



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

ARTUR CARDOSO CARVALHO SANTANA

**ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: AS EMPRESAS ESTATAIS EM FACE DA
LEI ANTICORRUPÇÃO**

BRASÍLIA

2015

ARTUR CARDOSO CARVALHO SANTANA

**ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: AS EMPRESAS ESTATAIS
EM FACE DA LEI ANTICORRUPÇÃO**

Monografia apresentada como requisito à
obtenção do grau de bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB

Orientador: Prof. Doutor Tarcísio Vieira
de Carvalho Neto

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

ARTUR CARDOSO CARVALHO SANTANA

**ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: AS EMPRESAS ESTATAIS EM FACE DA
LEI ANTICORRUPÇÃO**

Monografia apresentada como requisito à obtenção do grau de bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca
examinadora composta pelos seguintes professores:

Professor Doutor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
Orientador

Professor Doutor Lucas Rocha Furtado
Membro da banca

Professor Doutor Paulo Burnier da Silveira
Membro da banca

*À minha família, pelo apoio e carinho
incondicional.*

À Luciana, meu grande amor.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, em primeiro lugar, aos meus pais, João José de Santana e Rita de Cássia, pelos sacrifícios feitos para que eu pudesse chegar onde cheguei.

Agradeço à Luciana Correia, minha pequena de coração grande, que, apesar dos meus muitos defeitos, nunca deixou de estar ao meu lado.

Agradeço aos meus amigos de faculdade, companheiros para uma vida toda, que demonstram, a cada momento, o valor imenso da amizade.

Agradeço ao meu orientador, Professor Tarcísio Vieira, exemplo de pessoa e guia indispensável nos caminhos do Direito Administrativo.

Agradeço a Jorge Galvão, por ter se mostrado um grande amigo e mentor, bem como por ter acreditado em mim.

Por fim, agradeço à Universidade de Brasília, casa de Darcy Ribeiro e minha *alma mater*, bem como aos professores da Faculdade de Direito, que despertaram em mim o gosto pelo Direito Público.

Não és bom, nem és mau: és triste e humano...

Vives ansiando, em maldições e preces,
Como se, a arder, no coração tivesses
O tumulto e o clamor de um largo oceano.

Pobre, no bem como no mal, padeces;
E, rolando num vórtice vesano,
Oscilas entre a crença e o desengano,
Entre esperanças e desinteresses.

Capaz de horrores e de ações sublimes,
Não ficas das virtudes satisfeito,
Nem te arrependes, infeliz, dos crimes:

E, no perpétuo ideal que te devora,
Residem juntamente no teu peito
Um demônio que ruga e um deus que chora.

Olavo Bilac

ABREVIATURAS

ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

PL – Projeto de Lei

STF – Supremo Tribunal Federal

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

UNCAC – United Nations Convention Against Corruption

RESUMO

O presente trabalho apresenta como escopo a análise da novel Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, também conhecida como Lei Anticorrupção, e sua aplicabilidade no âmbito das sociedades de economia mista e empresas públicas. Em síntese, trata tal diploma legislativo da responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Como consequência normativa à prática de corrupção por pessoas jurídicas, estabelece a lei uma série de sanções de cunho administrativo e civil, que, em tese, poderiam ser impostas aos entes empresariais criados pelo Estado. Nessa toada, apresenta-se um aparente conflito entre o interesse público por trás da criação de empresas estatais e o bem jurídico tutelado pela Lei Anticorrupção, ou seja, a integridade da própria Administração. Ao fim do trabalho, demonstra-se que a imposição de sanções às entidades empresariais da Administração Indireta resultaria em um inaceitável sacrifício do interesse público envolvidos na questão.

Palavras-chave: Corrupção; Lei Anticorrupção; Administração Pública; Sanção Administrativa; Empresas Estatais; Ordem Econômica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I – A CORRUPÇÃO ENQUANTO SINTOMA SOCIAL.....	14
1.1 – O conceito de Corrupção.....	14
1.2 – O controle da Administração Pública.....	17
1.3 – Causas, efeitos e medidas de combate à corrupção.....	22
CAPÍTULO II – LEI ANTICORRUPÇÃO: ASPECTOS GERAIS.....	29
2.1 – O surgimento da Lei Anticorrupção.....	29
2.2 – As inovações no ordenamento jurídico.....	30
2.2.1 – A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica.....	30
2.2.2 – O acordo de leniência.....	34
2.2.3 – O <i>compliance</i>	37
2.3 – A natureza jurídica das sanções da Lei Anticorrupção e o Direito Administrativo Sancionador.....	40
2.4 – A sanção administrativa.....	48
CAPÍTULO III – AS EMPRESAS ESTATAIS NO ÂMBITO DA LEI N.º 12.846/2013.....	52
3.1 – O caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista.....	52
3.2 – Evolução histórica do Direito Econômico.....	53
3.3 – A ordem econômica no Estado brasileiro.....	57
3.4 – O regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista no ordenamento brasileiro.....	61
3.5 – As empresas estatais na Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013.....	67
3.5.1 – As empresas estatais enquanto sujeitos-ativos da Lei Anticorrupção.....	68
3.5.1.1 – O princípio da livre concorrência.....	69
3.5.1.2 – O princípio da “intranscendência” da pena e o princípio da supremacia do interesse público.....	71
3.5.1.3 – A responsabilidade das pessoas naturais e dos coautores como fator a justificar a inaplicabilidade das sanções da Lei Anticorrupção.....	75

3.5.1.4 – O <i>compliance</i> nas empresas estatais.....	76
3.5.2 – A sujeição passiva das empresas estatais às disposições da Lei Anticorrupção.....	78
3.5.2.1 – A dicotomia público x privado.....	78
3.5.2.2 – A igualdade de condições entre empresas estatais e empresas privadas.....	81
3.6 – Uma hipótese peculiar: as empresas público-privadas.....	82
CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	88
ANEXO I – Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013.....	93

INTRODUÇÃO

A corrupção, em especial no Brasil, sempre se apresentou como um dos grandes entraves ao desenvolvimento nacional, principalmente no que diz respeito à promoção da imensa quantidade de direitos garantidos constitucionalmente ao cidadão. Nessa toada, podemos citar, sem grandes esforços, vários reflexos negativos em tais direitos, como, por exemplo: desvios em verbas destinadas à construção de escolas e hospitais, assim como o desperdício de recursos resultante do superfaturamento existente em muitas das obras públicas ao redor do país.

Com a queda do regime militar e a consequente promulgação da Constituição Federal de 1988, instalou-se em solo pátrio um ordenamento jurídico nitidamente pautado nos valores de limitação dos poderes estatais. Não que esse ideal limitador tenha surgido com a atual Constituição, mas é importante ter em mente que durante os regimes não democráticos, que por tanto tempo assolaram o povo brasileiro, a instituição de limites ao poder era muitas vezes meramente simbólica, carecendo, pois, de qualquer concretização nas relações entre Estado e indivíduo/sociedade.

Atualmente, em grande medida devido ao forte apelo midiático do tema, grande parte das atenções parece ter se voltado ao problema da corrupção. A descoberta de esquemas corruptivos gigantescos envolvendo diversos entes estatais, desde sociedades de economia mista como a PETROBRÁS S/A até o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aguçaram a percepção popular relativa a tal questão.

No plano internacional, diversas foram as medidas adotadas com o propósito específico de erradicar a corrupção. Nesse sentido, tem-se a Convenção da OCDE sobre o Combate à corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, também denominada de Convenção de Mérida.

É nesse cenário, marcado pelo clamor popular e voltado à satisfação das expectativas sociais, que se insere a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa. Surge a lei em questão, de forma até bastante explícita, como uma resposta do legislador frente aos grandes protestos ocorridos nos idos de 2013, especificamente nos meses de junho e julho.

Até a promulgação do mencionado diploma normativo não existia qualquer tratamento legal específico acerca da prática de atos lesivos à Administração por parte de pessoas jurídicas. Percebia-se, portanto, um regramento esparso disposto em diversas leis diferentes, como a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei n.º 8.666/1993, e que não era capaz de abordar o problema de forma tão eficaz quanto nova lei, principalmente em função da responsabilização objetiva.

Tendo em conta o caráter inovador da Lei Anticorrupção, diversos questionamentos teóricos surgiram em relação a seus dispositivos, desde a constitucionalidade da responsabilidade objetiva no âmbito sancionador até a possibilidade de se impor penalidades aos entes do Estado.

CAPÍTULO I – A CORRUPÇÃO ENQUANTO SINTOMA SOCIAL

1.1 – O CONCEITO DE CORRUPÇÃO

O problema inicial de qualquer estudo acerca da corrupção diz respeito à definição de tal conceito. Não nos restringiremos aqui a abordar a temática da corrupção sob a ótica limitada do direito penal, considerada no sentido de restrita pelas exigências da tipicidade.

Interpretando a legislação penal de forma literal, é possível incorrer no erro de resumir o fenômeno da corrupção aos tipos penais dispostos nos arts. 317 e 333 do Código Penal. Teríamos, pois, o crime de corrupção passiva, tipificado como a conduta de solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, em razão da função pública do agente, vantagem indevida, ou aceitar promessa de vantagem. Verificando-se, por outro lado, o crime de corrupção ativa, definido como o ato de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determina-lo a praticar ou emitir ato de ofício.

Não obstante o legislador ter escolhido denominar apenas dois tipos penais com a expressão “corrupção”, entendemos que o mais correto seria trabalhar com um conceito mais amplo do fenômeno, abrangendo, pois, uma variedade de condutas lesivas à coletividade. Nesse passo, o Código Penal nos fornece uma miríade de condutas tipificadas que podem integrar o conceito objeto deste tópico, como, por exemplo, os crimes de: peculato¹, emprego irregular de verbas ou rendas públicas², concussão³, facilitação de contrabando ou descaminho⁴, prevaricação⁵, advocacia administrativa⁶, usurpação de função pública⁷ e tráfico de influência⁸.

¹ Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: (...)

² Art. 315 - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: (...)

³ Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

⁴ Art. 318 - Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (...)

⁵ 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: (...)

⁶ Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário: (...)

⁷ Art. 328 - Usurpar o exercício de função pública: (...)

⁸ Art. 332 - Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função: (...) Parágrafo único - A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.

Todos esses crimes mencionados acima possuem um traço em comum, que, aliás, é a razão destes se agruparem no Título XI do Código Penal, seção a qual aborda especificamente os crimes praticados contra a Administração Pública. Tal traço em comum consiste, especificamente, na existência de uma conduta atentatória ao interesse público, não se resumindo este ao mero interesse pecuniário da Administração enquanto instituição.

A nosso ver, a configuração de qualquer ato de corrupção pressupõe a existência de vantagens particulares em detrimento do interesse público, sejam estas gozadas pelo agente público no exercício de sua função ou por ente privado alheio à Administração. É o caso, por exemplo, das fraudes em licitações nas quais o custo da contratação pública é aumentado em virtude do superfaturamento resultante de conluio entre o administrador e o ente privado participante do certame.

Grosso modo, pode-se afirmar que a principal característica da corrupção é o *“uso indevido do poder público para benefício particular ou político”* (ROSE-ACKERMAN, 2005). Dois são, portanto, os grandes fatores que permitem identificar o fenômeno da corrupção. Enquanto por um lado temos o uso indevido das potestades públicas, nota-se no outro polo da questão a produção de ganhos particulares, sejam estes pecuniários ou políticos.

Logo, a corrupção surge como um reflexo da falha da sociedade em mediar a relação entre riqueza privada e poder público (ROSE-ACKERMAN, 2005). Nesse cenário, tratar a corrupção apenas como um problema ético resultante dos desvios de conduta de determinados indivíduos não é o caminho mais adequado à compreensão do fenômeno, tampouco é o método mais eficaz para a elaboração de estratégias de combate a tais desvios. O tratamento estatal dispensado à relação entre riqueza privada e poder público não deve se restringir ao caráter pessoal e ético da questão, como, por exemplo, a fixação do senso comum para com o enrijecimento da legislação penal e a punição individual dos responsáveis por atos de corrupção.

Essa relação entre riqueza privada e poder público, frise-se, não se apresenta de maneira unívoca no meio social. Aliás, a busca por soluções ao problema da corrupção exige a compreensão de que esta se manifesta sob diversas roupagens, ou seja, deve-se ter em mente que a proposição de soluções eficazes pressupõe um conhecimento aprofundado acerca do fenômeno que se pretende combater.

Tendo isso em conta, o elo entre riqueza privada e poder público deve ser abordado em duas grandes frentes. Em primeiro lugar, a corrupção se apresenta como uma questão essencialmente administrativa, vinculada ao exercício da função administrativa do Estado, seja esta exercida pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário. Exemplos de tal vertente, que aqui denominaremos de corrupção administrativa, são o superfaturamento em obras públicas, o patrocínio de interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se o agente de sua posição nos quadros públicos, bem como o conluio visando simular um ambiente concorrencial em licitações estatais. O segundo ângulo da corrupção está relacionado ao exercício do poder político propriamente dito, noutros termos, é o que podemos denominar de corrupção política. Essa faceta, nos mesmos moldes do que ocorre na corrupção administrativa, pode se manifestar em mais de um Poder da República, no caso, especificamente, no Legislativo e no Executivo. Vincula-se tal espécie, conseqüentemente, à noção de agente político, não somente naquilo que atine à atuação de tais agentes, mas também no que tange ao processo que permite o acesso à posição em questão, as eleições, para ser mais preciso.

Sobre os agentes políticos, Celso Antônio Bandeira de Mello nos fornece a seguinte definição:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores (MELLO, 2012, p. 251-252)

Nesse passo, poderiam se enquadrar como hipóteses de corrupção política o financiamento irregular de campanhas eleitorais, bem como a compra de votos de congressistas visando a aprovação de legislação favorável aos interesses do corruptor.

A predominância das facetas administrativa e política não impede, todavia, a eclosão de um terceiro tipo de corrupção, a corrupção jurisdicional. Essa terceira forma de atuação corruptiva relaciona-se, pois, com o exercício das funções jurisdicionais típicas do Estado. Tem-se como consequência o desvirtuamento da própria razão de ser

do Poder Judiciário, função jurisdicional a qual pode ser definida como “*a função estatal de aplicar as normas da ordem jurídica em relação a uma pretensão*” (MARQUES, 2000, p. 41) de forma imparcial.

Constata-se, portanto, que o fenômeno da corrupção se espalha por todas as funções estatais e nos três planos da federação. A análise do problema deve partir não de um ponto de vista meramente formal e orgânico do poder estatal, que fecha os olhos à diversidade de funções exercidas por cada Poder da República. Noutras palavras, o mais correto seria analisar a corrupção sob uma ótica funcionalista objetiva, vinculada à separação funcional da atividade estatal, e não sob uma perspectiva orgânica e subjetiva, centrada em cada um dos três poderes separadamente.⁹

Por fim, é importante ressaltar que, embora intrinsecamente relacionados, corrupção e desvio de poder não se confundem. Tradicionalmente, o desvio de poder é caracterizado pela atuação administrativa com finalidade alheia às disposições do ordenamento jurídico. Não há, necessariamente, a obtenção de benefício particular do agente público que atua com desvio de poder. Noutras palavras, “*no desvio de poder, é possível que o agente que abusa de sua posição não busque nenhuma vantagem ou benefício em razão da posição que ocupa*” (FURTADO, 2015, p. 28).

O presente trabalho abordará a corrupção sob sua faceta eminentemente pública, marcada pelos desvios de interesses coletivos. Dessa maneira, não se está aqui a ignorar a existência da corrupção entre privados, que, por sua vez, também é capaz de causar danos severos à coletividade. Há, pois, um mero recorte metodológico a fim de demarcar com certa precisão o objeto deste trabalho.

1.2 – O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Historicamente, a instituição de mecanismos de controle ao exercício do poder político afigura-se como um dos principais fatores na democratização de diversas

⁹ Essa diferenciação entre organicismo subjetivo e funcionalismo objetivo é importante na medida em que permite uma análise mais precisa acerca da separação das funções estatais. Nesse passo, enquanto para a vertente subjetiva tal separação assenta em bases orgânicas, olvidando o fato de que o exercício de determinada função estatal não se restringe ao âmbito de atuação de um Poder em específico; a perspectiva funcional-objetiva, por outro lado, adota o critério da preponderância no exercício de cada função. Noutras palavras, “*tanto Legislativo quanto Judiciário, como Executivo, exerceriam as três funções estatais de modo normal e típico aquela que lhes corresponde primacialmente – respectivamente, legislar, julgar e administrar – e em caráter menos comum (ou até mesmo em certas situações muito invulgares como ocorre no processo de impeachment), funções, em princípio, pertinentes a outros órgãos do Poder*” (MELLO, 2012, p. 34).

sociedades. O próprio surgimento do constitucionalismo, inclusive, é marcado pela busca por limitações ao poder estatal, sendo característico das primeiras constituições liberais a garantia de direitos de cunho negativo, ou seja, que criavam uma zona livre de qualquer interferência estatal.

Já no século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, introduziu, em seu art. 15, a ideia de controle sobre as atividades do Estado. Tal dispositivo estabelece que “*A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração*”. Por sua vez, Odete Medauar, ao citar Norberto Bobbio, considera que, na mesma medida em que o conceito de controle está associado à democracia, a incontrolabilidade dos atos estatais possui íntima ligação com o arbítrio (MEDAUAR, 2011, p. 398).

É inescapável tratar do controle da Administração Pública quando o assunto é corrupção, vez que ambos dizem respeito à adequação de condutas ao direito vigente, seja no âmbito da legalidade ou da eficiência. Por controle entendemos “*a possibilidade de verificação e correção de atos ou atividades*” (FURTADO, 2012, p. 885). Nesse passo, podemos separar os diversos tipos de controle em três grandes grupos, que levam em conta, especificamente: o objeto do controle, o momento de sua realização e o órgão que o exerce.

