaganda eleitoral⁶ e as violações a normas legais ou estatutárias.⁷

A toda evidência, não obstante o silêncio do legislador, a Lei 12.846/13 aplica-se a pessoas jurídicas de direito privado, sociedades simples ou empresárias, fundações e associações das quais seja possível e razoável exigir mecanismos de denúncia, auditoria e controladoria internos, sem que isso venha a ferir sigilos profissionais, menos ainda suas finalidades institucionais.

Improbidade é espécie de má gestão pública que envolve agressão aos princípios da Administração Pública. No caso, tipifica-se na própria Lei 12.846/13 um conjunto de atos atentatórios a princípios que presidem a Administração Pública, seja nacional, seja estrangeira. Daí a importância de se fixar o conceito de improbidade administrativa para aplicação da Lei 12.846/13.

Segundo sustentamos,

[...] o conceito de “improbidade administrativa” está ligado a dois pilares fundamentais da ética pública na pós-modernidade: as noções de grave ineficiência funcional e grave desonestidade. Na raiz etimológica da expressão, reside a proteção da honra institucional no setor público, sendo que os fenômenos de má gestão pública remontam à Antiga Roma. De qualquer sorte, é na formação do Estado moderno que se consolidam pressupostos mais específicos relacionados à responsabilidade dos governantes, cujos vínculos com a sociedade demandam prestações de contas (como algo inerente à confiança).⁸

A Lei 12.846/13 concentra seu foco nos atos de corrupção.

⁵ Art. 336, *caput*, da Lei 4.737/65.

⁶ Art. 36, § 3º, art. 37, § 1º, art. 39, § 5º e § 8º, art. 40, art. 41-A, art. 43, § 2º, da Lei 9.504/97.

⁷ Art. 36, III, da Lei 9.096/95.

⁸ MEDINA OSÓRIO, Fábio. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html>. Acesso em: 28 maio 2014.

Diz a lei, em seu art. 4º, que subsiste a responsabilidade das pessoas jurídicas, uma vez praticados atos atentatórios à Administração Pública, mesmo nas hipóteses em que houver “alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária”, dispondo, em seu § 1º, que,

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

A lei também estabelece, em seu art. 4º, § 2º, que

[...] as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

As sociedades consorciadas serão alcançadas pela lei, o que significa dizer que, no âmbito dos respectivos contratos de consórcios, será necessário fixar mecanismos de *compliance*.

O conceito de consórcios públicos deve ser compreendido como:

[...] um contrato associativo sem personalidade jurídica. Está previsto no art. 278 da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76) e é a forma pela qual diversas empresas podem se associar mutuamente para assumir um determinado empreendimento ou ainda atividades e encargos que isoladamente não teriam força econômica, técnica ou financeira para executar.⁹

Natureza jurídica da Lei 12.846/13

Um dos mais importantes tópicos que se deve debater sobre uma lei, ou sobre um conjunto de normas jurídicas, quando entra em vigor, é o da sua natureza jurídica, ou, melhor dizendo, de seu enquadramento na dogmática do Direito, para fins de compreensão das regras e dos princípios aplicáveis no plano científico.

O Direito Administrativo consiste no ramo jurídico que, pertencendo ao Direito Público, tutela

[...] os princípios, os preceitos e os institutos que regem as atividades

⁹ Ibid 3, p. 84.

jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade, ao atuarem concreta, direta e imediatamente na prossecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa.¹⁰

Eduardo García de Enterría, com seu célebre conceito estatutário de Direito Administrativo, sustenta que se trata da disciplina que regula o atuar da Administração Pública e que, debaixo desse atuar, pode existir uma ampla gama de segmentos afetados, daí a razão pela qual considera esse ramo jurídico um autêntico estatuto da Administração Pública.¹¹

Tive oportunidade de anotar:

[...] daí por que o conceito e o objeto do Direito Administrativo exigem, em sua delimitação, a análise de alguns tradicionais critérios utilizados pelos operadores jurídicos [...]. A base de toda a formação teórica do Direito Administrativo é o conceito de interesse público, razão de ser dos poderes administrativos, dos privilégios, das sujeições e, conseqüentemente, dos limites aos quais estão submetidas as Administrações Públicas. [...] O pilar do interesse público é a base do Direito Administrativo. O próprio Estado somente pode atuar, na vida de relações, por meio do ramo jurídico em exame, quando amparado em um interesse público. [...] O Direito Administrativo, a par de estar indissolúvelmente ligado ao critério ou princípio do interesse público, no qual resulta pressuposta uma relação interna de tendência à superioridade em relação aos interesses privados, nos processos interpretativos dinâmicos, é um Direito essencialmente estatutário, ou seja, um conjunto de valores, regras, princípios e postulados que incide diretamente sobre a ação administrativa, submete a Administração Pública, em todas as esferas, ao seu regime jurídico. [...] Nem o interesse público, nem a Administração Pública podem, por si sós, justificar a incidência do Direito Administrativo em uma dada relação jurídica. Eis, então, o critério do serviço público, para justificar a aplicação do Direito Administrativo [...]. Serviço público é aquele que exige a presença, direta ou indireta, do Estado em sua prestação, além do necessário interesse geral do uso de poderes públicos, tudo compondo um quadro normativo caracterizador dessa categoria.¹²

A Lei 12.846/13 tipifica, em sua essência, atos atentatórios à Adminis-

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 47.