Quanto ao objeto do controle, três são as suas modalidades: o controle de mérito, o controle de legalidade e o controle da “boa administração”. É importante frisar, em primeiro lugar, que a legalidade deve ser compreendida como a adequação ao ordenamento jurídico como um todo, mormente no que diz respeito à observância dos princípios constitucionais que regem a Administração. Não se sustenta mais, portanto, o princípio da legalidade considerado apenas como a adequação à lei em sentido formal. O controle da legalidade do ato administrativo diz respeito à verificação de sua conformidade em relação ao ordenamento, podendo até incorrer no exame da discricionariedade administrativa.¹⁰

¹⁰ Tendo isso em vista, torna-se necessária a diferenciação entre discricionariedade e mérito. Enquanto o mérito é “*o juízo de conveniência e oportunidade de que se vale o administrador público para a escolha da solução mais adequada ao caso concreto*” (FURTADO, 2012, p. 888), a discricionariedade deve ser entendida como o campo de liberdade conferido por lei ao administrador para a tomada da solução mais adequada em face das exigências particulares de cada caso. Tem-se, pois, que o controle de legalidade atua somente no atine à delimitação dos limites da discricionariedade conferida ao administrador.

Ao passo em que o controle de mérito pode resultar na revogação do ato, o controle da legalidade, por sua vez, importa na anulação do ato administrativo. O resultado dessa divisão resulta no fato de que somente a Administração Pública pode revogar seus atos, exercendo, pois, o controle do mérito destes. Por outro lado, a verificação da legalidade de determinado ato pode ser exercida tanto pelo ente administrativo quanto pelo Poder Judiciário.¹¹

Em último lugar, o controle da “boa administração” (MEDAUAR, 2012, p. 44) diz respeito à avaliação da eficiência da Administração no desempenho de suas funções, bem como a adequação do modelo de gestão empreendido aos fins atribuídos ao Estado.

No que diz respeito ao momento de realização do controle, este pode ocorrer previamente, ou seja, antes do ato contrário ao ordenamento jurídico se concretizar; concomitantemente, sendo um exemplo a fiscalização exercida em execuções contratuais marcadas pela existência de várias etapas; e, por último, o controle subsequente, que, muitas vezes, detém uma nítida função repressiva, apesar de também poder se manifestar sob roupagem reparatória.

Quanto ao órgão responsável pelo controle, tem-se a clássica divisão entre controle externo e controle interno. Cabe ao controle interno, em especial, o controle da oportunidade e do mérito do ato administrativo, tendo em conta, principalmente, parâmetros de custo-benefício e eficiência (ZYMLER, 2012, p. 165)¹². Verifica-se, também, conforme o art. 74 da Constituição Federal, a possibilidade de controle interno sob o parâmetro da legalidade. Assim, funda-se o controle interno no poder de autotutela da Administração, possibilitado tanto pelo art. 53 da Lei n.º 9.784/1999 quanto pela

¹¹ Vale frisar, ademais, que a revogação de determinado ato administrativo gera efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da data da revogação. Em sentido contrário, a anulação do ato administrativo apresenta efeitos *ex tunc*, gerando, pois, reflexos retroativos.

¹² Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Súmula 473 do STF. Nos termos da mencionada súmula, pode a Administração “*anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade*”.

Verifica-se, por outro lado, a existência do controle externo, ou seja, aquele exercido por ente que não integra a mesma estrutura institucional do ente controlado. Em regra, o controle externo é exercido pelo Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, e pelo Poder Judiciário. O controle externo exercido pelo Poder Legislativo pode ser subdividido em duas vertentes. Por um lado, há o controle político direto exercido pelas casas ou comissões do Congresso Nacional, marcado pelo uso de instrumentos como: pedidos escritos de informação, convocações para comparecimento, comissões parlamentares de inquérito e a fiscalização direta disposta no inciso X do art. 49 da Constituição (ZYMLER, 2012, p. 166). Cite-se, ademais, o poder conferido ao Legislativo de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, nos termos do art. 49, V, da Constituição.

Em relação ao controle externo exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas, dividem-se as competências da Corte de Contas em parajudiciais e fiscalizadoras (ZYMLER, 2012, p. 169)¹³. A função parajudicial é exercida no bojo dos julgamentos

¹³ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos; bem como na apreciação da legalidade de atos de admissão de pessoas e de concessão de aposentadorias para fins de registro. Já a função fiscalizatória dos Tribunais de Contas transparece na realização de inspeções e auditorias operacionais e na determinação de providências necessárias ao cumprimento da lei, por exemplo.

Por fim, o controle judicial desponta como um dos mais importantes meios de controle administrativo, decorrendo diretamente do comando constitucional estampado no inciso XXXV do art. 5º, nos termos do qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Nessa toada, diversos são as ações que possibilitam o controle judicial da atividade administrativa, cite-se, dentre outras: o mandado de segurança, o *habeas data*, a ação civil pública e a ação popular.

Todavia, deve-se ressaltar que o controle judicial opera somente na avaliação da legalidade do ato, parâmetro este que se assenta, atualmente, em bases mais amplas que a mera legalidade em sentido formal (CARVALHO NETO, 2013), não podendo o órgão jurisdicional adentrar no mérito da atividade administrativa.¹⁴ A interferência judicial no mérito administrativo afigura-se, inclusive, como uma clara violação ao princípio da separação dos poderes, não cabe, pois, ao Judiciário substituir o administrador no exercício de opções fundadas no juízo de conveniência e oportunidade administrativa (FURTADO, 2012, p. 892).

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

¹⁴ A teor da legalidade contemporânea, marcada pela superação do formalismo, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto assevera que: “É possível afirmar, então, à luz da nossa realidade constitucional, que tanto a atuação quanto o necessário controle da eficiência dessa atuação não de ser feitos, necessariamente, com a verificação do cumprimento dos princípios derivados da opção constitucional pelo Estado Democrático de Direito. O administrador deve executar as políticas governamentais determinadas em lei sem arranhar os princípios que regulam a sua atividade e que se encontram constitucionalmente consagrados a partir da adoção do Estado Democrático de Direito. E o Poder Judiciário, conseqüentemente, no exercício constitucionalmente assegurado de revisão de uma atividade administrativa cada vez mais calcada numa legalidade ampla, ideologizada, haverá de aquilatar se, diante dos princípios, o administrador se portou bem ou se, ao contrário, tem contas a prestar” (CARVALHO NETO, 2013).

Diante desse cenário jurídico, tendo em conta os objetivos do presente trabalho, faz-se necessário o seguinte questionamento: qual a posição da Lei Anticorrupção no sistema de controle da Administração Pública brasileiro? Muito embora a Lei n.º 12.846/2013 trate especificamente de práticas lesivas à Administração Pública, entendemos que suas normas condicionam unicamente a conduta de sujeitos alheios ao Estado. Noutras palavras, não há o controle da Administração Pública propriamente dito¹⁵, mas sim a tutela jurídica efetivada por meio de normas sancionadoras. Pode-se dizer, em suma, que o controle de condutas opera aqui na esfera das pessoas jurídicas que se relacionam com o Poder Público, notoriamente aquelas de caráter privado.

1.3 – CAUSAS, EFEITOS E MEDIDAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Como visto anteriormente, a mediação entre poder público e riqueza privada não deve focar exclusivamente na faceta ético-individual da questão, de forma que o combate à corrupção acabe por se atrofiar em um conjunto de medidas cujo principal objetivo é a punição. Muito pelo contrário, a punição dos envolvidos deve ser vista apenas como uma medida complementar da sistemática anticorrupção, ou seja, a análise crítica do problema deve ter como objeto principal o reconhecimento das falhas institucionais e a proposição de soluções para estes defeitos. Assim como acontece no âmbito da criminalidade em geral, a mera previsão de punições, ainda que estas sejam efetivamente executadas, não demonstra qualquer papel satisfatório na redução dos índices de ocorrência de ilícitos penais.

Essa estratégia falha, consistente na supervalorização da faceta ético-individual, além de não alcançar resultados práticos satisfatórios, acaba por contribuir para o agravamento da situação. Nesse passo, a punição seletiva de “crimes do colarinho branco”, com níveis altíssimos de exposição midiática, gera um efeito anestésico no ambiente social, reduzindo, pois, sob a aura simbólica de um efetivo combate às condutas ilícitas em questão, os impulsos sociais em prol de mudanças. Cria-se, assim, a falsa sensação de que a corrupção está sendo eficazmente combatida quando, de maneira extremamente pontual, um político é preso ou tem seu mandato cassado.

¹⁵ Para Odete Medauar, em acepção ampla, “o controle significa a verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete, do ponto de vista jurídico a decisão ou o agente” (MEDAUAR, 2012, p. 30).

Há, portanto, uma espécie de condensação, em um único ponto, de todos os aspectos que integram o problema da corrupção, desde a faceta ético-individual à fragilidade dos órgãos fiscalizadores. Fatores os mais variados, como uma Lei Geral de Licitações ultrapassada, a falta de cooperação entre os diversos órgãos públicos responsáveis pelo controle da Administração e a ausência de estudos estatísticos sérios sobre as fragilidades institucionais do Estado brasileiro, acabam sendo ofuscados diante de uma unificação dos temores sociais em um diagnóstico simplificador: a punição dos corruptos.

No fundo, as exigências sociais em torno da corrupção enfrentam os mesmos problemas que há muito assolam a área criminal em sua generalidade, ou seja, um constante apelo social em prol de leis mais rígidas que, ao mesmo tempo em que tem como certa uma única solução, olvida que políticas públicas alheias ao âmbito policial, principalmente políticas assistenciais e educacionais, oferecem maiores retornos à sociedade. Embora aborde especificamente o problema da violência, Cristian Dunker tece importantes considerações sobre esse fenômeno de unificação de diferentes fenômenos sob uma mesma roupagem:

A um só tempo, um tipo de violência torna-se excessivamente visível, e outro torna-se invisível. É assim, pela presença de um mesmo traço que adquire a função de unir uma série e mantê-la sob uma mesma significação, que a supervisibilidade de “a violência” mantém opaca outras formas de apresentação do conflito. (DUNKER, 2015, p. 49)

É justamente esse ofuscamento que empobrece o debate público essencial sobre a questão, principalmente quando se tem em conta a existência de um ambiente democrático. A supervisibilidade da punição enquanto solução para todos os males do país acaba por relegar a segundo plano outros fatores. Transparência na gestão dos recursos públicos e a criação de mecanismos mais eficientes de controle preventivo são remédios muito mais impactantes na solução do problema da corrupção.

Os mecanismos institucionalizados, ou formais, de controle não são as únicas ferramentas úteis ao enfrentamento do fenômeno aqui trabalhado. Existem outras formas de *accountability*/controle¹⁶, dentre elas o controle social, caracterizado por sua

¹⁶ Acerca do conceito de *accountability* e suas subdivisões, podemos citar a definição adotada por Fabrício Ricardo de Limas Tomio e Ilton Norberto Robl Filho: “Em uma definição preliminar, *accountability* significa a necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política,

informalidade e não institucionalização, no qual “*sociedade organizada e imprensa sancionam por meio de denúncia e exposição pública os agentes estatais eleitos ou não eleitos*” (TOMIO; FILHO, 2013).

Em suma, as origens da corrupção não encontram guarida na suposta amoralidade de determinados indivíduos. Ela é, antes de tudo, um problema de arquitetura institucional, estrutura na qual incentivos econômicos, bem como a ausência de transparência e a ineficácia dos instrumentos de controle, tornam atrativa a prática de condutas ilícitas.

Assim sendo, a conformação institucional de determinado país é capaz de apresentar resultados mais relevantes em comparação à mera punição. No caso da corrupção política, um sistema eleitoral bem desenhado é, seguramente, um dos meios mais eficazes na diminuição dos índices de corrupção. Nas democracias representativas, as eleições possuem duas funções primordiais: primeiro, servem para canalizar as preferências dos eleitores na escolha dos agentes políticos que irão comandar o Estado; em segundo lugar, o sufrágio permite ao cidadão exercer certo grau de controle sobre as condutas dos políticos, principalmente quando se tem em mente eleições futuras (KUNICOVÁ; ROSE-ACKERMAN, 2005).

Atualmente, a simples estruturação de uma democracia representativa parece não atender mais aos anseios coletivos, bem como ao incremento na complexidade das relações sociais. A promoção de uma democracia participativa, fundada na ampla transparência e na criação de mecanismos de participação popular no governo da coisa pública, apresenta-se como outro importante fator na luta contra a corrupção.

O voto, no entanto, não é o único instrumento capaz de influenciar as condutas insertas no âmbito da corrupção política. Nesse cenário, as normas regulamentadoras do financiamento das campanhas eleitorais são outro grande fator a influenciar a relação entre riqueza privada e função pública, principalmente na medida em que limitam a influência de interesses econômicos privados na esfera política. No Brasil, vale citar a

pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades. Na accountability vertical típica (eleitoral), por meio da eleição, os cidadãos sancionam os agentes estatais em virtude da avaliação de seus atos e pelos resultados promovidos por representantes e autoridades eleitas. Em uma variação desse tipo de accountability vertical (social), as organizações da sociedade e a imprensa sancionam (por meio de denúncias e exposição pública) agentes estatais eleitos ou não eleitos. Por sua vez, accountability horizontal (institucional) ocorre quando agentes estatais (individuais ou coletivos) podem requerer informações e justificações de outros agentes estatais, além de poder sancioná-los” (TOMIO; FILHO, 2013).

complexa discussão travada quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.650, ocasião na qual se declarou a inconstitucionalidade da doação de pessoas jurídicas a partidos políticos e campanhas eleitorais.¹⁷

Diversos fatores podem ser apontados como determinantes para a proliferação ou não da corrupção, podendo-se afirmar que parte destes é verificável em diversas localidades ao redor do mundo. Assim, estudos comparativos devem servir como possíveis guias na escolha das políticas de combate à corrupção a serem adotadas, devendo-se ter cuidado, contudo, com importações de estruturas institucionais de maneira acrítica. É importante ressaltar, portanto, que o diagnóstico de tais causas deve levar em conta as particularidades de cada país, ou seja, deve-se atentar ao caráter histórico e social de cada Estado.

Nesse passo, muitas são as referências às heranças institucionais resultantes da relação colônia-metrópole entre Brasil e Portugal. Precisamente, a herança lusitana consistiria na importação de uma estrutura estatal patrimonialista, carente de uma divisão nítida entre o Poder Público e interesses privados. O Estado patrimonialista, na doutrina de Raymundo Faoro, é aquele no qual a máquina estatal não se apresenta como agente da manutenção de uma ordem jurídica impessoal e universal que possibilite certa previsibilidade dos agentes sociais e econômicos. Muito pelo contrário, são marcas do patrimonialismo a forte atuação e intervenção estatais, mormente no campo econômico, em prol dos interesses particulares do grupo detentor do poder político (CAMPANTE, 2003).

Outra possível causa dos elevados níveis de corrupção existentes no Brasil consistiria no grau de burocratização do país, ou seja, a participação excessiva do Estado nos mais diversos aspectos da sociedade. Parte-se, portanto, de uma lógica para a qual a corrupção somente ocorrerá em face da presença estatal, logo, onde não há Estado não há de se falar em corrupção.

Assim sendo, em termos estritamente econômicos, o excesso de regulação do mercado, o alto poder discricionário dos agentes públicos e a má remuneração dos burocratas seriam convites à proliferação da corrupção. Sob uma ótica pautada na

¹⁷ Note-se, inclusive, que não há um consenso acerca da existência de efeitos positivos decorrentes da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse passo, alguns críticos sustentam que em face da proibição de doações por parte de pessoas jurídicas a tendência natural seria um aumento na utilização de financiamento clandestino e irregular, dificultando-se, pois, a fiscalização por parte do Poder Público.

correlação entre custos e benefícios de determinada atividade econômica, a criação de entraves burocráticos afigura-se como um fator relevante na multiplicação de práticas ilícitas. Grosso modo, tal fato ocorre justamente na medida em que o livre desenvolvimento dos negócios se vê sufocado por uma série de custos operacionais resultantes da forte presença estatal, forçando o particular à compra da “boa vontade” burocrática (RIBAS JUNIOR, 2014, p. 320). Conforme Salomão Ribas Júnior:

O alto poder discricionário de cada funcionário e do seu conjunto é apontado como um incentivo ao suborno. Associando-se a essa circunstância a má remuneração, temos um cenário propício ao recebimento de incentivos financeiros para a prática de atos de ofício. O mesmo pode ocorrer para que o burocrata deixe de praticar atos obrigatórios de sua função. Como vimos, a fórmula da corrupção envolve o monopólio, a falta de transparência e o alto poder discricionário (RIBAS JUNIOR, 2014, p. 321)

Susan Rose-Ackerman, ao analisar tal fenômeno a nível global, elenca uma série de medidas necessárias à redução de seus níveis, dentre as quais podemos citar: a promoção da participação, bem como da fiscalização popular e uma maior transparência governamental; a reforma na sistemática das contratações públicas; a melhora no ambiente negocial por meio da extinção de burocracia desnecessária; e, por fim, esforços globais envolvendo empresas multinacionais e organizações internacionais visando a recuperação de ativos (ROSE-ACKERMAN, 2005).

Muitos dos principais casos envolvendo desvios no exercício da função pública em prol de interesses particulares ocorrem no âmbito das contratações públicas. A incidência de desvios em tal seara é tão comum que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, publicou um estudo específico sobre integridade nas contratações públicas. No mencionado estudo, a OCDE elenca como principais fatores na moralização de tais contratos: o incremento da transparência nos procedimentos de contratação, a maior profissionalização dos agentes responsáveis pelo processo e, por fim, a instituição de instrumentos de controle eficazes cuja atuação se fundamente na existência de dados empíricos confiáveis (OECD, 2007).

No caso brasileiro, as irregularidades mais comuns nas licitações são: a fixação de especificações técnicas desnecessárias e contrárias ao ideal competitivo do certame; a existência de contratações emergenciais sem a configuração de qualquer situação

emergencial; o sobrepreço nas propostas apresentadas pelos licitantes; e, por fim, contratações públicas realizadas sem licitação em hipóteses nas quais a lei exige o procedimento licitatório (FURTADO, 2015, p. 189).¹⁸

Outro ângulo das contratações públicas diz respeito à execução contratual. Aflora aqui, claramente, a ausência de condições estruturais do Estado no acompanhamento da boa execução dos contratos firmados com particulares. Em suma, não obstante a existência de disposições legais acerca do dever estatal de fiscalizar seus atos negociais, o Poder Público não apresenta condições materiais adequadas à verificação de possíveis inadimplementos contratuais. Podemos citar, nesse sentido, modificações contratuais injustificadas e que ultrapassam os limites fixados pela lei; conluio entre a empresa contratada e os agentes responsáveis pela fiscalização do contrato; e a execução incompleta do contrato (FURTADO, 2015, p. 190), apenas para citar algumas ocorrências comuns no Brasil.

Em último lugar, verifica-se a ineficiência do controle repressivo na proteção ao patrimônio público. Tal modalidade de controle, em grande parte das vezes, atua muito tempo após a consecução dos danos, principalmente em face da possibilidade de apreciação judicial dos atos administrativos relacionados ao controle da Administração, bem como a clara morosidade do Poder Judiciário ao exercer seu papel de controlador externo. Exemplo notório dessa ineficácia repressiva são os casos do escândalo de corrupção envolvendo a construção do fórum trabalhista de São Paulo e o denominado caso do Mensalão, que, até o presente momento, não apresentam qualquer sinal de efetiva devolução da totalidade dos valores desviados. Em suma, o controle repressivo, em regra, não é capaz de reparar o dano causado à coletividade em sua totalidade.

Tendo isso em conta, percebe-se claramente que o combate à corrupção deve atuar com maior ênfase no aperfeiçoamento de determinadas práticas administrativas, como, por exemplo, a elaboração de editais e uma eficaz promoção do princípio da

¹⁸ Note-se, inclusive, que grande parte das contratações públicas atuais não se dá no regime jurídico estatuído pela Lei n.º 8.666/1993 em razão do surgimento de novos diplomas legislativos, como, por exemplo, a Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), a Lei de Concessões e a Lei de Parcerias Público-Privadas. No que diz respeito ao RDC, percebe-se a existência de diversos críticos que apontam a maior flexibilidade desse regime, em comparação com o sistema da Lei Geral de Licitações, como um fator facilitador na prática de condutas ilícitas. Por outro lado, existem aqueles que consideram tal regime extremamente benéfico ao interesse público, vez que este facilitaria os investimentos em infraestrutura, bem como limitaria as hipóteses de alterações dos contratos administrativos, o que evitaria aditivos contratuais ilícitos. Nesse sentido, ver: ROSILHO, André. **O Regime Diferenciado de Contratações/RDC e seu controle**. In.: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 143.

impessoalidade, bem como levar em conta a detecção de falhas institucionais e sua posterior reparação. Deve, portanto, o combate à corrupção se fundar no controle preventivo de danos aos interesses públicos, prevenção esta que deverá encontrar fundamento em três pilares básicos: a transparência na gestão da coisa pública, um melhor planejamento no exercício das funções estatais, e, por fim, o compartilhamento de informações entre os entes controladores (FURTADO, 2015, p. 417).

No âmbito internacional, a crescente preocupação mundial em torno da corrupção resultou na elaboração da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), também denominada Convenção de Mérida, assinada pelo Brasil em 09 de dezembro de 2003 e promulgada em solo pátrio pelo Decreto n.º 5.867, de 31 de janeiro de 2006. Em seu texto, percebe-se claramente a divisão do combate à corrupção em grandes grupos temáticos, sendo estes: medidas preventivas, criminalização e execução da lei (*law enforcement*), cooperação internacional, recuperação de ativos e assistência técnica, bem como a troca de informações (ONU, 2003).

Tem-se, pois, que umas das disposições da UNCAC, precisamente em seu art. 12¹⁹, é justamente a implementação de medidas preventivas junto ao setor privado. Dentre as diversas medidas elencadas pela Convenção, encontram-se a melhoria nos padrões contábeis e de auditoria no setor privado e, quando apropriada, a criação de penalidades de cunho civil, penal ou administrativo.

Assim, constata-se que a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, denominada comumente como Lei Anticorrupção, encaixa-se perfeitamente nas disposições da UNCAC acerca da implementação de medidas preventivas junto ao setor privado, principalmente no que diz respeito à vontade do legislador em incentivar a criação de mecanismos internos de controle em tal setor. A compatibilidade da novel Lei Anticorrupção em relação à mencionada convenção não pode ser tida como mera coincidência, tal diploma legislativo surgiu como um dos mais tangíveis reflexos do compromisso internacional assumido pelo Brasil em relação à corrupção.

¹⁹ Article 12. 1. Each State Party shall take measures, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to prevent corruption involving the private sector, enhance accounting and auditing standards in the private sector and, where appropriate, provide effective, proportionate and dissuasive civil, administrative or criminal penalties for failure to comply with such measures.

CAPÍTULO II – LEI ANTICORRUPÇÃO: ASPECTOS GERAIS

2.1 – O SURGIMENTO DA LEI ANTICORRUPÇÃO

A Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, teve origem no encaminhamento de projeto de lei do Poder Executivo ao Congresso Nacional. Em sede legislativa tal iniciativa resultou no Projeto de Lei n.º 6.826/2010.

Essa inovação legislativa, como dito anteriormente, é fruto de um compromisso internacional assumido pelo Brasil frente a diversos organismos internacionais, dentre eles a ONU, a OCDE e a OEA. Trata-se, pois, de uma manifestação concreta das diretrizes internacionais de combate à corrupção, precisamente naquilo que diz respeito à instituição de medidas preventivas junto ao setor privado. Sob outro ângulo, a aprovação do referido projeto de lei pode ser considerada uma resposta política às manifestações sociais ocorridas no ano de 2013, muitas das quais tinham como principal pauta o combate à corrupção, ou seja, um claro reflexo do controle social.

Conforme a exposição de motivos do PL n.º 6.826/2010, a Lei Anticorrupção surge com o escopo de suprir uma lacuna existente no sistema jurídico brasileiro. Anteriormente à entrada em vigor da lei em questão a sistemática de combate à corrupção no Brasil apresentava um ponto cego de extrema relevância, falha esta que se traduzia na ausência de mecanismos capazes de impor uma efetiva responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas em esquemas de corrupção.

Não há no Brasil um tratamento sistemático da matéria, saltando aos olhos a existência de vários diplomas legislativos esparsos que dizem respeito ao assunto. Podemos citar, por exemplo, a Lei n.º 8.666/1993, que institui normas para licitações e contratos; a Lei n.º 8.429/1992, também conhecida por Lei de Improbidade Administrativa; e, por fim, a Lei n.º 1.079/1950, cujas disposições definem os crimes de responsabilidade das mais altas autoridades da órbita federal. Importante frisar também a existência de outras leis que, embora não estabeleçam penalidades, possibilitam a anulação de atos lesivos ao patrimônio público, é o caso da Lei n.º 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, e da Lei n.º 4.717/1965, que disciplina a ação popular.

Não obstante a existência de disposições esparsas acerca da responsabilização de pessoas jurídicas, não existia um regramento claro e abrangente sobre tais hipóteses. Por exemplo, no caso da Lei n.º 8.666/1993 duas lacunas são patentes. Em primeiro lugar, pode-se mencionar o fato de que as condutas mais graves no

âmbito das contratações públicas na Lei Geral de Licitações recebem tratamento penal, ou seja, são definidas como crimes, não sendo, portanto, aplicáveis às pessoas jurídicas.

Por outro lado, uma segunda lacuna relevante diz respeito à eficácia das sanções impostas às pessoas jurídicas, logicamente aquelas que não possuem natureza penal. Nesse sentido, as sanções administrativas da lei em questão se resumem ao seguinte: aplicação de multa; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública; e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.²⁰

Outrossim, também é possível mencionar a Lei de Improbidade Administrativa enquanto diploma aplicável às condutas lesivas praticadas contra a Administração Pública. Contudo, a teor de tal lei, a exposição de motivos do PL n.º 6.826/2010 ressalta que a responsabilização da pessoa jurídica em seu bojo depende da comprovação do ato ímprobo praticado pelo agente público, bem como frisa que a aplicação das penalidades descritas na lei depende da existência de culpa nas condutas dos envolvidos, o que, por sua vez, dificultaria ainda mais a responsabilização das pessoas jurídicas.

Percebe-se, pois, que o principal intuito na aprovação da referida lei foi suprir uma carência da legislação brasileira no intuito de promover a moralização da Administração, precisamente no que diz respeito à penalização de pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção.

2.2 – AS INOVAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.2.1 – A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA

Possivelmente, a inovação jurídica mais controvertida no bojo da Lei n.º 12.846/2013, precisamente em seu art. 2º, é a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção contra a administração pública,

²⁰ No caso do RDC, as sanções administrativas aplicáveis são mais graves que as impostas pela Lei n.º 8.666/93, como, por exemplo, o impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco anos), conforme o art. 47 da Lei n.º 12.462/2011. Contudo, essa rigidez maior do Regime Diferenciado não foi capaz de suprir as lacunas legais apontadas pelo PL n.º 6.826/2010.

nacional ou estrangeira.²¹ Note-se, aliás, que tal responsabilização independe da responsabilização individual de seus dirigentes ou administradores, assim como de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

Em suma, a responsabilidade objetiva é aquela na qual os aspectos subjetivos da conduta – dolo e culpa – não são levados em conta para a sua configuração. Assim, para que determinado sujeito sofra as imposições legais resultantes de sua conduta contrária ao direito basta que se comprove o nexo de causalidade entre tal agir e o dano causado.

É preciso se atentar, no entanto, à importação acrítica de teorias tradicionalmente criadas no âmbito do direito civil, precisamente na seara da responsabilidade civil, ao campo da lei em comento. Muito embora seja possível a responsabilização civil por ato ilícito, no âmbito do direito sancionador, tanto na esfera administrativa quanto judicial, a responsabilização sempre terá como pressuposto a prática de um dos atos elencados no diploma legal, vez que um dos princípios norteadores da atividade punitiva do Estado é o da tipicidade.

Em linhas gerais, a responsabilização jurídica de caráter subjetivo sempre se afigurou como regra geral nos ordenamentos jurídicos ocidentais. Uma vez fundada na noção de culpa individual, a responsabilidade subjetiva se apresenta como o resultado de uma das transformações mais marcantes na Idade Moderna, qual seja a superação do absolutismo e o advento de uma ideologia liberal e individualista.

Historicamente, a sociedade ocidental passa por um fenômeno de desencantamento, ou seja, a desmistificação e o enfraquecimento das explicações metafísicas relativas aos acontecimentos terrenos. Já no século XX, perde força a ideia do acidente como algo decorrente do fator sobrenatural, um acontecimento fora da alçada humana. Passa-se a considerar o acidente como um ato, direto ou indireto, do homem. Juntamente com a racionalização da sociedade, opera-se a ascensão do indivíduo no ideário coletivo. É este mesmo individualismo que, ao dotar o ser humano de tamanha importância, atribui a este, de maneira cada vez mais abrangente, a autoria dos danos sofridos em coletividade. Percebe-se uma “secularização” da responsabilidade em respeito à um ideal de justiça e equilíbrio social, no qual seria injusto que a vítima de algum dano ficasse sem qualquer reparação (JOSSERAND, 1941).

²¹ Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Nesse passo, a responsabilidade civil passa a se fundar no mau uso das liberdades individuais, tendo responsabilidade e liberdade uma relação cada vez mais íntima, uma servindo de justificativa da outra (SCHREIBER, 2013, p. 12).

Dessa maneira, pode-se afirmar, em poucas palavras, que a teoria tradicional da responsabilidade repousava sob a noção de culpa. Devia-se provar a culpa do ofensor para que sua responsabilidade restasse configurada. Incumbia, pois, ao autor o ônus da prova, o qual deveria recair sobre a existência do dano, a existência de um delito, e por fim, que o dano resultou do dito delito.

Contudo, a fundamentação unicamente subjetiva da responsabilidade civil começou a encontrar fortes entraves na diversificação e na complexificação das relações sociais. A teoria tradicional erguia-se em bases muito estreitas, o ônus probatório dificultava enormemente a busca pela reparação, principalmente em face da evolução social. O papel central da culpa, bem como o ônus da prova, acabava por resultar, muitas vezes, no não ressarcimento da vítima.

A reação ao antigo paradigma deu-se em três frentes. Primeiramente, na tentativa de superar as fraquezas da teoria tradicional, passou-se a admitir muito facilmente a configuração da culpa. Outra forma de superação do passado foi a criação de presunções de culpa, as quais tinham como fundamento o texto legal. Por fim, há uma substituição da noção de culpa pela ideia de risco, noutras palavras, ocorre a instauração da responsabilização objetiva, a qual tem como parâmetro central o nexo de causalidade, não mais a culpa. Facilitava-se assim a posição da vítima em relação à questão probatória. (JOSSERAND, 1941).

Percebe-se, assim, que a substituição da responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva é um fenômeno de grande importância na satisfação das expectativas relacionadas à estabilidade social, mormente naquilo que atine à redução dos riscos de se viver em coletividade. O fundamento da responsabilização passa a ser o risco, não mais a culpa. Noutras palavras, quem cria o risco deve ser responsabilizado por eventuais danos, independentemente da existência de qualquer conduta culposa. Nestas hipóteses, o nexo causal passa a exercer o papel de filtro das demandas de reparação, excluindo qualquer perquirição acerca da culpa de quem causou o dano.

Contemporaneamente, no entanto, o domínio do fator risco na sustentação da teoria da responsabilidade objetiva parece ter enfraquecido. Percebe-se, em diversas

hipóteses, o deslocamento da responsabilidade baseada na causa, qual seja uma conduta negligente ou uma conduta criadora de risco, para uma responsabilização fundada no resultado, ou seja, na ocorrência do dano e na necessidade de reparação deste (SCHREIBER, 2013, p. 30).

Nesse sentido, Anderson Schreiber é claro ao afirmar que:

(...) a responsabilidade objetiva parece revelar a sua verdadeira essência na contemporaneidade: não a de uma responsabilidade por risco, mas a de uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fator de imputação subjetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser suportados exclusivamente pela vítima. (SCHREIBER, 2013, p. 30)

Logo, a responsabilidade torna-se cada vez menos dependente de fatores relacionados à conduta, como a culpa e o risco, passando a ter como principal foco a reparação da esfera juridicamente protegida da vítima. Noutras palavras, há a inserção de um novo fundamento na teoria da responsabilidade objetiva, não mais sendo o risco a única justificativa prática na instituição deste tipo de responsabilidade. Emergem, pois, como fundamentos da responsabilização objetiva da lei em estudo a facilitação da reparação do dano causado ao patrimônio público, bem como a remoção de certos elementos que dificultam a caracterização do ilícito punível.

O arraigado fenômeno da corrupção obrigou o legislador a criar diversos mecanismos jurídicos para a tutela dos interesses coletivos, no caso da lei em questão há a responsabilização em duas frentes, uma delas voltada ao ressarcimento dos danos causados pelo infrator e claramente inserida no âmbito da responsabilidade civil em geral. Por outro lado, existe um claro viés punitivo nas normas da Lei n.º 12.846/2013, especificamente naquelas relativas às sanções administrativas e judiciais, o qual encontra sua razão de ser tanto na inibição de futuros ilícitos quanto na satisfação das expectativas sociais relacionadas à igualdade na submissão aos imperativos legais.

Dessa maneira, percebe-se no bojo da Lei Anticorrupção a existência de três tipos de responsabilidade, todas de caráter objetivo: uma administrativa sancionadora, uma judicial sancionadora e, por fim, a responsabilidade pela reparação dos danos, que, por sua vez, não denota qualquer função punitiva.

No caso da lei em questão, o fundamento lógico para a adoção da responsabilidade objetiva para fins de penalização da pessoa jurídica é justamente a incompatibilidade de qualquer consideração volitiva de ordem subjetiva acerca dos atos de um ente fictício cuja personalidade é fruto de normas jurídicas.

A teor dessa característica inerente à categoria das pessoas jurídicas, leciona Modesto Carvalhosa:

Esses elementos do ilícito – dolo ou culpa -, no entanto, não se adequam à natureza da pessoa jurídica, em cuja ação está absolutamente ausente o fator psicológico – próprio da pessoa física – e que é no Direito Penal, o fundamento do tipo subjetivo requerido. (CARVALHOSA, 2015, p. 39)

Não obstante a atuação das pessoas jurídicas sempre se manifestar por meio de pessoas físicas, o fator psicológico da conduta destas últimas não será levado em consideração ao se avaliar a existência ou não da responsabilidade das primeiras.

Ainda sobre a responsabilidade objetiva, o ilustre professor da Universidade de São Paulo sustenta a existência de uma escolha legislativa ao se deslocar a matéria punitiva relacionada à corrupção das pessoas jurídicas junto ao Poder Público da seara criminal para a esfera administrativa (CARVALHOSA, 2015, p. 39). No entanto, apesar da contundente argumentação apresentada pelo ilustre professor, não compartilhamos do mesmo posicionamento.

Não há de se falar, no presente caso, em deslocamento de matéria originariamente afeita ao direito processual e material penal para o campo administrativo. No ordenamento brasileiro, a responsabilização penal da pessoa jurídica é a exceção, afigurando-se o indivíduo, em regra, como o sujeito da pretensão punitiva estatal de caráter penal. Nos termos da Constituição Federal, em seu art. 225, § 3º, especificamente, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas. Existe, portanto, uma única hipótese de responsabilização penal da pessoa jurídica, exceção esta que foi expressamente delineada pelo constituinte.

2.2.2 – O ACORDO DE LENIÊNCIA

Uma segunda inovação notável da Lei n.º 12.846/2013 consiste em possibilitar a utilização do acordo de leniência na seara administrativa do combate à corrupção. Nesse sentido, o acordo será celebrado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos corruptivos elencados na lei. Conforme a redação expressa do texto legal, precisamente nos incisos I e II do art. 16, o acordo de leniência tem como fim específico a identificação dos demais envolvidos na infração, assim como a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Posteriormente, o § 1º do referido artigo elenca uma série de requisitos a serem preenchidos cumulativamente quando da celebração do acordo. Em primeiro lugar, exige-se que a pessoa jurídica acordante seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ilícito, ou seja, somente o primeiro infrator que efetivamente colaborar com o Poder Público gozará dos benefícios do acordo de leniência.

Em segundo lugar, deverá a pessoa jurídica infratora cessar completamente seu envolvimento nos ilícitos investigados a partir da data de propositura do acordo. Por fim, o sujeito envolvido na prática de atos de corrupção deverá admitir sua participação no ilícito e cooperar com as investigações e o processo administrativo, comparecendo sempre que solicitada a todos os atos processuais até o encerramento dos procedimentos sancionatórios.

Outras disposições importantes sobre a celebração de acordos de leniência dizem respeito ao fato de que tais acordos não eximem a pessoa jurídica da obrigação de reparar o dano integralmente causado, nos termos do § 3º do art. 16, relacionando-se, pois, estritamente com o desenvolvimento da atividade sancionadora estatal. Vale frisar, ademais, que a efetivação do instituto da leniência não interromperá o prazo prescricional dos ilícitos previstos na lei, bem como a rejeição da proposta de acordo não importará no reconhecimento da prática delitiva.