¹¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de derecho administrativo**. 4. ed. Madrid: Civitas, 1993.

¹² MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 61-69.

tração Pública nacional ou estrangeira, consubstanciados a partir da violação de deveres públicos estruturados nos tipos sancionadores ali previstos.

Como referi alhures, o Direito Administrativo, ao tipificar infrações e cominar sanções, projeta-se como Direito Administrativo substancial.¹³

Nesse contexto, devo relembra o conceito de sanção administrativa, que introduzi no Brasil em 1999 e tem sido aceito nos Tribunais:

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflictivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeito ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas.¹⁴

Nesse conceito de sanção administrativa, posso afirmar que a natureza jurídica das normas e dos princípios que presidem a Lei 12.846/13 é de Direito Administrativo Sancionador.¹⁵

O Direito Administrativo Sancionador é o ramo que cuida das infrações e das sanções de Direito Administrativo, seja formal, seja materialmente considerado.

Não importa, aos efeitos desse conceito aqui vertido, que o órgão aplicador seja a Administração Pública ou o Judiciário. E tanto isso é verdade que, no caso dessa Lei Anticorrupção, as sanções previstas no seu art. 6º podem, nas hipóteses de omissão, vir a ser aplicadas pela via da ação civil pública.

Relembro o que já escrevi a esse propósito:

Não se olvide que as funções administrativas dos poderes e das instituições da República são igualmente tuteladas pelo Direito Administrativo. Cabe dizer, ainda, que também funções típicas do próprio Poder Judiciário são enquadráveis no âmbito do Direito Administrativo, visto que tais funções podem apresentar-se processualmente pelo ângulo judiciário e materialmente pelo ângulo administrativista, vale dizer, sub-

¹³ Ibid 9, p. 72-74.

¹⁴ Ibid 9, p. 95.

¹⁵ MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Lei Anticorrupção dá margem a conceitos perigosos**. 20 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorrupcao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>>.

metidas ao regime jurídico do Direito Administrativo. Há casos nítidos em que o Judiciário pratica atos administrativos típicos, vale dizer, não apenas no desempenho de funções disciplinares, mas de gestão de orçamento e de exercício da autonomia administrativa ou quando cuida da promoção ou da remoção de seus membros. Todavia, há situações em que, no bojo mesmo de processos judiciais, as normas e o regime jurídico aplicáveis são tipicamente de Direito Administrativo Sancionador, como ocorre precisamente com a incidência da Lei 8.429/92.¹⁶

Ao identificarmos a natureza jurídica das infrações e das sanções tipificadas na Lei 12.846/13, torna-se possível trabalhar o espectro de garantias constitucionais aplicáveis à matéria.¹⁷

A Lei 12.846/13 trata de improbidade administrativa das pessoas jurídicas, por isso posso chamá-la de Lei da Probidade Empresarial ou da Improbidade Empresarial, como se queira.

Sobre a evolução do Direito Sancionador na tutela da probidade administrativa, tive a oportunidade de aduzir o seguinte:

A improbidade é um ilícito do direito administrativo, o qual estabelece medidas punitivas – penas – a essa patologia social. O devido processo legal, em suas vertentes formal e substancial, abriga as regras e os princípios do direito administrativo sancionador pátrio, o qual ainda reside em um universo extremamente lacunoso e carente de intervenções legislativas, de tal sorte que também aqui encontraremos a fonte de garantias para os acusados de improbidade administrativa. O modelo brasileiro não abriga um conjunto explícito de garantias para os acusados de ilícitos administrativos, mas tais garantias derivam do devido processo legal, fonte da dogmática do direito administrativo sancionador e do tratamento constitucional dispensado à LGIA, como sustentamos à saciedade. É certo que a cláusula constitucional em exame não apenas produz normas não contempladas na Magna Carta, mas rearticula outras tantas para que produzam efeitos inovadores, gerando direitos constitucionais aos acusados em geral, em detrimento do deserto de proteção que se perceberia em uma leitura literal do sistema.

Quando situamos a improbidade administrativa no campo do direito administrativo sancionador, estamos saindo de um terreno árido, desprovido de garantias, e entrando em um terreno que, embora defici-

¹⁶ MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 74.

¹⁷ MEDINA OSÓRIO, Fábio. Direitos imanentes ao devido processo legal sancionador na constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (org.). **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 149-166.

tário, principalmente quando comparado com o direito penal, ostenta inegáveis evoluções científicas. O conjunto de garantias do direito administrativo sancionador emerge da cláusula do devido processo legal, começando pela interdição da arbitrariedade dos Poderes Públicos.¹⁸

O STJ, em várias oportunidades, tem trilhado o caminho de assegurar aos acusados em geral, nas ações de improbidade, as garantias inerentes ao Direito Administrativo Sancionador.¹⁹ Entendo que na mesma trilha a jurisprudência deverá persistir ao operacionalizar a incidência da Lei 12.846/13.