A proliferação de diversas modalidades de acordos de leniência, como por exemplo aquele inserto na Lei n. 12.529/2011, que estrutura o sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, revela uma tendência moderna à utilização de instrumentos jurídicos aptos à formação de consensos no desenvolvimento das atividades administrativas, tendência a qual pode ser resumida na palavra “consensualização” (MARRARA, 2015). Tais acordos são, portanto, institutos de caráter contratual que

permitem uma cooperação entre administrados e Administração na consecução de objetivos legais, principalmente mediante a facilitação da apuração dos ilícitos praticados.

Atualmente, a multiplicidade de relações sociais e o dinamismo do ambiente econômico resultaram em um incremento na complexidade de determinadas espécies delituosas, mormente no que diz respeito à existência de organizações criminosas e estruturas operacionais que dificultam a verificação da autoria de certos ilícitos. Assim sendo, a mudança qualitativa na natureza das infrações ao ordenamento legal, muitas das quais com patente teor econômico e com efeitos dispersos, obrigou o Estado a adotar instrumentos mais eficazes na manutenção da legalidade. A teor desse novo quadro fático, Thiago Marrara afirma que:

Em face da nova realidade, muitos Estados se viram jogados frente a um dilema: negociar e punir com base em processos administrativos fortemente instruídos ou não negociar e aceitar um crescimento da impunidade resultante da fraqueza probatória de processos acusatórios baseados em técnicas tradicionais de instrução. Vários desses Estados (cf. ALBRECHT, 2008, p. 257), inclusive o Brasil, optaram pela via utilitarista: aceitaram negociar com um infrator com o objetivo de enriquecer o processo e lograr punir outros infratores! (MARRARA, 2015)

No âmbito do direito administrativo sancionador, a consensualização não tem como finalidade a mera concessão de benesses ao infrator em clara violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Opera-se, em verdade, uma ressignificação de tal princípio, servindo a utilização de instrumentos jurídicos consensuais como suporte à instauração e instrução de processos de cunho sancionador. Temos, portanto, como resultado dessa crescente consensualização do direito administrativo sancionador, um incremento significativo na eficácia da persecução administrativa de determinados ilícitos.

Em termos gerais, o acordo de leniência se configura como um tipo de acordo administrativo integrativo, ou seja, um ajuste de vontades que integrará o processo administrativo sancionador com a finalidade de facilitar a apuração dos atos ilícitos (MARRARA, 2015). Assim, os acordos de leniência são caracterizados por sua clara inserção na órbita de determinado processo administrativo. Muito embora tais acordos possam se dar de maneira prévia à instauração de procedimentos investigativos pela

Administração, seus efeitos se manifestarão somente após os devidos trâmites processuais e a consequente emissão de um ato administrativo.

Interessante notar, por oportuno, que a Lei Anticorrupção criou uma segunda modalidade de acordo de leniência, totalmente desvinculado dos ilícitos administrativos tipificados em seu texto. Nos termos do seu art. 17, a lei estabelece que “*A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei n.º 8.666/1993*”. Nessas hipóteses, a norma legal possibilita a atenuação das sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da Lei Geral de Licitações, como, por exemplo, as penalidades decorrentes de atraso injustificado na execução do contrato, bem como aquelas baseadas na inexecução total ou parcial do objeto contratado.

Ao criar essa segunda modalidade de acordo de leniência, o legislador parece ter ampliado o espectro de aplicação tradicionalmente conferido a tais acordos. O acordo de leniência, tanto nas infrações concorrenciais quanto no âmbito anticorrupção, foi pensado como um acordo administrativo integrativo associado a processos administrativos cuja existência se dá em razão de uma pretensão punitiva genérica do Estado. Noutras palavras, criou o Legislativo um acordo de leniência inserido em relações contratuais entre o Poder Público e o particular, relações as quais são marcadas por uma sujeição específica ao poderio estatal.

2.2.3 – O COMPLIANCE

Além da previsão legal dos acordos de leniência, a Lei n.º 12.846/2013 inovou ao valorizar a instituição de mecanismos internos de integridade no âmbito das pessoas jurídicas abrangidas pela lei. Nessa toada, a lei em questão definiu a existência de programas integridade como um fator a ser considerado na dosagem das penalidades legais.

Conforme o art. 41 do Decreto n.º 8.420/2015, o programa de *compliance*, ou programa de integridade, tal qual posto no texto normativo, consiste na existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades no âmbito de uma pessoa jurídica. Ademais, os mecanismos de controle interno devem permitir uma efetiva aplicação de códigos de ética e de conduta, bem como

na concretização de políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública.

Além de se afigurarem como um fator atenuante na dosimetria das sanções, os programas de *compliance* permitem uma redução nos riscos inerentes às atividades da empresa, principalmente no caso dos particulares cuja atuação econômica se lastreia fortemente em relações contratuais com a Administração. Tal redução de riscos consiste justamente na busca por uma atuação empresarial com menores possibilidades de violação da lei.

Há, portanto, a diminuição dos riscos e contingências associados ao descumprimento de determinadas disposições normativas, como, por exemplo a interrupção parcial das atividades, o impedimento de acesso a recursos públicos ou a proibição de contratar com o Poder Público.²² Qualquer investigação instaurada com a finalidade de constatar a prática de atos ilícitos no seio de determinada pessoa jurídica resulta em custos econômicos, mormente no que diz respeito à contratação de advogados e a mobilização de empregados que poderiam ter sua força de trabalho empregada em atividades produtivas.

Em linhas gerais, a sanção administrativa não possui um caráter unicamente repressivo, podendo servir, por exemplo, ao condicionamento ou estímulo de condutas desejáveis em face ao interesse público. Inobstante seu fundamento principal seja justamente inibir a prática de atos de corrupção por pessoas jurídicas de direito privado, a Lei Anticorrupção não deve ser considerada sob uma ótica essencialmente negativa, ou seja, um instrumento cujo escopo é a mera proibição de determinadas condutas. Muito pelo contrário, a lei em comento é pródiga ao estimular o desenvolvimento de controles privados que atuam em colaboração aos mecanismos estatais tradicionais de defesa da probidade administrativa.

Há nesse sentido a instituição de condicionantes jurídicos que estimulam a criação de mecanismos e procedimentos internos de controle no âmbito das próprias pessoas jurídicas alcançadas pelas normas da Lei Anticorrupção. Um exemplo notório desse estímulo à produção de um sistema de controle interno privado é o inciso VIII do

²² Vale mencionar, ainda, a existência do instituto denominado “autossaneamento” (*self-cleaning*), mecanismo que permite um efetivo combate à corrupção empresarial nas contratações públicas sem ocasionar, no entanto, um sacrifício desproporcional à atividade econômica da empresa. Em suma, possibilita-se a não aplicação de determinadas sanções desde que observados uma série de deveres consensuais acordados entre Estado e empresa infratora. Nesse sentido, ver: PEREIRA; SCHWIND, 2015.

art. 7º, dispositivo cuja redação é a seguinte: “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”.

Grosso modo, a função primordial do *compliance* é a prevenção e o controle dos “riscos envolvidos na administração da empresa, seguindo as normas estabelecidas pela legislação nacional e internacional, conforme o ramo de atividade empresarial em que atua” (GABARDO; CASTELLA, 2015). Tem-se, pois, um estímulo econômico à observância do intuito legal, vez que os mecanismos de controle interno tanto servem à prevenção dos ilícitos, evitando-se a punição da pessoa jurídica, quanto permitem o abrandamento das sanções nas hipóteses em que a organização interna da empresa não for capaz de evitar a prática de atos de corrupção.

Em suma, a punição não é um fim em si mesma. A atividade sancionadora do Poder Público apresenta como fundamento último a promoção do interesse coletivo, não se resumindo, pois, em uma mera pretensão retributiva. As recentes transformações no Direito Administrativo, inclusive, denotam a superação do caráter simbólico da punição em prol de uma perspectiva instrumental da sanção administrativa, que, por sua vez, vem adquirindo cada vez mais o papel de ferramenta na consecução de pautas e finalidades de interesse público (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011).

Nesse sentido, as recentes alterações na estrutura administrativa do Estado brasileiro, principalmente em razão da criação de agências independentes, bem como o surgimento de normas setoriais e a expansão de diversos ramos do direito administrativo sancionador chamam a atenção para a dualidade *enforcement/compliance*.

Ao passo em que o conceito de *compliance* está relacionado ao cumprimento espontâneo dos imperativos legais, adequação esta que se dá, no caso das pessoas jurídicas, sempre em consideração aos custos e benefícios de se agir de acordo com a lei; o *enforcement* diz respeito à coação estatal no sentido de condicionar o administrado a apresentar condutas compatíveis com o ordenamento jurídico.

Tem-se, como consequência lógica, um impacto direto do fortalecimento do *enforcement* na proliferação de mecanismos de *compliance* no setor privado.²³ Assim, na

²³ Nesse sentido, ver: CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance – concorrência, efetividade e transparência**. In.: JOTA, 1 de outubro de 2015. Disponível em: [HTTP://JOTA.INFO/SKK31](http://jota.info/skk31).

medida em que a fiscalização estatal e a adoção de medidas sancionadoras efetivas apresentar determinado grau de eficiência, criar-se-á um forte incentivo econômico à instituição de medidas de controle interno nas mais variadas pessoas jurídicas. O resultado de tais medidas, a longo prazo, será a multiplicação dos mecanismos reais de combate à corrupção, justamente na medida em que o controle interno dos particulares atuará em conjunto aos meios de controle estatal, verificando-se, pois, mais uma das diversas manifestações da já superada divisão estanque entre esfera pública e esfera privada.

Por fim, cumpre salientar que, no Brasil, o sistema institucional relacionado à aplicação da Lei Anticorrupção, principalmente os órgãos máximos de controle interno, tem muito a se beneficiar ao tomar como parâmetro as práticas institucionais já consolidadas no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ressalvadas as especificidades de cada área de atuação, o CADE deve ser visto como um modelo a ser seguido pelas autoridades responsáveis pelo combate à corrupção, principalmente no que atine aos acordos de leniência e ao *compliance*.

2.3 – A NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES DA LEI ANTICORRUPÇÃO E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A Lei Anticorrupção trouxe consigo uma série de questões controvertidas, o que é extremamente natural quando a criação de um diploma legislativo institui um conjunto de inovações no ordenamento jurídico. Dentre os diversos pontos polêmicos da lei, destaca-se o questionamento acerca da natureza jurídica de suas disposições. Teria a Lei n.º 12.846/2013 o caráter de lei penal, sujeitando-se à lógica inerente à sistemática criminal? Ou seria a lei em questão uma típica norma de direito administrativo sancionador?

Essa controvérsia acerca da natureza jurídica da lei se reflete na variedade de autores, dos mais diversos ramos, que se debruçaram sobre o novel diploma legislativo. Podemos citar, por exemplo, obras produzidas por criminalistas, administrativistas e estudiosos do direito empresarial.

Em face dos desafios inerentes à análise de um diploma legal inovador, faz-se necessária a fixação de um ponto inicial para o exame de suas disposições. Assim sendo, um primeiro passo consiste em lançar olhar sobre os artigos iniciais da lei. Ao introduzir as disposições do texto legal em comento, o art. 1º é claro ao estabelecer que a lei “*dispõe*

sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. Logo, percebe-se claramente que a Lei Anticorrupção regula dois tipos de procedimentos, um administrativo e outro judicial

Posteriormente, em seu art. 6º, é elencada uma série de sanções aplicáveis na esfera administrativa, qual seja a aplicação de multa, fixada com base no faturamento bruto da empresa punida, a qual nunca será inferior à vantagem auferida; bem como a publicação extraordinária da decisão condenatória.²⁴ Nos termos do art. 8º, cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a instauração e o julgamento dos processos administrativos.

Em seguida, precisamente no art. 18 da lei, há a previsão de que a responsabilização administrativa da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial. Ato contínuo, em seu art. 19, a Lei Anticorrupção elenca uma série de medidas judiciais a serem impostas nas hipóteses nas quais se configure a prática de atos de corrupção, apresentando-se estas como sanções jurídicas ou, por outro lado, como medidas de ressarcimento ao erário.²⁵

²⁴ Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

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

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

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

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

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

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

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

²⁵ Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

A principal controvérsia acerca do enquadramento jurídico da Lei Anticorrupção diz respeito à natureza de suas sanções. Há, nesse sentido, uma nítida contraposição entre aqueles que defendem a natureza penal de tais punições e, por outro lado, os que defendem sua inclusão na órbita de influência do Direito Administrativo.

Parcela considerável da doutrina penal sustenta que a Lei Anticorrupção é na verdade uma lei penal encoberta, camuflada. Para Pierpaolo Cruz Bottini e Igor Sant’Anna Tamasauskas, *a qualidade e a quantidade das sanções, os contornos dos ilícitos e o bem jurídico tutelado revelam que a lei trata – em verdade – de crimes e impõe penas, sendo, portanto, vedado o recurso à responsabilidade objetiva*” (BOTTINI; TAMASAUSKAS, 2014).

O inovador diploma legislativo seria, portanto, um instrumento cujo enquadramento no âmbito do Direito Administrativo teria como intuito principal o escape frente às garantias do Direito Penal, facilitando-se, assim, a responsabilização decorrente da prática de atos de corrupção (NUCCI, 2015, p. 94). Logo, uma vez não sendo possível a responsabilização objetiva na seara criminal, buscou-se a criação de normas sob uma roupagem civil-administrativa.

Tal posicionamento revela uma incontestável tendência teórica, ao menos por parte dos penalistas, à unificação da manifestação punitiva do Estado. Sob essa ótica, sanções penais e sanções administrativas não possuem qualquer diferenciação ontológica, devendo, portanto, submeterem-se ao mesmo regime jurídico, quais sejam as normas conformadoras do Direito Penal.

A controvérsia envolvendo a delimitação entre as esferas administrativa e penal, inclusive, é questão que perpassa diversos ordenamentos jurídicos, sendo notória sua

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

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

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

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

§ 2º (VETADO).

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

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

manifestação em sistemas supranacionais, no caso, a União Europeia. Vários são os casos nos quais o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) abordou a temática, precisamente no que diz respeito à configuração do *bis in idem* resultante da imposição cumulativa de sanções penais e administrativas. Nesse sentido, temos os casos *Franz Fischer vs. Austria*, *Sergueï Zolotoukhine vs. Rússia* e o caso “*Grande Stevens*” (SILVEIRA, 2014).

Em primeiro lugar, há de se ressaltar a ausência de qualquer diferença ontológica entre sanções administrativas e sanções penais. Não existe uma substância intrínseca aos dois tipos de sanções em questão que permita diferenciá-las em um momento pré-jurídico, ou seja, antes da positivação da norma. Toda sanção é fruto do descumprimento de um dever jurídico. Noutras palavras, a sanção no Direito é consequência lógica de um ato ilícito, assim, ilícito e sanção unem-se por um liame lógico de causa e consequência.

Contudo, ao longo da história, diversas foram as tentativas doutrinárias de fixar parâmetros naturais que permitissem ao jurista uma clara diferenciação entre esses dois fenômenos jurídicos. Nesse sentido, pode-se mencionar ao menos duas correntes tradicionais que sustentam a existência de diferenças substanciais entre ilícitos penais e ilícitos administrativos: uma defensora da caracterização de contrastes qualitativos entre ambos; enquanto a outra corrente pugna pela diferenciação quantitativa entre tais ilícitos (MELLO, 2007, p. 46).

Para a corrente qualitativa os crimes seriam ilícitos contrários a interesses da coletividade como um todo, enquanto, por outro lado, as infrações administrativas estariam relacionadas ao descumprimento de deveres jurídicos de menor importância, muitos dos quais se confundiriam com os interesses da própria Administração Pública (MELLO, 2007, p. 48).

Em sentido oposto, a corrente quantitativa não utiliza parâmetros materiais de diferenciação entre ilícito penal e infração administrativa. Não há, pois, na seara quantitativa, a diferenciação dos ilícitos com base na contraposição entre interesses coletivos e interesses exclusivos da Administração. Nas palavras de Rafael Munhoz de Mello:

(...) a teoria quantitativa afasta a ideia de que ilícito penal e ilícito administrativo são fenômenos distintos. Não é possível, de acordo com a teoria quantitativa, classificar os ilícitos pela natureza da conduta, identificando-os com relevantes interesses dos indivíduos (crime) ou

com interesses da própria Administração Pública (infração administrativa). Tanto num caso como noutro os interesses tutelados são os mesmos, residindo a diferença unicamente na gravidade da conduta reputada como ilícita. (MELLO, 2007, p. 57)

Enquanto a corrente qualitativa peca por tentar fixar a natureza dos ilícitos em um momento anterior ao da positivação da norma, a corrente qualitativa, por outro lado, erra ao adotar um parâmetro tão fluído e impreciso quanto a gradação entre a gravidade de diversas condutas contrárias ao Direito. Assim sendo, as diferenças entre ilícito penal e ilícito administrativo repousam no tratamento jurídico consagrado pelas normas positivadas em cada ordenamento, uma vez que não é possível traçar uma linha divisória natural e pré-jurídica entre tais ilícitos.

Não obstante a inexistência de diferenças ontológicas entre ilícito/sanção penal e ilícito/sanção administrativa, a unificação entre as diversas vertentes do *ius puniendi* estatal não nos parece ser a conclusão mais adequada ao tratar do tema. Ainda que patente a inexistência de diferenças ontológicas, ou substanciais, entre infrações penais e punições de direito administrativo sancionador, o tratamento legal diferenciado dispensado a tais campos punitivos é inegável, configurando-se, claramente, como fruto da vontade do legislador (OSÓRIO, 2015, p. 140).

A escolha jurídica por submeter determinados ilícitos à apreciação do Poder Judiciário, enquanto outros atos contrários ao direito são submetidos ao crivo processual administrativo, insere-se no âmbito dos poderes discricionários do Legislativo, encontrando limites apenas nas disposições constitucionais.