Sanções administrativas

Eis as sanções administrativas previstas na Lei 12.846/13, em seu art. 6º:

- multa, no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto;
- multa de seis mil a sessenta milhões de reais, na hipótese de não ser possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica;
- publicação extraordinária da decisão condenatória.

Essas sanções, não obstante, podem ser aplicadas também pela via da ação civil pública, quando houver omissão das autoridades administrativas, seja na regulamentação, seja na aplicação das sanções. Repito: não é porque as sanções passam à esfera judicial que deixam de ostentar natureza de sanções administrativas.

Veja-se o que diz a lei:

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.

Quando há uma omissão da autoridade administrativa? Quando não regulamenta ou quando não age nos prazos legais.

Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela auto-

¹⁸ MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Teoria da improbidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 205-207.

¹⁹ Sobre o assunto, *vide* os seguintes julgados: STJ. REsp 1225426/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.08.2013, DJe 11.09.2013 – STJ. AgRg no AREsp 27704 RO 2011/0166812-6, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, data de julgamento: 15.12.2011, T1 – PRIMEIRA TURMA, data de publicação: DJe 08.02.2012 – STJ. REsp 827445/SP, Rel. para acórdão Min. TEORI ZAVASCKI, DJe 08.03.2010 – STJ. REsp 1038777/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.02.2011, DJe 16.03.2011 – STJ. AgRg no Ag 1319558/RS, Min. BENEDITO GONÇALVES, 1ª TURMA, DJe 13.05.2011.

ridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.
[...]

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

Quais são os órgãos habilitados a impor sanções administrativas?

Pelos decretos estaduais já editados no Tocantins²⁰ e no Paraná,²¹ estão habilitados a impor tais sanções os titulares de órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual e a Controladoria-Geral do Estado, concorrentemente.

Já pelo decreto estadual de São Paulo,²² no âmbito da Administração Direta, são competentes concorrentemente os secretários de Estado, em suas respectivas esferas, o procurador-geral do estado e o presidente da Corregedoria-Geral da Administração; e, no âmbito da Administração Indireta e Fundacional, são competentes os chefes das unidades da Administração Pública Indireta.

O decreto municipal de Cubatão²³ segue lógica semelhante à do decreto estadual de São Paulo, pois determina que são competentes concorrentemente para aplicar sanções administrativas, no âmbito da Administração Direta, os secretários municipais, o procurador-geral do município e o chefe da Corregedoria-Geral do Município, se houver; enquanto, no âmbito da Administração Indireta, determina competência ao dirigente máximo de cada unidade. Por sua vez, pelo decreto municipal de São Paulo,²⁴ é competente para impor sanções a Controladoria-Geral do Município, tão somente.

Assim ocorre porque a Lei 12.846/13 determina que cada estado definirá a autoridade competente a impor sanções administrativas, da mesma forma que competirá aos municípios fazê-lo. Trata-se de autonomia federativa.

No entanto, a mesma lei diz:

Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

§ 1º A competência para a instauração e o julgamento do proces-

²⁰ Decreto nº 4.954/13 – TO.

²¹ Decreto nº 10.271/14 – PR.

²² Decreto nº 60.106/14 – SP.

²³ Decreto nº 10.168/14 – Cubatão/SP.

²⁴ Decreto nº 55.106/14 – São Paulo/SP.

so administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.

Trata-se de uma situação curiosa, pois o legislador federal adentrou o terreno da regulamentação do próprio processo administrativo sancionador *stricto sensu* dos estados e dos municípios, exigindo que a competência fosse reservada à autoridade máxima de cada órgão ou entidade, admitindo apenas uma delegação, não a subdelegação.

Não havendo regulamentação, repito, as sanções administrativas podem vir a ser aplicadas na seara judicial. E se a regulamentação não outorgar competências às autoridades máximas? Poder-se-á discutir vício de legalidade quanto ao tema da competência.

Sanções judiciais

Essas sanções, embora sejam aplicadas pela via judicial, podem ser consideradas dentro da disciplina do Direito Administrativo Sancionador, tal como ocorre hodiernamente com as sanções da Lei 8.429/92, circunstância que atrai uma série de garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal punitivo. A Lei 12.846/13 tipifica da seguinte forma as sanções passíveis de aplicação apenas pela via judicial:

- perdimento dos bens, dos direitos ou dos valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
- suspensão ou interdição parcial das atividades;
- dissolução compulsória da pessoa jurídica;
- 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;
- reparação integral do dano causado.

As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

Porém, algumas dessas medidas não são consideradas sanções e podem ficar sujeitas à tese da imprescritibilidade.

É o que ocorre com o dever de reparação integral do dano, medida que, por sua natureza, não guarda pertinência com o conceito de sanção, mas sim com o de restituição ao estágio anterior.²⁵

²⁵ EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

A propósito da reparação do erário, já tive oportunidade de escrever o seguinte:

O ressarcimento ao erário se aproxima mais da teoria da responsabilidade civil do que da penal ou das sanções administrativas, pelo que não se submete ao conceito de sanção administrativa nos mesmos termos em que ocorre com outras medidas, até porque a obrigação de ressarcir é uma restituição ao estado anterior. Fora de dúvida, não se trata de uma sanção administrativa, mesmo que assim venha denominada na legislação pertinente.