Cabe ao legislador, no exercício de suas competências constitucionais, definir uma infinidade de medidas políticas, dentre estas a definição da sistemática que irá guiar a manutenção da ordem pública, aqui entendida como observância dos preceitos legalmente estatuídos. Essa defesa da ordem pública exige que, nas hipóteses nas quais as normas jurídicas não são respeitadas, uma resposta institucional do Estado tenha lugar. Em grande medida, tais respostas institucionais possuem um viés punitivo, embora seja possível constatar a existência de outras consequências resultantes do desrespeito aos ditames legais, como, por exemplo, a nulidade de determinado ato jurídico.

Nesse sentido, pode-se afirmar que tais reações estatais de cunho sancionatório integram um “Direito Punitivo Estatal”. No entanto, a existência de um Direito Punitivo Estatal não significa que suas diversas manifestações sejam idênticas entre si. Assim,

Direito Penal e Direito Administrativo, embora atrelados ao *ius puniendi* estatal, apresentam sensíveis diferenças. Não há, portanto, uma unidade absoluta entre as esferas penal e administrativa, restringindo-se tal unidade à existência de um núcleo principiológico constitucional conformador do poder punitivo do Estado (NETO; GARCIA, 2011/2012). Noutras palavras, “*a unidade nada mais é do que a comum origem constitucional: direito penal e Direito Administrativo obedecem a comandos constitucionais*” (OSÓRIO, 2015, p 156).

Ressalte-se, em primeiro lugar, que a imposição de medidas afliativas pelo Estado deve obedecer aos ditames do devido processo legal, tanto em sua faceta adjetiva – ampla defesa e contraditório – quanto em sua vertente substantiva, precisamente naquilo atinente às exigências de proporcionalidade e razoabilidade. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, além do princípio do devido processo legal, informam o Direito Administrativo Sancionador a segurança jurídica, a legalidade e a tipicidade (NETO; GARCIA, 2011/2012).

Essa opção legislativa pela diferenciação dos regimes jurídicos das sanções em questão é ainda mais legítima quando se percebe que não há qualquer limitação constitucional acerca do tema. A grande maioria das garantias enfeixadas no art. 5º da Constituição Federal foram estatuídas com vistas à limitação do poder punitivo do Estado, contudo, não existe qualquer disposição constitucional que vincule a imposição de sanções estatais à atuação do Poder Judiciário.

Outrossim, o inciso LXI do art. 5º da Constituição determina que “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*”. Há, pois, um delineamento constitucional expresso que restringe a imposição da pena restritiva de liberdade, penalidade esta que somente poderá ser levada a cabo após a apreciação dos fatos pela autoridade judiciária competente. O mesmo não ocorre em relação aos outros tipos de sanções estatais dispostas no texto constitucional, não há qualquer limitação à instituição de penalidades pela via administrativa, como, por exemplo, as multas.

Note-se, inclusive, que a Constituição, ao tratar do meio ambiente, realiza distinção entre sanções penais e sanções administrativas. Tal disposição encontra-se em seu art. 225, § 3º, cuja redação estabelece que 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”.

Uma vez tendo em mente os aspectos comuns aos dois ramos do *ius puniendi* estatal, resta agora demonstrar quais as diferenças entre sanção penal e sanção administrativa. No entanto, antes de qualquer avaliação específica sobre os aspectos peculiares a cada ramo, faz-se necessário um primeiro questionamento: sob quais aspectos determinantes devemos abordar a relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador?

Ao tratar da temática da cumulação entre sanções de ambos os ramos do *ius puniendi* estatal, Paulo Burnier da Silveira sustenta que, para fins de verificação de eventual violação ao princípio do *non bis in idem*, deve-se abordar o problema com fundamento em dois diferentes aspectos. Enquanto por um lado tem-se a questão da dupla imposição da sanção (*bis*), apresenta-se, sob outro ângulo, o ponto da identicidade da conduta (*idem*) (SILVEIRA, 2014).

Tradicionalmente, o ordenamento brasileiro admite a cumulação de sanções decorrentes de uma mesma conduta. No caso da Lei n.º 8.112/1990, há disposição legal expressa em seu art. 125 ressaltando a possibilidade de cumulação entre sanções penais, civis e administrativas. Nessas hipóteses, embora exista uma identicidade na conduta, o mesmo não pode se dizer em relação ao código binário ilícito/sanção (*bis*).

Traduzindo, a prática de determinado ato pode acarretar a violação a dispositivos legais de diversas ordens, normas as quais tutelam bens jurídicos diferenciados, assim como integram microssistemas individualizados e baseados em princípios diferentes. Interessante ressaltar, ademais, a viabilidade na cumulação de sanções administrativas, em contraponto ao que ocorre na seara penal, como por exemplo, a aplicação punições decorrentes da Lei Antitruste conjuntamente com penalidades fundadas na Lei Anticorrupção.

Outra diferença sensível entre ilícito penal e ilícito administrativo diz respeito à tipicidade, ou seja, a especificação legal de quais condutas são juridicamente relevantes a ponto de ocasionar a aplicação de uma sanção estatal. De maneira contrária ao que se dá no âmbito penal, o Direito Administrativo Sancionador, em especial no campo do Direito Concorrencial, parece admitir a tipicidade aberta. Para Francisco Schertel

Mendes, a ausência de uma delimitação precisa das condutas proibidas pela Lei n.º 12.529/2011 é plenamente justificável, vez que:

Num cenário marcado pela dificuldade de diferenciação apriorística entre condutas lícitas e ilícitas, pela necessidade de exame circunstancial das características do mercado afetado para que se alcance uma conclusão acerca da licitude da prática, e pela infinidade e constante surgimento de novas condutas com potencial anticompetitivo, a ausência de uma tipicidade fechada no âmbito do controle antitruste de condutas mostra-se não apenas justificada como também necessária (MENDES, 2013, p. 73).

Questão interessante diz respeito à apreciação do elemento subjetivo da conduta ilícita, ou seja, a qualificação da culpa ou do dolo como requisito essencial à imposição de sanções pelo Estado. Enquanto, por um lado, é certo que no Direito Penal não se admite a responsabilização objetiva, no âmbito das sanções administrativas, incluindo-se também aquelas aplicadas pelo Judiciário, tal conclusão não é tão certa.

A respeito da imposição de sanções com base em uma responsabilidade objetiva, que leva em conta apenas a existência do nexa causal entre o dano e a conduta, afigura-se a Lei Anticorrupção como um excelente exemplo da diferenciação que aqui se pretende levar a cabo. Dentre as diversas inovações surgidas no bojo da lei em questão, destaca-se a instituição de uma sistemática de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, que, conforme seu art. 2º, se dará tanto nos âmbitos civil e administrativo.

Cumprindo ressaltar, por oportuno, que, no Brasil, a Constituição Federal somente autoriza a responsabilização penal da pessoa jurídica nos casos de crimes ambientais, conforme o já citado § 3º do art. 225 do texto constitucional. No Direito Penal a responsabilidade das pessoas jurídicas é a exceção, já na seara administrativa não há qualquer óbice à penalização das pessoas jurídicas. Assim sendo, um dos elementos contrastantes entre os mencionados ramos é a possibilidade de se responsabilizar pessoas jurídicas de maneira ampla, observando-se, obviamente, os princípios constitucionais comuns à atividade punitiva estatal.

Em suma, a diferenciação entre ilícito penal e ilícito administrativo somente é possível por meio de uma análise das disposições legais e constitucionais específicas acerca de cada matéria, não sendo possível traçar uma linha divisória apriorística. Além das especificidades acima elencadas, o critério formal relativo ao

sujeito competente para impor tais sanções, reflexo do regime processual aplicado – penal ou administrativo -, é o principal aspecto contrastante na comparação entre as duas esferas do *ius puniendi* estatal.

2.4 – A SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Considerando que a escolha por regular determinada conduta por meio de normas de Direito Administrativo Sancionador é uma escolha essencialmente política, torna-se possível estabelecer um conceito mais preciso de sanção administrativa.

Consistem tais sanções em medidas punitivas impostas pela Administração Pública como consequência da prática de atos contrários ao Direito (MELLO, 2007, p. 62). Três são, portanto, as principais características da sanção administrativa. Primeiramente, somente há de se falar em sanção administrativa quando o sujeito competente para impor tais medidas for a Administração Pública. Em segundo lugar, tais sanções afiguram-se como respostas institucionais à prática de condutas ilícitas. Por fim, as sanções administrativas possuem notório viés aflitivo, ou seja, tratam-se de punições e não de medidas cujo intuito é o retorno ao status anterior à ocorrência do ilícito.

Em síntese, a sanção administrativa pode ser conceituada da seguinte maneira, exceto no que diz respeito ao âmbito de aplicação material do Direito Administrativo:

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, 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, sujeitos 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. (OSÓRIO, 2015, p. 107-108)

Contrariamente ao defendido por Fabio Medina Osório no trecho acima, entendemos que a sanção administrativa se restringe apenas ao âmbito formal de aplicação do Direito Administrativo, ou seja, aos procedimentos internos da

Administração no exercício de sua função administrativa. Para o mencionado autor, seria possível a imposição de sanções administrativas pelo Poder Judiciário, desde que o legislador assim dispusesse, conclusão esta que não nos parece correta.

A sanção administrativa pressupõe o exercício de função administrativa, enquanto que a imposição de sanções por magistrados ocorre no exercício de atividades de cunho jurisdicional (MELLO, 2007, p. 67). Tendo isso em conta, o Direito Administrativo Sancionador se manifesta apenas em sede de processo administrativo, sujeito, portanto, aos regramentos da legislação pertinente. Não fazem parte, conseqüentemente, as sanções judiciais dispostas no art. 19 da Lei Anticorrupção da seara própria das sanções administrativas.

Nessa toada, afirmar que a sanção administrativa ocorre no âmbito de incidência material do Direito Administrativo consiste em uma retomada da já ultrapassada corrente qualitativa das infrações administrativas, que identificava os ilícitos com base em aspectos naturais inerentes às condutas. Assim, o principal critério na identificação de um ilícito administrativo deve ser o elemento formal caracterizado pelo exercício da função administrativa (MELLO, 2007, p. 68).

Contudo, é necessário ter cuidado ao definir determinados atos do Poder Público como sanções administrativas. Temos, nesse passo, diversas manifestações estatais que não se confundem com a atuação sancionadora do Estado, é o caso, por exemplo, da coação administrativa, das providências acautelatórias, dos atos emanados com fulcro no poder de polícia, das medidas rescisórias e, por fim, das medidas de ressarcimento ao erário.

Primeiramente, deve-se distinguir sanção administrativa de coação administrativa. Na coação administrativa ocorre a “*execução de certo ato administrativo, emanado pela autoridade, cujo dever jurídico não tenha sido cumprido, voluntariamente, pelo particular*” (VITTA, 2011). Há, pois, a execução forçada de determinado dever jurídico descumprido pelo administrado, ou seja, a resposta institucional ao dever não respeitado possui o mesmo conteúdo de tal dever.

No que tange à sanção administrativa, a consequência jurídica é substancialmente diferente do dever jurídico descumprido. Exemplo notório é a imposição de multa administrativa decorrente do descumprimento de obrigações tributárias acessórias. Há, nessas hipóteses, o surgimento de um dever jurídico,

precisamente o pagamento de multa, que não se confunde com o dever originariamente descumprido, como, por exemplo, a emissão de notas fiscais.

Em segundo lugar, também não há de se falar em identidade entre providências acautelatórias e sanções administrativas. É característico das providências acautelatórias um caráter teleológico cujo conteúdo elementar é a prevenção e a interrupção de danos ao meio social, não existindo qualquer viés punitivo em seu âmago. A função precípua das medidas acautelatórias é impedir a ocorrência de danos à coletividade em casos urgentes. Conseqüentemente, em virtude da urgência inerente a tais medidas, a existência de um processo administrativo não se apresenta como elemento essencial para que tais atos sejam válidos, o que não ocorre na esfera sancionatória do Estado.

Muito embora a sanção administrativa encontre sua origem histórica no âmbito do poder de polícia, não se pode negar, atualmente, a autonomia entre estes dois conceitos. Não há no exercício do poder de polícia um propósito punitivo, ainda que tal exercício possa estar atrelado ao cometimento de um ato ilícito. Caracteriza-se a polícia administrativa pela imposição coercitiva de um dever de abstenção aos administrados com a finalidade de conformar-lhes o comportamento às diretrizes normativas gerais em prol do interesse coletivo (MELLO, 2012, p. 853). As medidas de polícia administrativa são, portanto, medidas de reestabelecimento da legalidade que, ao contrário das sanções administrativas, podem ter um caráter preventivo.

Do mesmo modo, não há de se falar em identidade entre a pretensão punitiva estatal e o ressarcimento ao erário. Nas hipóteses de ressarcimento ao erário não se apercebe qualquer intuito sancionador, como, por exemplo, nas ações de ressarcimento ao erário por danos decorrentes de atos de improbidade administrativa. A característica principal do ressarcimento ao erário é o retorno ao estado das coisas anterior à infração, ou seja, a reparação ou compensação do dano.²⁶

Inexiste qualquer propósito sancionador nas medidas de ressarcimento ao erário. Ainda que no âmbito da responsabilidade civil geral por danos seja possível sustentar a existência de uma função punitiva, exteriorizada na doutrina dos *punitive damages*, tal raciocínio não se aplica na esfera do ressarcimento ao erário, vez que, ao contrário do que

²⁶ Em razão do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição federal, parece ter se cristalizado o entendimento acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. A teor de tal dispositivo, tem-se: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

acontece no Direito Civil, existem normas sancionadoras expressas cuja função específica é a punição.

3 – AS EMPRESAS ESTATAIS NO ÂMBITO DA LEI N.º 12.846/2013

3.1 - O CASO DAS EMPRESAS PÚBLICAS E DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Dentre todas as pessoas jurídicas passíveis de estudo no direito pátrio, escolhemos aqui, em razão de suas peculiaridades, abordar mais detalhadamente o caso das empresas estatais, entendidas estas tanto quanto empresas públicas²⁷ quanto como as sociedades de economia mista²⁸. Assim, nosso interesse pela temática decorre da posição peculiar que tais entidades detêm em nosso ordenamento jurídico.

Ainda que organizadas sob a forma empresarial, tais empresas integram a Administração Pública. Fazem parte, portanto, da assim denominada administração indireta, fruto de uma descentralização das atividades estatais, como mencionado no capítulo anterior.

Mas qual seria o interesse especial em tais entidades? Seu regime jurídico imporá um tratamento diferenciado em comparação aos demais tipos de pessoa jurídica? Pois bem, em primeiro lugar, a característica que mais chama atenção em tais entidades é, por um lado, o fato de pertencerem à estrutura da Administração Pública, enquanto na outra mão são definidas como pessoas jurídicas de direito privado destinadas à exploração de atividades econômicas.

Assim, ao menos num primeiro olhar, poder-se-ia afirmar que uma sociedade de economia mista seria passível de enquadramento, em determinadas ocasiões, como sujeito passivo da Lei n.º. 12.846/2013, enquanto em outras ocasiões suas atitudes a levariam a figurar como sujeito ativo na prática de atos de corrupção. Noutras palavras, as estatais poderiam, ao menos teoricamente, exercer tanto o papel de pessoa jurídica corruptora quanto o papel de vítima da corrupção, vez que integram a estrutura administrativa do Estado.

Os questionamentos acerca da aplicabilidade da Lei n.º. 12.486/2013 às entidades empresárias da administração indireta exigem uma abordagem detalhada a respeito do

²⁷ Empresa pública é a “pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob qualquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas (MELLO, 2012, p. 191).

²⁸ Por sua vez, as sociedades de economia mista também são entidades empresariais criadas por meio de autorização legal cuja finalidade é o exercício de atividade econômica pelo Estado. Ao contrário do que ocorre com as empresas públicas, as sociedades de economia mista somente podem se estruturar sob a forma de sociedade anônima, sendo a maioria de suas ações com direito à voto pertencentes ao Estado.

lugar que estas ocupam no ordenamento jurídico pátrio, precisamente naquilo que tange a ordem econômica na Constituição Federal. Ademais, faz-se necessária a abordagem histórica, com fundamento no Direito Administrativo e no Direito Econômico, da criação de tais entidades.

3.2 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO ECONÔMICO

Antes de qualquer abordagem histórica, operacionalizada por meio da análise das transformações ocorridas no bojo do direito positivo, deve-se definir com precisão qual a concepção teórica de Direito Econômico que guiará o presente trabalho.

Partimos, então, de uma concepção de ordem econômica que rejeita o naturalismo econômico, ou seja, a existência de leis econômicas imutáveis que ignoram a dinâmica dos acontecimentos sociais. Ao se falar em ordem econômica deve-se sempre pressupor a existência de um constante conflito entre os mais variados posicionamentos políticos existentes, um conflito “*entre uma e outra política, e não entre política e a a-política neutralidade*” (IRTI, 2007).

Tem-se, portanto, que o campo econômico é constantemente influenciado pelo ambiente político que o circunda e, conseqüentemente, pelas normas jurídicas que emanam deste. Como consequência, a economia de mercado na qual vivemos é marcada por três características essenciais: artificialidade, juridicidade e historicidade (IRTI, 2007).

Artificialidade a qual é fruto de uma decisão contingente, e não um dado natural, do meio político. Juridicidade presente no fato de que tais decisões artificiais se instrumentalizam através da emissão de normas de caráter cogente. E, por fim, historicidade constatada no fato de que tais decisões surgem como fruto de variáveis sócio-políticas presentes em determinado momento histórico, podendo, portanto, serem alteradas de acordo com a dinâmica social. Nas palavras de Natalino Irti (2007):

O discurso que mova o direito em direção à economia, ou que surja desta em direção àquele, sempre se entrelaça com a decisão política, com a tomada de posição sobre os interesses em jogo. A escolha dos interesses mercedores de proteção não se confia a critérios objetivos ou a leis naturalísticas, mas ao querer humano.

Assim, a ordem econômica estampada no texto constitucional não é um mero reflexo de supostas leis naturais que regem um mercado ideal. Tal ordenamento é, antes de tudo, fruto de escolhas políticas tomadas ao longo da história brasileira. Nessa medida, uma análise crítica do enquadramento jurídico das estatais deve partir de um estudo aprofundado acerca do papel que o Estado brasileiro exerceu na economia ao longo dos tempos.

As Constituições, enquanto fundadoras da ordem político-jurídica, conformam totalmente o meio econômico, justamente na medida em que historicamente, ao menos nas sociedades ocidentais, não existe mercado sem um ordenamento jurídico que proteja as liberdades econômicas. Logo, o estudo da evolução dos paradigmas constitucionais afigura-se de extrema relevância para uma correta compreensão do papel do Estado na economia.