De fato, medidas ressarcitórias, ainda que dotadas de finalidades intimidatórias, não podem, pura e simplesmente, ser tratadas como sanções administrativas. Tal é o caso, por exemplo, de medidas fiscais gravosas e de tantas outras que eventualmente ostentem apenas a aparência sancionatória, carecendo, sempre, de algum de seus pressupostos, entre os quais assume vulto o elemento finalístico ou teleológico. O que importa ressaltar, nesse contexto, é que as medidas de cunho ressarcitório não se integram no conceito de sanção administrativa, pois não assumem efeito aflagitivo ou disciplinar, não ambicionam a repressão, mas sim a reparação do dano, assumindo conteúdo restitutivo, reparatório, submetendo-se, nesse passo, a princípios próprios, específicos, mais próximos, naturalmente, do Direito Civil.

Não obstante, o Direito da responsabilidade civil, progressivamente, vem assumindo proporções importantes na esfera dos direitos fundamentais. O direito de propriedade tem lugar de destaque no rol dos direitos fundamentais, e é sabido que os processos civis causam efeitos aflagitivos importantes e suprimem esferas de cidadania, como créditos e participação das pessoas em instâncias relevantes do convívio social. Desse modo, é imperioso notar que os direitos são também observados, com vigor, nessa esfera. Vale observar que as instâncias punitivas e não punitivas têm se aproximado em termos de garantias dos direitos individuais, essa é uma tendência notória. O impacto das medidas ressarcitórias sobre direitos patrimoniais pode ser de tal ordem que se verifica violência a direitos fundamentais abrigados constitucionalmente. Daí a importância do devido processo legal.²⁶

I – O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II – Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III – Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV – Segurança denegada. (STF. Mandado de Segurança nº 26.210/DF. Plenário. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJe: 10.10.2008)

²⁶ MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 101-103.

Já a medida de perdimento de bens, direitos ou valores oriundos do ato ilícito também pode ser considerada dentro das medidas restitutórias.²⁷

Infrações administrativas gerais

A lei classifica duas grandes espécies de infrações: as gerais e as contratuais. As infrações ditas gerais podem ser arroladas da seguinte forma:

- prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nessa lei;
- comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- 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.

Pode haver uma discussão quanto ao alcance dessa cláusula geral, assim redigida:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos [...].

Entendo que, não obstante a lei remeta a uma definição, resulta perfeitamente possível abrir uma controvérsia em torno do alcance e do impacto dessa cláusula geral, daí a importância, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, de se dizer algo a respeito.

Exige-se violação ao patrimônio público, seja nacional, seja estrangeiro, o que pode supor lesão ao erário. Exige-se, ainda, violação a princípios da Administração Pública, tal como referido, por exemplo, no art. 11 da Lei 8.429/92, o que pode dar ensejo à improbidade empresarial por violação a princípios.

Curiosamente, no entanto, agrega o legislador: “os atos estarão assim definidos”. Na sequência, parte para um rol exaustivo de tipos sancionadores. Essa restrição, contida na própria lei, à luz do princípio democrático, deve ser respeitada. O que se depreende daí?

²⁷ O perdimento de bens é uma medida prevista pela Constituição Federal como sanção autônoma (art. 5º, XLVI, b, CF). Pode possuir natureza cível, penal ou administrativa.

Deve-se compreender que as infrações estão definidas na lei, e a cláusula geral apenas complementa os atos ilícitos descritos de modo exauriente pelo legislador. Isso significa dizer que, para além do preenchimento formal dos elementos constantes dos tipos legais, é necessário que os atos atentem contra o patrimônio, contra princípios ou contra compromissos internacionais.

Ao fixar um rol exaustivo de infrações, terá a Lei 12.846/13 optado por não absorver as infrações da Lei 8.429/92? Se essas infrações não couberem nos limites semânticos dos tipos da Lei 12.846/13, certamente será imperiosa a interpretação restritiva.

Apenas para relembrar a cláusula geral da Lei de Improbidade Administrativa (8.429/92):

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I – facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II – permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III – doar a pessoa física ou jurídica, bem como a ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV – permitir ou facilitar a alienação, a permuta ou a locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V – permitir ou facilitar a aquisição, a permuta ou a locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

Em todas essas hipóteses, uma pessoa jurídica privada, na outra ponta da relação, não estaria também exposta às sanções da Lei 12.846/13? Falo da condição de beneficiária do ato. Confira-se a Lei 8.429/92:

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.

O que ocorre é que a Lei da Improbidade Administrativa contempla responsabilidade subjetiva, enquanto a Lei da Probidade Empresarial, responsabilidade objetiva. Porém, em uma interpretação conforme à Constituição, entendemos que também essa última há de ajustar-se aos ditames da responsabilidade subjetiva.

Infrações administrativas contratuais

As infrações contratuais estão assim redigidas:

- frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- 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;
- manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

Em relação às infrações dessa espécie, é forçoso recordar a Lei 8.429/92, em seu art. 10:

XII – permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII – permitir que se utilizem, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

Dosimetria das sanções

É princípio constitucional o da individualização das penas.²⁸ Cuida-se de garantia constitucional. No caso, a lei estabelece vetores para as autoridades fundamentarem seus posicionamentos:

- a gravidade da infração;
- a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- a consumação ou não da infração;
- o grau de lesão ou perigo de lesão;
- o efeito negativo produzido pela infração;
- a situação econômica do infrator;
- a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- **a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a**

²⁸ “Resulta evidente que a lei deve regular a individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), sendo que esse último direito se desdobraria em três etapas distintas, a saber: a legislativa, a judicial e a executória. Essas observações se aplicam inteiramente ao Direito Administrativo Sancionatório, com as diferenciações cabíveis.” (MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p 373) No mesmo sentido está a jurisprudência do STJ: “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO APLICADA. TESE DE DESCABIMENTO DE APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AFASTADA. LEI DE IMPROBIDADE QUE NÃO SERVIU DE AMPARO À DEMISSÃO DO SERVIDOR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E SANÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS DITAMES CONTIDOS NA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 04/90 – ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DE MATO GROSSO. PENA DE DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA MANDAMENTAL. CONTROLE AMPLO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 3. É cabível a impetração de mandado de segurança contra ato administrativo que impõe sanção disciplinar de demissão ao servidor, porquanto os atos administrativos comportam controle jurisdicional amplo. Nesses casos, o controle não se limita aos aspectos legais e formais do procedimento. **Deve o Poder Judiciário examinar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato, bem como a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da culpabilidade e da individualização da sanção.** Precedentes do STJ. 4. Na hipótese, constata-se que o Tribunal de origem se distanciou da orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal, pois, a despeito de consignar ser possível a modificação da pena de demissão por outra mais branda, em face das peculiaridades do caso concreto – devolução dos valores e confissão espontânea do recorrente –, assim não procedeu, por entender que a revisão pelo Judiciário do ato administrativo disciplinar está adstrita ao exame da legalidade do procedimento disciplinar, e do cabimento e da regularidade formal da penalidade, sendo inviável, portanto, a análise do mérito administrativo. 5. Outrossim, não estando o acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, é medida que se impõe a cassação do acórdão recorrido quanto a esse aspecto, devendo os autos serem devolvidos ao Tribunal de origem para que seja realizado o exame da proporcionalidade da aplicação da pena de demissão em face da conduta perpetrada pelo impetrante, ora recorrente. 6. Recurso ordinário em mandado de segurança parcialmente provido” (STJ. RMS 17.735/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12.11.2013, DJe 25.11.2013).

aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

- o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Se não houver análise exaustiva de cada um dos vetores elencados na lei, será nula a decisão condenatória, por violação a dispositivos legais²⁹ e constitucionais³⁰ referentes ao princípio da motivação das decisões. Esses vetores devem ser observados tanto na seara judicial quanto na administrativa.

Desconsideração da personalidade jurídica

Outro ponto que merece destaque se refere à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica (ou a chamada *disregard doctrine*), prevista expressamente no art. 14 da Lei 12.846. Veja-se:

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Em aparente reprodução, o art. 14 da Lei 12.846 remete ao art. 50 do Código Civil, que assim prevê:

²⁹ Lei 12.846/13, art. 6º, § 1º: “As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e a natureza das infrações”.

Lei 9.784/99, art. 50: “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito”.

³⁰ Art. 93, IX, CF: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Portanto, a desconconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de ignorar a personalidade jurídica autônoma de entidade sempre que essa venha a ser utilizada para fins fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Quando houver abuso, desvio de finalidade ou confusão patrimonial entre os bens da sociedade e os dos sócios, caberá a aplicação do referido instituto.³¹

A desconconsideração da personalidade jurídica destina-se, essencialmente, a atingir o patrimônio dos sócios e/ou acionistas de determinada sociedade.

A doutrina costuma delinear a aplicabilidade da desconconsideração da personalidade jurídica em quatro hipóteses: i) fraude, ii) abuso de direito, iii) abuso de personalidade jurídica e iv) excesso de poder.

A fraude resume-se ao artifício malicioso com a finalidade de prejudicar terceiros, ou seja, a utilização da sociedade, mesmo que por meio de atos lícitos, para fins ilícitos.