Com a superação do absolutismo que propiciou a consolidação do Estado-nação, bem como com o fortalecimento dos ideais libertários, surge um novo paradigma constitucional, denominado de Estado de Direito, ou Estado Liberal de Direito. Em contraposição ao absolutismo, percebe-se em tal época o enraizamento das liberdades individuais, bem como do ideal de igualdade perante a lei, instrumentalizadas através das primeiras Constituições modernas.

É importante não confundir a Constituição liberal com diplomas medievais como a Magna Carta inglesa. Muito embora tais diplomas tenham efetivamente representado limitações ao poder monárquico, estes não se preocupavam com a garantia de direitos em caráter universal, tampouco significavam uma democratização do Estado, na medida em que se apresentavam como pactos entre a Coroa e os estamentos privilegiados (SEELAENDER, 2006). Numa perspectiva histórica, a vitória dos movimentos liberais seria um dos grandes marcos na definição do futuro de uma concepção de Constituição enquanto lei suprema.

Durante o século XIX, dominado pela visão liberal de Estado, predominava a concepção de uma ordem econômica natural, segregada das esferas política e jurídica, que não era criada pela Constituição, noutras palavras, “*a Constituição Econômica liberal existia para sancionar o existente*” (BERCOVICI, 2005, p. 32). Dessa maneira, o tratamento jurídico dispensado à economia tratava apenas de refletir um ambiente social tido como natural.

Originariamente, o constitucionalismo surgiu com fortes influências liberais, tanto econômicas quanto políticas. Em tal contexto, a ordem jurídica tinha como escopo a garantia das liberdades individuais, notadamente aquilo que podemos chamar de direitos de primeira geração, ou seja, direitos políticos e econômicos como o direito ao voto e o direito à propriedade. A ideia de liberdade estava fortemente associada à noção de que todos eram proprietários no mínimo de si próprios, ou seja, uma liberdade fundada no ideal de que todos eram igualmente proprietários (CARVALHO NETTO, 2002)

Na esfera econômica, a constituição liberal estabelecia como centro de tal sistema a autonomia privada, reflexo da proteção estatal da propriedade privada e do direito de livre contratação. Dominava, à época, a ideia de que cabia ao Estado apenas garantir o livre mercado, caracterizado pela descentralização na tomada de decisões, bem como na autocoordenação, resultante das relações entre oferta e procura. Assim, a economia de mercado teria como principal fator a “*concorrência como procedimento de descoberta num mundo da insegurança*” (STOBER, 2012, p. 111). Cabia, conseqüentemente, aos particulares a assunção dos riscos inerentes a sua atuação no mercado, bem como o gozo de possíveis frutos resultantes de suas ações.

Muito embora tenha significado a derrota de um ideal absolutista de governo, o Estado Liberal proporcionou o surgimento de uma série de fatores negativos que resultaram em sua superação por um novo paradigma de Estado. Nesse cenário, a concentração econômica forçou a intervenção estatal em decorrência de dois fatores. Primeiro, a crescente concentração resultou em sérios ônus para a sociedade, mormente no que dizia respeito aos direitos dos trabalhadores, muitos dos quais vivenciavam péssimas condições laborais na atividade industrial.

Em segundo lugar, a intervenção estatal serviu para salvar o próprio liberalismo econômico, vez que o surgimento de grandes monopólios resultou em uma restrição da liberdade de iniciativa, bem como do caráter competitivo do mercado (FONSECA, 2014, p. 194). Esse segundo fator acabou por evidenciar uma das características paradoxais do liberalismo, qual seja a necessidade de um controle jurídico estatal como forma de garantir a existência de um ambiente de livre mercado no qual grandes corporações não fossem capazes de inibir o surgimento de futuros concorrentes.

Nesse cenário de superação do paradigma liberal começam a surgir novos textos constitucionais fundamentados em outros vetores axiológicos. Surge assim o que viria a ser denominado de paradigma do Estado Social ou de Bem-Estar Social. A mudança

paradigmática emerge justamente da redefinição dos conceitos de liberdade e igualdade, sendo incorreto afirmar que há uma simples adição dos conhecidos direitos de segunda geração (CARVALHO NETTO, 2002). Entendia-se, em tal contexto, que o pleno gozo das liberdades individuais teria como pressuposto uma ideia de igualdade material, não bastando mais agora a simples garantia de uma igualdade formal. Há, na verdade, uma ressignificação dos ideais de liberdade e igualdade que resulta em intensas transformações no papel do Estado perante a sociedade.

Essa passagem para um novo paradigma estatal teve como uma de suas origens a percepção de que o efetivo gozo de determinadas liberdades fundamentais pressupõe certo patamar de igualdade material. Noutras palavras, o indivíduo somente poderá usufruir de uma ampla liberdade na medida em que as necessidades materiais básicas que o assolam forem amenizadas, como, por exemplo, o acesso à educação e à saúde. É justamente essa nova concepção de igualdade material, que não mais se contenta com a mera igualdade perante a lei, que fundamentará um incremento na atividade interventora do Estado.

Historicamente, o papel interventor do Estado alcança proporções significativas após o término da Primeira Guerra Mundial. As Constituições elaboradas após esse período foram marcadas pela garantia de direitos sociais, que demandavam uma atividade prestacional do Estado. Não cabe mais ao Estado ser apenas o protetor das esferas de liberdades individuais, sob o paradigma social é atribuído ao Estado o dever de produzir o bem-estar social.

No entanto, já com o início da guerra é possível constatar o surgimento de uma nova disciplina jurídica, consequência direta do agigantamento do Estado: o Direito Econômico (COMPARATO, 1978, p.). A partir de 1914 os impactos resultantes dos eventos bélicos sofrem profundas alterações, transformando-se a guerra em um fenômeno social que submete a seus fins todos os setores da sociedade. O fator econômico passa a ser visto, portanto, como um dos mais importantes pilares da guerra moderna, motivo pelo qual o Estado passa a ter maior interesse em controlar este campo antes dominado pelos particulares. Surge daí, conseqüentemente, *“uma regulamentação abundante, estrita e minuciosa das atividades econômicas”* (COMPARATO, 1978, p. 456).

Assim, tem-se o surgimento do Direito Econômico como um fator fundamental na superação do paradigma liberal de Estado, sendo a economia agora fortemente marcada por uma regulamentação jurídica (COMPARATO, 1978, p. 456-458). Noutras

palavras, a política econômica do Estado passa a ser claramente direcionada por normas jurídicas, conjunto normativo o qual é justamente o objeto de estudo do Direito Econômico.

Não obstante a existência de uma estatização da economia, não é possível supor a substituição do mercado por um sistema econômico totalmente planejado. A economia do Estado pós-liberal ainda é uma economia de mercado, ambiente no qual ainda são levados em consideração os interesses do capitalismo. Ao atuar como agente econômico, o Estado não possibilita uma transição do capitalismo para o socialismo. Muito pelo contrário, é justamente com o intuito de impedir tal substituição que o Estado passa a atuar no domínio econômico (GRAU, 2012, p. 43).

Tanto no paradigma do Estado Liberal quanto no do Estado Social existe uma clara cisão entre o público e o privado. Enquanto o primeiro é resumido ao âmbito estatal, a esfera privada é tida como o domínio do individualismo e do egoísmo. Derradeiramente, surge, com a superação do Estado Social, o paradigma do Estado Democrático de Direito, marcado por uma nova relação entre o público e o privado.

Sob a égide desse novo paradigma, florescem direitos de cunho coletivo e difuso, que passaram a exigir uma reinterpretação da tradicional dualidade público/privado. Nas palavras de Menelick de Carvalho Netto (2002), *“a complexidade social chegou a um ponto tal que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omissor”*. Em suma, o público não se resume mais ao estatal na atualidade.

3.3 – A ORDEM ECONÔMICA NO ESTADO BRASILEIRO

Especificamente no caso brasileiro, tanto a Constituição de 1824 quanto a Constituição de 1891 possuíam fortes tendências liberais, embora a primeira tenha surgido no seio de um Estado imperial. Os dois primeiros Textos Constitucionais do Brasil adotaram claramente um viés econômico de cunho liberal, tendência a qual teria surgido em solo pátrio após a vinda da família real para o país e a subsequente abertura dos portos. Ademais, asseguraram tais Constituições a proteção aos direitos civis clássicos, principalmente, o direito à propriedade, a liberdade profissional e o direito dos inventores às patentes de suas criações.

Já no Século XX, em um cenário pós Primeira Guerra Mundial, marcado pelos fortes abalos na hegemonia liberal, a Constituição Brasileira de 1937 foi a primeira de nossa história a utilizar a expressão “intervenção do Estado no domínio econômico”. Percebe-se, assim, uma clara contraposição aos Textos Constitucionais do século anterior, quais sejam aqueles datados de 1824 e 1891.

Posteriormente, ao tratar da ordem econômica e social, a Constituição de 1946 estabeleceu a intervenção estatal na economia como uma maneira de compensar os desequilíbrios causados pelo mercado, mormente no que diz respeito ao desenvolvimento de setores econômicos que não interessavam à iniciativa privada (BERCOVICI, 2005, p. 17).

Até o golpe militar de 1964, predominou no Brasil a intervenção estatal na economia como mecanismo de correção dos desequilíbrios causados pelo mercado, servindo ainda aos interesses nacionais atinentes ao desenvolvimento industrial. Contudo, com a outorga das Constituições de 1967 e 1969, também intitulada de Emenda Constitucional n.º 1/1969, desvirtuou-se esse modelo de desenvolvimento nacional centrado no Estado. Apesar de constar na nova ordem constitucional o desenvolvimento como fim específico da ordem econômica, as condutas dos novos detentores do poder político acabaram por privilegiar o desenvolvimento do setor privado, nacional ou internacional. Nesse passo, os principais privilegiados pela política econômica estatal foram as empresas transnacionais e os grupos empresariais brasileiros associados a estas (BERCOVICI, 2005, p. 28).

Uma vez apresentada a evolução histórica da ordem econômica nas Constituições brasileiras, resta delinear a atual configuração deste ordenamento.

Para Eros Grau (2012, p. 307), a Constituição, assim como o Direito em geral, não deve ser considerada como um modelo estático, principalmente em face de uma realidade dotada de um dinamismo econômico cada vez maior. Há, pois, na Constituição Federal de 1988, uma ordem econômica aberta que permite uma resposta jurídica dinâmica às constantes transformações sociais. Assim sendo, cabe ao legislador ordinário complementar as disposições constitucionais, muitas das quais marcadas por um alto grau de abstração e generalidade, como, por exemplo, os princípios dispostos no art. 170 da Constituição Federal.

Apesar de se configurar como uma ordem essencialmente aberta, tal abertura não deve ser compreendida como uma autorização para uma radical transformação que acabe por apagar todas as características originárias de tal regime. Nas palavras do ilustre professor, *“há um modelo econômico definido na ordem econômica na Constituição de 1988, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas, que descrevo como modelo de bem-estar”* (GRAU, 2012, p. 309).

Percebe-se, portanto, a existência de uma ordem jurídico-econômica que, embora aberta, apresenta determinadas balizas que limitam a atividade criadora do legislador. Tal fato é claramente uma consequência lógica do constitucionalismo moderno, justamente na medida em que a Constituição, ao mesmo tempo em que fixa diretrizes cogentes ao legislador, não é capaz de esgotar as possibilidades de regulação da vida em sociedade.

Ao que parece, não pecou o constituinte por adotar uma espécie de “fetichismo institucional” quando do ato fundador do ordenamento jurídico pátrio. Tal fetichismo consistiria em um ideário para o qual concepções institucionais abstratas, como a economia de mercado, possuem uma forma única e necessária de manifestação no mundo fático (UNGER, 2004, p. 17). A ordem econômica brasileira é notoriamente um sistema de livre mercado, muito embora este possa se manifestar sob as mais variadas roupagens, apresentando-se ora com uma maior presença do Estado, enquanto noutros momentos a intervenção estatal é mitigada sob os auspícios de um necessário enxugamento da máquina pública.

Não podemos, portanto, sustentar a existência de uma Constituição econômica imparcial, marcada por uma neutralidade frente aos ideais de livre mercado e de economia planificada. Uma vez não podendo o constituinte, à época da promulgação da Constituição, obter um consenso político acerca do modelo econômico específico a ser implantado no Brasil, optou este por inserir uma série de “compromissos dilatatórios”, ou seja, diversas disposições abstratas que permitem ao legislador densificar tais construções conforme as condições políticas de cada época (SOUZA NETO; MENDONÇA, p. 737).

Nesse mesmo sentido, André Rodrigues Cyrino faz as seguintes considerações:

Estariamos, assim, diante de uma Constituição econômica tendencialmente imparcial – tanto no seu conjunto, ou especialmente, na interpretação do art. 173. Se não houve consenso durante a assembleia constituinte, não poderia o consenso ser agora extraído do

teor das normas constitucionais. A decisão sobre o conteúdo econômico teria sido adiada; delegada aos agentes políticos que escolheriam as melhores formas de intervenção em cada conjuntura. (CYRINO, 2015, p. 52)

Deve-se atentar, contudo, ao fato de que, ainda que indeterminados os contornos precisos da ordem econômica pátria, cabendo ao legislador ordinário a sua concretização, existe uma moldura constitucional que impede modificações extremas.

Nesse passo, a década de 1990 foi marcante pelas reformas operadas na estrutura do Estado e pela redefinição do papel deste, evidenciando o mencionado caráter aberto da ordem econômica na Constituição de 1988. Durante esse período instituiu-se o Programa Nacional de Desestatização, criado pela Lei n.º 8.031/1990. Para tal programa, nascido em um ambiente de extrema cautela com o crescimento da dívida pública, a posição estratégica do Estado na economia deveria ser revista, transferindo-se à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público. Em síntese, buscava-se permitir que a Administração Pública concentrasse seus esforços nas atividades em que a presença do Estado fosse fundamental.

Também em 1990 foi criado o Programa Federal de Desregulamentação, instituído pelo Decreto n.º 99.179/1990. Tal programa, fundamentado num ideal de liberdade individual, tinha como objetivos fortalecer a iniciativa privada, reduzir a interferência do Estado, bem como contribuir para a maior eficiência e menor custo dos serviços prestados pela Administração Pública Federal. Tem-se, portanto, uma valorização do papel fiscalizador do Estado, enquanto por outro lado há uma redução em seu papel prestador.

Essas reformas surgiram em resposta ao esgotamento do ideário nacional-desenvolvimentista, principalmente diante das dificuldades econômicas que o país enfrentava durante a década de 1980. A crise fiscal, o esgotamento da estatização por meio da intervenção do Estado e a necessidade de substituição de um modelo burocrático de administração, implantado pelo governo de Getúlio Vargas, foram fatores determinantes na busca pela modernização do Estado brasileiro (NUNES, 2007, p. 41). Posteriormente, já no governo Fernando Henrique Cardoso, operou-se a flexibilização, por meio de reformas constitucionais, de diversos setores monopolizados pelo Estado, como, por exemplo, a indústria petrolífera e o setor de telecomunicações.

No entanto, vale mencionar as críticas dirigidas por Gilberto Bercovici (2010, p. 89) ao modelo de reforma do Estado concretizado na década de 1990, segundo as quais:

A chamada “Reforma do Estado” da década de 1990 não reformou o Estado. Afinal, as “agências independentes”, que, na realidade não são independentes, foram simplesmente acrescentadas à estrutura administrativa brasileira, não modificaram a administração pública, ainda configurada pelo Decreto-Lei nº 200/1967, apenas deram uma aura de modernidade ao tradicional patrimonialismo que caracteriza o Estado brasileiro.

Não houve, portanto, qualquer modificação significativa na estrutura da Administração Pública. No caso das empresas estatais, limitou-se a Constituição a recepcionar, em grande medida, o regime jurídico anterior, notadamente aquele criado pelo Decreto-Lei n.º 200/1967. Obviamente, todas as leis vigentes no ordenamento jurídico pátrio devem ser lidas com vistas ao que estabelece a Constituição, inclusive no que diz respeito aos princípios da administração pública que norteiam a atividade estatal sob a égide do novo texto constitucional.

No entanto, em alusão à célebre frase elaborada por Otto Mayer, ainda é possível sustentar, grosso modo, que “*o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece*” (BERCOVICI, 2010). Logo, não obstante o surgimento de novas Constituições, verifica-se a permanência de um aparato burocrático que, em linhas gerais, sobrevive aos impulsos constituintes. No entanto, apesar da reminiscência de importantes estruturas estatais ultrapassadas, um novo modelo de Administração parece se construir aos poucos no Brasil.

3.4 - O REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PÚBLICAS E DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A atuação direta do Estado no mercado, valendo-se de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, traz à tona um conceito indispensável para a correta compreensão de seu papel no ambiente econômico. Pois bem, trata-se do conceito de intervenção no domínio econômico.

A própria palavra “intervenção” pressupõe a atuação em área de outrem, ou seja, a prática de atos em domínio de terceiros. Assim, ao se falar em intervenção do Estado

no domínio econômico, deve-se ter em mente que este “domínio econômico” foi constitucionalmente reservado à atuação dos particulares.

No entanto, não se está aqui a dizer que o Estado somente exerce atividade econômica por meios interventivos. O serviço público, por exemplo, também se afigura como uma espécie de atividade econômica, especificamente no que tange ao seu sentido amplo. Tem-se, assim uma divisão do gênero “atividade econômica” em duas espécies: serviço público e atividade econômica em sentido estrito. (GRAU, 2012, p. 40) Enquanto o exercício do serviço público compete preferencialmente, mas não exclusivamente, ao Poder Público; a exploração de atividade econômica em sentido estrito é campo de atuação preferencial dos particulares.

Essa dualidade entre as espécies de atividade econômica é contingente, podendo ser alterada conforme a evolução das relações sociais. No que diz respeito aos serviços públicos, especificamente, estes poderiam ser enquadrados tanto como atividades privadas quanto como funções atribuídas ao Poder Público. Trata-se, pois, de clara opção do órgão legislativo que, em razão de determinada opção política, traça as fronteiras entre serviço público e a seara de atuação privada. Tendo isso em conta, “*o Constituinte ou o Legislador, em função de uma avaliação do interesse da coletividade em determinado momento histórico, entendeu que o Estado deveria, para cumprir as suas funções constitucionais de proteção dos liames sociais, tomar a atividade como sua*” (ARAGÃO, 2013, p. 127).