Já o abuso de direito ocorre nas situações em que alguém extrapola os limites permitidos pelo ordenamento para o exercício de direitos subjetivos, já que nenhum direito é absoluto ou ilimitado. Há abuso de direito quando a conduta contraria os fins econômicos e sociais da norma jurídica. O art. 187 do novo Código Civil estabelece que é ato ilícito o exercício manifestamente excessivo de direitos além dos limites impostos pelos fins econômicos ou sociais, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Em relação ao abuso da personalidade jurídica, é verificada quando a pessoa jurídica é criada para finalidades que não são condizentes com a função jurídica a ela determinada (no caso de uma sociedade, é a de exercer atividade econômica). Situação do “negócio indireto”: alguém não pode praticar determinado ato em nome próprio, por impedimento legal ou contratual, e decide criar uma pessoa jurídica para praticar esse ato. Também ocorre o abuso da personalidade ou desvio de função quando, embora criada legitimamente, a pessoa jurídica é utilizada pelos sócios ou pelos administradores para finalidades outras, que não as devidas. Nessa modalidade de abuso da

³¹ STJ. REsp nº 715.231-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 09.02.2010.

personalidade jurídica, os atos também são praticados para benefício puro e simples dos sócios, dos associados ou dos administradores, como blindagem patrimonial pessoal, por exemplo.

Ao lado do abuso da personalidade jurídica, o Código Civil e a Lei 12.846 previram a confusão patrimonial, que se originou da teoria da concepção objetiva da desconsideração, elaborada por Fábio Konder Comparato, que assim leciona:

A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*. E compreende-se, facilmente, que assim seja, pois a pessoa jurídica nada mais é, afinal, do que uma técnica de separação patrimonial. Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem por que os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, dessarte, em uma regra puramente unilateral.³²

Quanto ao excesso de poder, ocorre quando os sócios deliberarem em sentido contrário à lei ou ao contrato social.

Na hipótese de a comissão processante, instaurada para apurar a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, constatar suposta ocorrência de uma das situações previstas no artigo 14 da Lei Federal 12.846, deverá dar ciência à pessoa jurídica e citar os administradores e os sócios com poderes de administração, informando-os sobre a possibilidade de a eles serem estendidos os efeitos das sanções que porventura venham a ser aplicadas àquela, a fim de que exerçam o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Ainda, deverá ser prevista a possibilidade de apresentação de defesa escrita e alegações finais pelos sócios/administradores, a fim de que se manifestem acerca da desconsideração e do redirecionamento da responsabilidade.

No mesmo sentido, os sócios/administradores deverão ter a oportunidade de interpor recurso da decisão que declarar a desconsideração da personalidade jurídica.

Acordo de leniência

O sistema brasileiro já conhece mecanismos de leniência. A Lei 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência, ou Lei Antitruste) contempla, no art. 86, a figura do acordo de leniência, regulamentado pela Resolução

³² COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 333.

46/2007 do Cade.³³

A Lei 12.846/13 também prevê a possibilidade de firmar acordo de leniência, permitindo ao infrator denunciar a prática às autoridades fiscalizadoras e cooperar com as investigações, de maneira a receber, por isso, redução das penalidades aplicáveis.

Seguramente sua aplicação deve ser fraca, pois alcança apenas as pes-

³³ “REQUISITOS

Nos termos da Lei de Defesa da Concorrência, os seguintes requisitos devem ser observados para habilitação ao Programa de Leniência:

- i. o proponente (empresa ou pessoa física) deve ser o primeiro a se apresentar à SDE e a confessar sua participação na prática denunciada;
- ii. o proponente deve cessar seu envolvimento na prática denunciada;
- iii. o proponente não pode ter estado à frente da prática denunciada;
- iv. o proponente deve concordar em cooperar plenamente com a investigação;
- v. a cooperação deve resultar na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas que demonstrem a prática denunciada;
- vi. no momento da propositura do acordo, a SDE não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação do proponente.

BENEFÍCIOS

O Programa de Leniência concede imunidade administrativa total ou parcial para as empresas e pessoas físicas, dependendo de a SDE ter conhecimento prévio da conduta ilegal em questão. Se a SDE não tinha conhecimento prévio sobre a existência do cartel, o beneficiário pode ter direito à imunidade total. Se uma empresa se habilita para leniência segundo o item 2.1, todos os funcionários da empresa que admitirem seu envolvimento no cartel receberão o benefício da leniência da mesma forma que a empresa, desde que assinem o mesmo acordo de leniência juntamente com a empresa e concordem em colaborar com a SDE de forma plena durante as investigações.

Qualquer pessoa física que participe de prática de cartel pode se beneficiar do Programa de Leniência. As condições, os procedimentos e os benefícios são os mesmos que aqueles aplicáveis para os funcionários da empresa (imunidade criminal e possibilidade de imunidade administrativa). Isso é particularmente interessante para aquelas pessoas físicas que queiram se candidatar ao Programa de Leniência apesar de a sua empresa não estar disposta a tanto. Se a SDE estava previamente ciente sobre o cartel, a penalidade aplicável pode ser reduzida de um a dois terços, dependendo da efetividade da cooperação e da boa-fé da parte no cumprimento do Acordo de Leniência. No Acordo de Leniência, a SDE declara se tinha conhecimento prévio da conduta, de modo a dar maior previsibilidade à parte quanto aos benefícios esperados com o acordo. O Acordo de Leniência protege os dirigentes e administradores da empresa beneficiária tanto na esfera administrativa quanto na criminal se essas pessoas físicas assinarem o Acordo de Leniência em conjunto com a empresa e cumprirem os requisitos dispostos em lei. De acordo com a Lei de Defesa da Concorrência, a celebração do Acordo de Leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia criminal contra tais pessoas físicas. Ao julgar o caso, se o Cade verificar que o Acordo de Leniência foi cumprido por mencionadas pessoas físicas, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes previstos na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/90). Ainda que não seja requisito previsto na Lei nº 8.884/94, havendo anuência da parte, a SDE convida o Ministério Público Federal ou Estadual para atuar como interveniente/anuente do acordo. É importante destacar que nenhum beneficiário de Acordo de Leniência enfrentou processo criminal, o que tem garantido o sucesso do programa.” (Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. **Programa de Leniência**. Fevereiro de 2008)

soas jurídicas na esfera administrativa, sem qualquer efeito de extinção da punibilidade.