Assim, não se deve tratar tal divisão entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito como uma demarcação natural do campo de atuação de dois atores sociais distintos. A configuração da ordem econômica é sempre fruto de escolhas políticas instrumentalizadas pelo Direito, e não uma ordem natural a-jurídica e pré-jurídica. Dessa maneira, a dualidade entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito encontra suas bases no texto constitucional.

Ao tratar da ordem econômica, a Constituição Federal, em seu art. 173, caput, estabelece o seguinte:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Cuida tal dispositivo, logicamente, da atividade econômica em sentido estrito, vez que conforme o art. 175, também da Constituição Federal, incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão a prestação de serviços públicos.

Interessante notar que, apesar da existência de empresas públicas, assim como sociedades de economia mista, prestadoras de serviço público, é no já mencionado art. 173 que se encontra o regramento constitucional de tais entidades. Embora integrantes da Administração Indireta, tais entidades revestem-se de personalidade jurídica de direito privado. Nesse sentido, o art. 173, § 1º, II, é claro ao sujeitar as estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive naquilo que diz respeito aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.²⁹

No entanto, apesar de se constituírem como pessoas jurídicas de direito privado, não é possível sustentar que o regime jurídico dessas empresas seja privado em sua integralidade. Diversas são as normas que exaltam seus traços publicísticos, reafirmando o fato de que qualquer ente criado pelo Poder Público, com a utilização de recursos públicos, tem como fim a promoção do interesse coletivo. Nessa toada, os entes empresariais do Estado estão sujeitos, até certo ponto, aos controles próprios da Administração Pública e às disposições legais sobre licitações e concursos públicos.

Noutras palavras, os sujeitos criados pela vontade estatal possuem um inegável viés instrumental, não existindo, assim, como um fim em si mesmos. Servem antes de tudo ao interesse público, interesse este que se apresenta como a sua própria razão de ser. (MELLO, 2002). Aliás, a própria Constituição estabelece como um dos requisitos para a intervenção do Estado no domínio econômico a existência de relevante interesse coletivo.

Tratar as sociedades de economia mista ou empresas públicas como pessoas inteiramente submissas ao regime jurídico aplicado à generalidade das pessoas de direito privado não faria o mínimo sentido. Se esta fosse a real intenção do legislador tais entidades não existiriam como categorias jurídicas autônomas (MELLO, 2002). Nesse passo, há uma dualidade intrínseca ao enquadramento teórico de tais empresas. Enquanto por um lado as estatais surgem como uma tentativa de tirar das mãos do núcleo duro da burocracia estatal determinadas atividades, exercendo-as com maior agilidade; tem-se,

²⁹ Ressalte-se, ademais, que, por força do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

noutro lado, que tais pessoas jurídicas apresentam como sua razão existencial a promoção do interesse público, sujeitando-se, portanto, ao menos parcialmente, ao regime de controle administrativo.

O Estado, ao dotar determinada instituição cuja finalidade é a promoção do interesse público com uma estrutura funcional de direito privado, preocupa-se com a garantia de meios de atuação mais ágeis e eficientes para a consecução de seus objetivos. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “*as normas de direito privado comparecem no que concerne ao seu regime operacional, pois o que se pretendeu foi tão somente foi outorga-lhes meios de ação dotados de maior agilidade e desenvoltura*” (MELLO, 2002). Assim, a opção por uma estrutura empresarial nos moldes dos atores privados é resultado da preocupação do legislador em criar uma criatura mais capacitada para lidar com o ambiente volátil do mercado, sendo esta notadamente comprometida com a eficiência de suas atividades.

Em sentido oposto, a incidência do regime jurídico de direito público transparece principalmente no que diz respeito ao controle de tais entidades (MELLO, 2002). Temos, como exemplo de norma derogadora do regime jurídico privado, a obrigatoriedade de licitação, observando-se os princípios da Administração Pública, na contratação de obras, serviços, compras e alienações, disposta no inciso III do parágrafo mencionado anteriormente.

Muito embora tenha ficado claro que o regime jurídico das empresas estatais não é privado em sua integralidade, é possível verificar diferentes graus de vinculação às normas de direito público por parte das empresas públicas e sociedades de economia mista. Surge, então, a diferenciação feita por grande parte da doutrina entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica.

Em suma, conforme entende parte majoritária da doutrina e da jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal, o art. 173 da Constituição seria aplicável somente às empresas estatais exploradoras de atividade econômica em regime de concorrência, estando as prestadoras de serviço público submetidas ao regime do art. 175 do texto constitucional

Tal subdivisão, no entanto, não é isenta de críticas. Para alguns doutrinadores, tal diferenciação entre “prestadoras de serviço público” e “exploradoras de atividade econômica” teria um efeito contrário ao ideal de despublicização que fundamentou a

criação de tais entidades. Extinguir-se-ia, portanto, a lógica de conferir maior agilidade, flexibilidade e comprometimento com resultados inerente à criação de entidades de caráter empresarial integrantes da Administração Pública (SUNDFELD; SOUZA, 2013, p. 90).

Haveria, assim, uma tendência à “autarquização” das empresas estatais, resultante da captura destas pelo regime jurídico de direito público (MARQUES NETO, 2006, p. 579). O Supremo Tribunal Federal, em repetidas ocasiões, tem se mostrado o principal ator nesse processo de captura. Em relação às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, consolidou-se o entendimento de que diversos dos privilégios concedidos à Fazenda Pública também seriam extensíveis às estatais. É o caso, por exemplo, do reconhecimento da impenhorabilidade dos bens, rendas e serviços da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) quando do julgamento do RE n.º 220.906.³⁰ No mesmo sentido, vale mencionar a concessão de imunidade tributária recíproca às empresas públicas prestadoras de serviço público, nos termos do art. 150, VI, “a”, da Constituição.³¹

No caso da ECT embora parte das suas atividades se dê de forma exclusiva, seus serviços mais rentáveis são desenvolvidos em um ambiente de competição. Curiosamente, o STF, ao julgar a ADPF 46³², reconheceu a distinção entre os diversos

³⁰ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 220906, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2000, DJ 14-11-2002 PP-00015 EMENT VOL-02091-03 PP-00430)

³¹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a. II. - R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido. (RE 398630, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 17/08/2004, DJ 17-09-2004 PP-00083 EMENT VOL-02164-03 PP-00602 RJADCOAS v. 62, 2005, p. 22-27)

³² EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL

serviços prestados pela ECT, garantindo aos Correios apenas a exclusividade no desenvolvimento das atividades postais descritas no art. 9º da Lei n.º 6.538, de 22 de junho de 1978. Assim, nos termos do voto do relator para o acórdão, a exclusividade na prestação dos serviços se restringiu ao recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição para o exterior, de cartas, cartões-postais, correspondência agrupada; bem como a fabricação e emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

Contudo, a Corte Suprema, ao reconhecer a dualidade das atividades da ECT, empresa que, ao mesmo tempo em que explora atividade econômica, é prestadora de serviço público, não modificou seu entendimento acerca da impenhorabilidade dos seus bens. Tem-se, assim, um quadro jurídico no qual uma empresa que exerce atividade econômica em sentido estrito em regime de concorrência, ao menos parcialmente, goza de benefícios próprios da Fazenda Pública, no caso a não aplicação do regime de execução

6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo. (ADPF 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011)

próprio dos privados, destacando-se a impenhorabilidade de seus bens e sua sujeição ao regime dos precatórios.

Apresenta-se, assim, no que tange ao regime das estatais, um quadro jurídico repleto de contradições internas, no qual entidades originariamente criadas com o intuito de possibilitarem uma atuação econômica célere e flexível passam a sofrer uma captura pelo regime jurídico de direito público e uma tendência à “autarquização”.

3.5 - AS EMPRESAS ESTATAIS NA LEI N.º 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013

Como visto anteriormente, a Lei n.º 12.846 estabelece hipóteses de responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. Em uma primeira leitura, no que diz respeito ao objeto do presente trabalho, destaca-se o amplo espectro de abrangência da lei, que se aplica às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da organização ou modelo societário adotado. A princípio, não há qualquer limitação da lei em relação à sua incidência sobre as esferas jurídicas das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Optou o legislador por utilizar o conceito amplíssimo de “pessoa jurídica”.

No entanto, uma leitura mais atenta do texto legal revela um possível paradoxo na aplicação das disposições da Lei Anticorrupção às empresas estatais. O art. 1º da Lei n.º 12.846/2013 é claro ao estabelecer como objeto de proteção da norma a Administração Pública, seja esta nacional ou estrangeira. Nessa medida, a Administração, enquanto bem juridicamente protegido pela referida lei, será sempre o sujeito passivo dos atos de corrupção. Noutras palavras, o Poder Público sempre será a vítima da corrupção, ao menos nos termos da lei em questão, vez que a corrupção entre privados ainda não é objeto específico de regulação pelo ordenamento jurídico brasileiro.

As empresas estatais, não obstante sejam pessoas jurídicas privadas, integram a Administração Pública, fazendo parte daquilo que o Decreto-Lei n.º 200/1967 denominou Administração Indireta. Conseqüentemente, por estarem compreendidas na estrutura organizacional da Administração, qualquer conduta lesiva orquestrada contra essas empresas configura um ato de corrupção passível de enquadramento na Lei Anticorrupção.

Por outro lado, tendo em vista que as sociedades de economia mista e as empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, é possível que tais entidades sejam enquadradas como corruptoras na medida em que pratiquem atos lesivos à Administração, como por exemplo em sua relação com determinada autarquia ou outra empresa estatal. Assim, em tese, esses tipos empresariais se ajustariam à hipótese normativa do art. 1º da mencionada lei, podendo sofrer todas as sanções previstas no diploma normativo.

Tem-se, ao menos em abstrato, a possibilidade de sujeição tanto passiva quanto ativa das empresas estatais, ou seja, em tese, tais entidades podem ser vítimas da corrupção, bem como podem se apresentar como pessoas jurídicas cuja conduta corrupta afeta negativamente outros órgãos da Administração. Pode-se dizer, assim, que ocorre uma dupla sujeição dessas empresas no bojo da Lei 12.846/2013. Surge então a seguinte questão, uma interpretação sistemática das normas que dizem respeito à esfera jurídica das estatais, mormente no que diz atine às disposições constitucionais, permitiria tal dupla sujeição?

É justamente aqui que se insere a discussão doutrinária acerca da conformação da ordem econômica brasileira e a consequente posição das estatais em tal sistema. O regime jurídico das empresas estatais é o fator determinante na imposição das sanções da Lei Anticorrupção, mormente naquilo que diz respeito à sua inserção ou não em um ambiente concorrencial.

3.5.1 – AS EMPRESAS ESTATAIS ENQUANTO SUJEITOS-ATIVOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO

O descumprimento de determinado dever jurídico pressupõe a existência de um sujeito cuja conduta seja contrária ao direito. Logo, o sujeito que atua em sentido contrário às disposições normativas elencadas em determinada norma recebe a denominação de sujeito ativo, seja este ator pessoa física ou pessoa jurídica, justamente pelo fato de sua conduta configurar o elemento ativo na quebra de certas expectativas normativas.

Tendo isso em consideração, os sujeitos ativos no âmbito da Lei Anticorrupção são aqueles que praticam as condutas elencadas no art. 5º da referida lei. Conforme o mencionado artigo, a aplicação das sanções dispostas na lei têm como pressuposto a prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira. Tais atos lesivos,

como mencionado anteriormente, são aqueles que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Nesse diapasão, um exemplo de tal prática consiste em prometer, oferecer ou dar, indiretamente, vantagem indevida a agente público.

No que diz respeito à sujeição ativa das empresas públicas e das sociedades de economia mista, é possível elencar um rol de quatro possíveis soluções para o problema.³³ Em primeiro lugar, dispensar um tratamento diferenciado às estatais prestadoras de serviço público, em comparação às exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, seria uma das formas de abordar tal problemática. Uma segunda hipótese consistiria em não sujeitar tais empresas às disposições da Lei Anticorrupção em função da sua finalidade pública. Em terceiro lugar, seria possível sustentar que, em razão das peculiaridades do regime jurídico incidente sobre tais entidades, determinadas sanções da lei não seriam aplicáveis às estatais (SANTOS; BERTONCINI; FILHO, 2014). Por fim, a última opção seria submeter tais empresas inteiramente à Lei n.º 12.846/2013, de forma que estas receberiam tratamento idêntico ao reservado aos entes privados inseridos no mercado, nos termos do art. 173, II, da Constituição.

3.5.1.1 – O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Em relação à quarta opção, consistente na submissão total das estatais às sanções da lei, pode-se argumentar, por um lado, que a Constituição Federal, em seu art. 173, § 2º, proibiu a concessão de privilégios às empresas estatais não extensíveis às entidades do setor privado. Nessa medida, subtrair as estatais da competência sancionadora da Lei Anticorrupção resultaria na existência de tratamento diferenciado do Poder Público em detrimento dos entes privados.

Essa proibição contida no bojo do § 2º, do art. 173, é reflexo da opção do constituinte por uma ordem econômica fundada na livre concorrência. É o próprio Texto Constitucional que estabelece, em seu art. 170, IV, a livre concorrência como um dos princípios norteadores do sistema econômico. Frise-se, ademais, que uma das funções do Direito é justamente a proteção de um ambiente concorrencial saudável. No caso

³³ As três primeiras hipóteses são elencadas por SANTOS; BERTONCINI; FILHO, 2014.

brasileiro, a defesa da concorrência é estruturada pela Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011.

No entanto, como mencionado anteriormente, o regime jurídico dessas entidades deve ser interpretado de maneira sistemática, o que resulta em um inescapável conflito entre os princípios norteadores da ordem econômica constitucional. Temos, ao menos em abstrato, um possível conflito entre a opção por uma ordem econômica fundada na livre concorrência e, do outro lado, o interesse público que fundamenta a criação de entes jurídicos de direito privado e o interesse relativo à integridade do patrimônio público, do qual tais entidades fazem parte.

Tem-se, logicamente, que nos casos em que não se afigura possível a existência de um regime de competição não há de se falar em violação ao princípio da livre concorrência. Assim, quanto a esse ponto, não há qualquer problema em retirar as estatais que atuam em regime de monopólio ou de privilégio na prestação de serviços públicos do âmbito de incidência da Lei n.º 12.846/2013. Como defendido anteriormente, pouco importa se a estatal explora atividade em sentido estrito ou se é prestadora de serviço público, o fator determinante para os objetivos do presente trabalho é o fato de esta exercer suas atividades em ambiente concorrencial ou não.³⁴

Quanto aos entes comerciais que exercem suas atividades econômicas em ambiente concorrencial, não há de se falar em qualquer violação ao princípio da livre concorrência resultante da não aplicabilidade das sanções da lei em comento às empresas estatais. No Brasil, a proteção à concorrência, em especial no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, atua no sentido de inibir práticas antijurídicas contrárias à ordem econômica, de forma que o bem jurídico tutelado é o ambiente concorrencial livre no qual se desenvolvem atividades econômicas lícitas. Logicamente, a prática de atos ilícitos não pode ser defendida com fulcro em uma suposta violação ao princípio da livre concorrência. Daí porque não se pode igualar a concessão de privilégios fiscais, os quais atuam na órbita de práticas lícitas, com a desigualdade na aplicação de normas sancionadoras voltadas à repressão de condutas ilícitas.

Ademais, nunca será possível igualar as posições das estatais e das empresas privadas no ambiente de mercado brasileiro, ao menos nas atuais condições jurídicas,

³⁴ Confira-se, nesse sentido: SUNDFELD, Carlos Ari. SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Licitações nas estatais: levando a natureza empresarial a sério**. In.: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações Públicas e Seu Controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

principalmente em face da tendência jurisprudencial de submeter cada vez mais as estatais ao regime jurídico de direito público. Nessa toada, o caráter público de tais entidades não resulta apenas no gozo de privilégios típicos da Administração, mas também na instituição de ônus concorrenciais que as tornam menos competitivas, como, por exemplo: as restrições legais sobre contratações, as limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como as exigências de concurso público.

De toda sorte, a não aplicação das sanções da Lei n.º 12.846/2013 não é capaz de suprir as limitações concorrenciais das empresas estatais. O nível de competitividade de uma pessoa jurídica inserta em ambiente concorrencial deve ser medida com base em seus diferentes aspectos globais, e não de maneira atomizada e restrita a determinados pontos controvertidos.

3.5.1.2 – O PRINCÍPIO DA “INTRASCENDÊNCIA” DA PENA E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Para Fábio Medina Osório, a aplicação das penalidades previstas na Lei Anticorrupção às empresas estatais careceria de qualquer lógica. Sustenta o mencionado autor que:

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? (OSÓRIO, 2014)

Surge então um dos mais importantes fatores a justificar a inaplicabilidade das sanções: a intranscendência da pena. Tradicionalmente, tal regra vem sendo tratada no âmbito do direito penal como a impossibilidade de qualquer pena extrapolar o âmbito pessoal do condenado, em estrita observância ao art. 5º, XLV, da Constituição. Com o surgimento de novas disciplinas sancionadoras, buscou-se aplicar nestas a mesma lógica vigente na seara penal, ou seja, o caráter personalíssimo da pena.

Em termos estritamente técnicos, não é possível sustentar que a aplicação das sanções da Lei n.º 12.846/2013 viole o princípio da intranscendência da pena de forma estrita. Se assim o fosse, a aplicação dessas sanções teria o mesmo resultado no setor privado, vez que, ainda que existente uma personalidade jurídica apartada da pessoa do

sócio, este sofreria indiretamente os impactos das punições impostas à pessoa jurídica. Qualquer imposição sancionadora apresentará reflexos alheios ao sujeito ativo da conduta ilícita. Nenhuma esfera juridicamente protegida se encontra em completo isolamento em relação aos interesses de terceiros. É o caso, por exemplo, da prisão de indivíduo responsável pelo provisionamento financeiro de determinada família, dificultando-se, assim, o sustento familiar.

Apesar da personalidade jurídica de direito privado, as empresas estatais fazem parte da Administração Pública e, conseqüentemente, integram o patrimônio público. Tendo isso em vista, qualquer impacto financeiro sobre tais empresas, seja resultante de queda nos lucros ou do pagamento de multas, redundará em um impacto ao patrimônio da coletividade.