Requisitos:

- a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre o seu interesse em colaborar;
- cessão do seu envolvimento na infração;
- colaboração efetiva com a investigação;
- admissão da prática do ato ilícito.

Benefícios:

- redução em até 2/3 da multa;
- isenção da publicação obrigatória;
- afastamento da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos;
- não aplicação da declaração de idoneidade.

Curioso é que a Lei 12.529/11 (Lei Antitruste) contempla outra espécie de acordo de leniência, pois, nesse caso, há a possibilidade de extinção da punibilidade.

O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar o acordo de leniência, com extinção da ação punitiva da Administração Pública ou redução da penalidade aplicável, em relação a pessoas físicas ou jurídicas autoras de infração à ordem econômica, caso haja colaboração efetiva destas, resultando na identificação dos demais envolvidos e na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração sob investigação.

O acordo previsto na Lei Antitruste será celebrado com os requisitos de a empresa ser a primeira a se qualificar relativamente à infração noticiada ou sob investigação, cessar completamente o seu envolvimento na referida infração, confessar a sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações, até seu encerramento, e de a Superintendência-Geral não dispor de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou da pessoa física.

Já no mercado de capitais,

[...] verifica-se que o termo de compromisso pode ser celebrado em qualquer fase do procedimento no âmbito da CVM. Nada obstante, e visando a imprimir as máximas efetividade e celeridade ao procedimento para a aplicação da regra legal em tela, a CVM, por meio da

Deliberação CVM nº 390/2001, estabeleceu que o interessado deve manifestar a sua intenção de celebrar termo de compromisso no máximo até o término do prazo para a apresentação da sua defesa, e sem prejuízo do ônus de apresentação desta, sendo certo, ademais, que a proposta completa de termo de compromisso deve ser entregue, no máximo, até 30 (trinta) dias após a apresentação de defesa. Sem prejuízo da regra geral enunciada e considerando a amplitude de possibilidades que foi conferida pela lei, a Deliberação CVM nº 390/2001 admite a apresentação de proposta de celebração de termos de compromisso ainda na fase de investigação preliminar. [...] Com efeito, para que seja jurídica e legalmente viável a celebração do compromisso, faz-se mister que o investigado ou acusado se obrigue a (i) cessar a prática das atividades ou atos considerados ilícitos e (ii) corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos. [...] Hodiernamente, está sedimentado na CVM o jurídico entendimento segundo o qual “as prestações em termos de compromisso não destinadas ao reembolso dos prejuízos devem consistir em pagamento de valor suficiente para desestimular a prática de infrações semelhantes pelos indicados e por terceiros que estejam em posição similar à dos indicados”. Ainda quanto ao requisito previsto no inciso II do § 5º do art. 11 da Lei nº 6.385/76, vale mencionar que a Deliberação CVM nº 390/2001 estabelece a possibilidade de notificação de investidores potencialmente lesados, para que forneçam mais informações a respeito do valor dos prejuízos em tese sofridos (art. 10), inclusive por meio da publicação de editais, às expensas do interessado no termo de compromisso, no caso de investidores prejudicados em número indeterminado e de identidade desconhecida (art. 11). Para a celebração do termo de compromisso, o Colegiado da CVM considera, inclusive por força do art. 9º da Deliberação CVM nº 390/2001, “a oportunidade e a conveniência na celebração de compromisso, a natureza e a gravidade das infrações objeto do processo, os antecedentes dos acusados e a efetiva possibilidade de punição, no caso concreto”.³⁴

Em relação às repercussões nas esferas administrativa, civil e criminal:

[...] se entende ser juridicamente viável o aproveitamento de um termo de compromisso celebrado com a CVM em outras esferas, não só administrativas, como também cíveis e criminais. Note-se, por oportuno, que não se está a afirmar que a solução consensual de um litígio administrativo perante a CVM deva, necessariamente, obstar a eventual atuação de outros órgãos ou entidades públicos em relação

³⁴ SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; MEDINA OSÓRIO, Fábio; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. **Mercado de capitais: regime sancionador**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 251-255.

ao mesmo fato. O que se pretende, na verdade, é reconhecer que o cidadão tem o legítimo direito de esperar que o Estado, embora atuando por meio de órgãos distintos, faça-o de maneira razoável e proporcional, comunicando-se entre si, entabulando estratégias conjuntas para chegar a um acordo e um resultado o mais comum possível.³⁵

A delação premiada, por seu turno, pode ser aplicada nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra a ordem tributária e econômica, em casos de crime organizado, dentre outras previsões legais.³⁶ O instituto ganhou certa visibilidade com a Ação Penal 470, na qual os dois réus acusados de crimes de lavagem de dinheiro contra a Administração Pública receberam perdão judicial por colaborar com as investigações.

O que se percebe é que, embora haja semelhanças entre o acordo de leniência e a delação premiada, os institutos não se confundem, pois, enquanto a delação premiada é, em regra, apenas redutora da penalidade, o acordo de leniência oportuniza, ainda, a extinção da ação punitiva administrativa e da punibilidade no âmbito penal. Dessa forma, o acordo de leniência previsto na Lei 12.846/13 pode ser considerado como instituto atípico dentre os demais acordos de leniência até hoje existentes, já que o referido diploma legal não prevê, como consequência para os acordos por ele regulados, a possibilidade de extinção da punibilidade dos infratores.

Considerações finais

A Lei 12.846/13 não pode ser interpretada de forma literal, pois esta seria uma maneira pobre de se aplicar instrumento republicano tão importante e proveitoso ao aperfeiçoamento das instituições brasileiras. Seu campo de alcance, conquanto largo, não pode ser desprovido de limites, de modo a desmoralizar sua própria incidência, gerando uma hipertrofia do Poder Executivo sobre os demais poderes e instituições, inclusive em detrimen-

³⁵ SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; MEDINA OSÓRIO, Fábio; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. **Mercado de capitais**: regime sancionador. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 259.

³⁶ O instituto da delação premiada tem previsão legal nos seguintes diplomas: Código Penal (arts. 159, § 4º, e 288, parágrafo único), Lei do Crime Organizado – 9.034/05 (art. 6º), Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – 7.492/86 (art. 25, § 2º), Lei dos Crimes de Lavagem de Capitais – 9.613/88 (art. 1º, § 5º), Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica – 8.137/90 (art. 16, parágrafo único), Lei dos Crimes Hediondos – 8.072/90 (art. 8º, parágrafo único), Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas – 9.807/99 (art. 14), Nova Lei de Drogas – 11.343/06 (art. 41), Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – 12.529/2011 (art. 86). Merece destaque a Lei dos Crimes de Lavagem de Capitais, pela qual o instituto foi aplicado na AP 470, assim como as leis dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, contra a ordem tributária e econômica e contra a concorrência.

to da separação de poderes e autonomias de instituições essenciais ao bom funcionamento da Justiça.

Resulta evidente que tampouco parece ser o intuito do legislador simplesmente aniquilar as microempresas, as quais se encontram reguladas na Lei Complementar 123/06, cujo conceito está no seu artigo 3º, sendo:

[...] a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I – no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais);

Os custos inerentes à implantação de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo às denúncias, conforme dispõe o art. 7º, VIII, da Lei 12.846/13, não são triviais e devem ser calculados na perspectiva da obrigatoriedade de sua implantação, o que não se pode exigir de microempresas.

Os partidos políticos não estão obrigados a adotar mecanismos de *compliance*, mas sim a observar a legislação eleitoral em seu regular funcionamento, nos termos da Lei 4.737/65.

Nesse cenário, observe-se que, para além de tudo isso, não será qualquer ilegalidade, em meio às relações entabuladas por empresas e setor público, que ensejará a incidência da Lei 12.846/13, visto que será necessária a ocorrência de ato atentatório aos princípios da Administração Pública, o que requer a presença de pressupostos de um ato de improbidade administrativa.

O Brasil resulta inserido no contexto internacional, uma vez que a nova lei atende ao clamor emanado da comunidade internacional, especialmente depois do *Foreign Corrupt Practice Act*, da *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, organizada pela OCDE, das leis da União Europeia, do *UK Bribery Act* e da *Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Publicas* – México, dentro de muitas outras normativas legais espalhadas pelo mundo sobre o tema.

Referências bibliográficas

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 333.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de derecho administrativo**. 4. ed. Madrid: Civitas, 1993.

INTERNATIONAL COMPLIANCE ASSOCIATION. **What is compliance?** Disponível em: <<http://www.int-comp.org/faqs-compliance-regulatory-environment>>. Acesso em: 23 maio 2014.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html>. Acesso em: 28 maio 2014.

_____. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direitos imanescentes ao devido processo legal sancionador na Constituição de 1988**. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (org.). **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 149-166.

_____. **Lei Anticorrupção dá margem a conceitos perigosos**. 20 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorrupcao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>>.

_____. O princípio da culpabilidade e a improbidade administrativa na Lei 8.429/92. In: FREITAS, Cristiano Chaves de et al. **Estudos sobre improbidade administrativa: em homenagem ao professor J.J. Calmon de Passos**. São Paulo: Juspodivm, 2012.

_____. **Teoria da improbidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; MEDINA OSÓRIO, Fábio; WELLISCH, Julia Sotto Mayor. **Mercado de capitais: regime sancionador**. São Paulo: Saraiva, 2012.