Nessa esteira, entendemos por patrimônio público o conjunto de direitos – patrimoniais ou morais -, bens e valores pertencentes aos entes públicos das três esferas federativas – União, Estados e Municípios -, cuja preservação seja de interesse público (MARTINS, 2013, p. 48), tanto em seu caráter primário quanto em sua faceta secundária.

O que aqui se deve entender por intranscendência da penalidade é, em verdade, a existência de reflexos da condenação contrários ao fundamento teleológico das normas em questão, ou seja, finalidade esta que consiste na promoção do interesse público por meio de instrumentos jurídicos específicos, quais sejam a criação de entidades com personalidade jurídica de direito privado ou normas de direito administrativo sancionador cujo foco específico é o controle da moralidade estatal.

Assim sendo, não nos parece lógica a imposição de sanções estatais aos integrantes da própria Administração Pública. Pode-se dizer, de maneira mais simples, que o Estado estaria a punir a si mesmo em tais hipóteses. O fundamento último da criação de qualquer empresa estatal é o interesse público³⁵, devendo tudo que diga respeito a tais

³⁵ Não se defende aqui o questionável princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares. A não aplicação das sanções administrativas, no caso, não importa na restrição indevida de qualquer direito dos particulares. Considerando a impossibilidade de se separar claramente as esferas pública e privada, adotamos uma concepção de interesse público que se baseia na conjunção tanto dos interesses coletivos quanto dos interesses individuais. Há, pois, a nosso ver, uma indissociabilidade entre interesses coletivos e privados. Isso se dá em virtude de a Constituição definir como funções estatais não só a defesa de uma coletividade abstratamente considerada, mas também a garantia dos direitos dos indivíduos. Nesse sentido, sustenta Gustavo Binbenbojm: “... a realização de interesses privados (reconhecidos pela Constituição como direitos fundamentais) quando em confronto com interesses públicos não constitui desvio de finalidade para a Administração, pois a promoção daqueles também constitui um fim público, conforme restará demonstrado mais à frente. Verifica-se que a proteção, embora parcial, de um interesse privado constitucionalmente consagrado pode representar, da mesma forma, a

entidades observar tal fundamento. No mesmo sentido, a atividade punitiva da Administração também apresenta como vetor principiológico a necessária observância dos imperativos de interesse coletivo.

Toda a atividade estatal deve se voltar ao atendimento de necessidades coletivas. Aliás, vale frisar que a defesa do interesse público é a própria razão de ser da existência de uma entidade soberana nos moldes do Estado-Nação moderno. Nesse sentido, ao tratar da atividade administrativa em termos gerais, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma o seguinte:

Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer o da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada. (MELLO, 2012, p. 101)

No âmbito da responsabilização administrativa, tanto a imposição de multa quanto a publicação extraordinária da decisão condenatória são fatores que repercutem de maneira extremamente negativa na esfera patrimonial pública. Os valores das multas administrativas podem alcançar o patamar de vinte por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, enquanto a publicação extraordinária da sentença condenatória tem o poder de causar sérios danos à honra objetiva de tais entidades, prejudicando, conseqüentemente, sua relação com possíveis investidores e parceiros comerciais.

Por outro lado, podemos imaginar uma hipótese peculiar na qual o argumento pela intranscendência da pena não produzirá as mesmas conseqüências. É o caso da prática de atos de corrupção existente entre entes de diferentes níveis federativos. Noutras palavras, temos como exemplo a ocorrência de condutas corruptivas envolvendo empresa estatal de nível estadual e a Administração central, no caso, a União.

Em tais hipóteses há uma cisão no interesse público, o interesse público nacional não se iguala ao estadual, tanto no plano primário quanto no secundário. Não se trata apenas de uma diferenciação entre os interesses das entidades governamentais em si –

realização de um interesse público. Ao contrário do que se costuma apregoar, a satisfação de um pode representar, igualmente, a promoção do outro” (BINENBOJM, 2014, p. 99).

União, Estados e Municípios – mas sim de um interesse coletivo que atua em diferentes níveis – nacional, regional e local.

Como dito anteriormente, a Administração Pública somente pode atuar em prol de certos objetivos previamente definidos em determinadas normas. A atuação do Poder Público é caracterizada pelo exercício de uma função pública que, enquanto função, está atrelada à tutela de interesses alheios, no caso, a coletividade. Tal “função” pode ser traduzida no exercício de poderes-deveres por parte do Estado, poderes que somente são legítimos na medida em que exercidos no cumprimento de deveres pré-determinados. O exercício dos poderes estatais, em suma, é pautado pela sua instrumentalidade em relação aos fins estabelecidos pelo ordenamento jurídico (MEDAUAR, 2011, p. 115).³⁶

Nesse passo, os interesses que fundamentam a atuação administrativa da União são diferentes daqueles que baseiam o exercício dos poderes administrativos no âmbito estadual. Assim sendo, não é possível argumentar que na hipótese acima o Estado estaria a punir a si mesmo. A prática de atos corruptivos por parte de empresa estatal de determinado Estado-membro em detrimento do patrimônio da União, por exemplo, seria uma das únicas exceções à não aplicabilidade da lei aos entes empresariais do Estado.

Além das sanções de cunho administrativo, a Lei Anticorrupção traz em seu bojo a responsabilização de natureza civil. Por se tratarem de sanções muito mais graves que as atinentes ao processo administrativo, entendeu por bem o legislador conceder a competência para a imposição de tais penalidades ao Judiciário.

Resumem-se tais penas ao 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; a suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica infratora; dissolução compulsória da pessoa jurídica; e, por fim, a 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.

³⁶ Nesse sentido, assevera Odete Medauar: “Assim, as atividades da Administração Pública configuram-se, em princípio, como função. A referibilidade a um fim mostra o caráter instrumental do poder. Os limites postos pelo ordenamento ao exercício do poder administrativo correspondem à exigência de garantir o vínculo do poder ao fim para o qual foi atribuído. Mediante a ideia de função o poder administrativo apresenta, portanto, conotação peculiar, pois se canaliza a um fim, implicando, além de prerrogativas, deveres, ônus, sujeições” (MEDAUAR, 2011, p. 115).

No que diz respeito à suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica infratora também fica clara a incompatibilidade de tal sanção ao regime jurídico das empresas estatais. Nesse caso, a paralisação da estrutura produtiva de determinada estatal pode causar prejuízos infinitamente mais relevantes ao interesse coletivo que aqueles causados pelo ato de corrupção ensejador da sanção em questão. Podemos citar, por exemplo, empresas do porte da PETROBRÁS S/A ou da ELETROBRÁS S/A, companhias as quais exercem relevante papel estratégico na economia nacional.

Quanto à dissolução compulsória da pessoa jurídica, tal penalidade é indiscutivelmente inaplicável em relação às empresas estatais. Empresas públicas e sociedades de economia mista somente podem ser criadas mediante autorização por lei específica, conforme estabelece o art. 5º do Decreto Lei n.º 200, bem como o art. 37, XIX, da Constituição Federal. Valendo-se da mesma lógica, tem-se, pois, que os entes que necessitam de autorização legal para sua criação somente podem ser extintos pelos mesmos instrumentos responsáveis pela sua existência, percebe-se, pois, a incidência do princípio do paralelismo das formas.

Noutras palavras, as empresas estatais somente podem ser extintas com fulcro nas disposições de lei específica. Consequentemente, a dissolução das entidades de cunho empresarial integrantes da Administração Pública Indireta é assunto a ser tratado na órbita dos juízos de oportunidade e conveniência do legislador, não tendo o Judiciário ou o Executivo qualquer papel em tal extinção.

3.5.1.3 – A RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS NATURAIS E DOS COAUTORES COMO FATOR A JUSTIFICAR A INAPLICABILIDADE DAS SANÇÕES DA LEI ANTICORRUPÇÃO

É difícil imaginar alguma prática corrupta que beneficie determinada empresa pública. Tradicionalmente, as estatais sempre foram utilizadas como instrumentos capazes de propiciar o gozo de benefícios privados por agentes públicos e particulares. Noutras palavras, a corrupção é sempre um meio de alcançar vantagens indevidas que serão usufruídas na esfera particular.

Se os ganhos sempre se limitam ao âmbito privado, qual a lógica de se punir um ente integrante da Administração Pública? Embora o ato corrupto possa advir da estatal enquanto pessoa jurídica, esta é utilizada unicamente como um instrumento que

possibilita a obtenção de benefícios privados, ou seja, o sacrifício do interesse público em prol de pretensões particulares.

Conforme o art. 3º da Lei Anticorrupção, a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, bem como qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ilícito. Estabeleceu a lei, de maneira expressa, a independência entre a responsabilidade das pessoas jurídicas e a responsabilidade das pessoas naturais envolvidas na prática das condutas tidas como ilícitas pela lei em comento. Contudo, entendemos que tal lógica não se aplica quando se tem sob a mira da sanção estatal empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Como destacamos anteriormente, o interesse público envolto tanto na criação das estatais quanto na imposição das sanções legais da Lei Anticorrupção é o principal fator a justificar a aplicabilidade destas na seara da atividade empresarial do Estado. Poder-se-ia afirmar, no entanto, que diante de tais hipóteses o Poder Público estaria a ignorar a existência de condutas corruptas e permitir que atos lesivos ao patrimônio público restassem impunes.

Inobstante a existência de tal linha de raciocínio, deve-se atentar ao fato de que, mesmo em face da não punibilidade das estatais, subsistem ainda os instrumentos jurídicos de responsabilização das demais pessoas envolvidas, principalmente pessoas jurídicas coautoras e agentes públicos envolvidos, por exemplo. Tem-se, nesse sentido, a possibilidade de responsabilização penal, a imposição de sanções decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa, a responsabilização no âmbito do controle externo, bem como a utilização da Ação Civil Pública e da Ação Popular.

3.5.1.4 – O COMPLIANCE NAS EMPRESAS ESTATAIS

Ainda que se configurem como pessoas jurídicas de direito privado, as empresas estatais estão sujeitas ao controle administrativo, embora de forma atenuada, exercido pelos órgãos competentes, como, por exemplo, o controle atribuído aos Tribunais de Contas. Nos termos do art. 71, I, da CF, as estatais são objeto do controle externo exercido pelo TCU, não havendo qualquer restrição em relação à Administração Indireta. Insta

salientar, inclusive, que o STF reconheceu a competência do TCU para exercer o controle externo relativo às empresas estatais quando do julgamento do MS 25.181/DF.³⁷

Ademais, devem tais entidades obedecer aos princípios regentes da Administração Pública, mormente aqueles elencados no art. 37 da Constituição Federal. Já existe no ordenamento jurídico brasileiro uma série de instrumentos cuja função precípua é o controle da probidade no âmbito das empresas estatais, sejam estas prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica em sentido estrito.

Contudo, a existência de outros mecanismos de controle não justifica a inaplicabilidade dos dispositivos normativos relativos ao *compliance* nas empresas estatais. Ao passo em que a imposição de sanções a tais pessoas jurídicas atenta contra a devida promoção do interesse público; a criação de mecanismos internos de controle, por outro lado, vai ao encontro dos interesses gerais da coletividade. Há, nesse ponto, uma multiplicação dos mecanismos de controle, que, por sua vez, passam a operar em diversos níveis.

Assim sendo, deve-se buscar aplicar, no âmbito das estatais, o disposto no art. 42 do Decreto n.º 8.420/2015. Os programas de integridade dessas entidades deverão, portanto, estabelecer treinamentos periódicos, análise periódica dos riscos para realizar adaptações ao respectivo programa, a independência do órgão de controle interno responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento, bem como diversas outras medidas enfeixadas no decreto regulamentador.

Em conclusão, entendemos ser mais adequada a interpretação que retira totalmente as empresas públicas e sociedades de economia mista do âmbito de incidência

³⁷ MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ATRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO - CONSULTOR JURÍDICO - SUSTENTAÇÃO DA TRIBUNA. Versando o mandado de segurança ausência de atribuição do Tribunal de Contas da União, cabível é a sustentação da tribuna pelo consultor jurídico do Órgão. MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - CHAMAMENTO AO PROCESSO DAS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO - INADEQUAÇÃO. A previsão do artigo 49 da Constituição Federal - de cumprir ao Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta - não atrai a participação do Poder Legislativo na relação processual de mandado de segurança impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - FISCALIZAÇÃO. Ao Tribunal de Contas da União incumbe atuar relativamente à gestão de sociedades de economia mista. Nova inteligência conferida ao inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, ficando superada a jurisprudência que veio a ser firmada com o julgamento dos Mandados de Segurança n.ºs 23.627-2/DF e 23.875-5/DF. (MS 25181, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2005, DJ 16-06-2006 PP-00006 EMENT VOL-02237-01 PP-00131)

das sanções da Lei n.º 12.846/2013, ao menos enquanto estas se afigurarem como sujeitos ativos da prática dos atos de corrupção elencados no diploma legislativo em questão.

3.5.2 – A SUJEIÇÃO PASSIVA DAS EMPRESAS ESTATAIS ÀS NORMAS DA LEI ANTICORRUPÇÃO

Em contraposição à noção de sujeito ativo, tem-se como consequência lógica a existência de um sujeito passivo, ou seja, aquele cuja esfera juridicamente protegida é atingida pelos atos ilícitos de outrem. Nos termos do art. 1º da lei em análise, a responsabilização jurídica em virtude da prática de atos de corrupção se dá justamente quando tais atos forem praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Entendemos por sujeição passiva a tutela gozada pela Administração Pública no bojo da Lei Anticorrupção, ou seja, a integridade da Administração é o bem jurídico protegido pela lei, mormente no que tange ao princípio da moralidade administrativa. Assim sendo, quando o texto legal fala em “*responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública*”, sem fazer qualquer restrição ao conceito de Administração Pública, deve-se entender que o intuito do legislador foi tutelar tanto a Administração Direta quanto a Administração Indireta.

Consequentemente, qualquer ato lesivo praticado contra entidades da Administração Indireta atrairá a incidência das normas da Lei Anticorrupção, quais sejam empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas ou autarquias, conforme o disposto no art. 4º do Decreto-Lei n.º 200/1967.³⁸

3.5.2.1 – A DICOTOMIA PÚBLICO X PRIVADO

³⁸ Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista. d) fundações públicas.

A conclusão acima exposta, contudo, não é tão lógica o quanto parece. As empresas estatais foram criadas com a finalidade de desenvolverem determinadas atividades econômicas em sentido amplo de uma maneira mais ágil e menos burocratizada. Conseqüentemente, a opção por uma pessoa jurídica de direito privado com estrutura empresarial não foi feita aleatoriamente, devendo-se respeitar, portanto, a sistemática jurídica desenhada para tais entidades.

Tendo isso em conta, uma questão de extrema relevância emerge: por serem as empresas estatais pessoas jurídicas de direito privado, que praticam atos jurídicos de natureza privada, e não atos administrativos, poder-se-ia caracterizar a corrupção que as envolvesse como mera corrupção entre privados, não tutelada, pois, pela lei em questão? Noutras palavras, a equiparação das empresas estatais às demais pessoas jurídicas empresariais de direito privado seria capaz de afastar a aplicação da Lei Anticorrupção?

Para Modesto Carvalhosa, a natureza privada dos atos das empresas estatais não afastaria a incidência da Lei Anticorrupção. Nas palavras do ilustre professor, não haveria de se falar em mera corrupção entre privados, vez que:

(...) as empresas públicas e, nelas, as de economia mista, as fundações e os institutos públicos pertencem ao patrimônio público, integrando a Administração Indireta, ainda que operem no setor privado como pessoas jurídicas sujeitas aos efeitos dos contratos privados, como *v. g.*, a Petrobrás e a Eletrobrás. (CARVALHOSA, 2015, p. 65)

Percebe-se, pois, que a qualificação das estatais enquanto sujeitos passivos dos ilícitos relacionados à Lei n.º 12.846/2013 toma como parâmetro uma distinção entre público e privado. No entanto, como bem acentuado por Lucas Rocha Furtado, a divisão entre esfera pública e esfera privada não é tão simples quanto nos fazem crer determinadas correntes doutrinárias, sendo, em alguns casos, impossível realizar tal distinção (FURTADO, 2015, p. 30). A superação dos paradigmas do Estado Liberal e do Estado de Bem-Estar resultou na quebra de uma concepção simplista de separação entre público e privado, que, note-se, estava presente em ambos os paradigmas.

Nesse passo, o paradigma do Estado Democrático de Direito, tal qual posto por Menelick de Carvalho Netto (2002), surge acompanhado de novos tipos de direitos que transcendem à dicotomia clássica entre público e privado, indo além dos ditos “direitos de primeira geração” e dos direitos de cunho prestacional do Estado Social. Nesse processo de sedimentação de um novo paradigma constitucional começam a surgir

direitos coletivos, ou de caráter transindividual, direitos estes cuja titularidade não mais se restringe ao tradicional sujeito de direitos, seja este pessoa física ou pessoa jurídica.

Outrossim, opera-se um processo de quebra da nitidez das fronteiras entre esfera pública e esfera privada. Atualmente, o público não se resume ao estatal, sendo fácil perceber um incontável número de hipóteses nas quais entidades organizadas do setor civil, entidades privadas, frise-se, litigam contra o Estado com fundamento na defesa de interesses coletivos.

Tais transformações, inclusive, apresentam reflexos altamente perceptíveis no campo do Direito Administrativo. A passagem de uma Administração Pública piramidal e altamente hierárquica para uma Administração policêntrica e a notória cooperação entre Estado e entes privados na consecução de benefícios sociais são fatores que dificultam uma separação estanque entre público e privado. Nesse mesmo sentido, Lucas Rocha Furtado assevera que:

O repasse de fundos públicos para Organizações Não Governamentais, a delegação de serviços públicos a empresas privadas concessionárias de serviços públicos, os processos de privatização, a utilização com cada vez maior intensidade de instrumentos jurídicos do Direito Privado pela Administração Pública resultaram por criar um cenário em que a definição do que é público em oposição ao privado deixou de ser tão nítida. (FURTADO, 2015, p. 31)

Muito embora não se deva restringir o fenômeno da corrupção ao desvio do interesse público em prol de interesses privados, o fato é que no ordenamento jurídico brasileiro a corrupção entre privados não é objeto específico da regulamentação de normas sancionadoras penais ou administrativas. Inclusive, a própria lei aqui em análise somente sanciona condutas relacionadas ao desempenho da atividade administrativa.

Indo ao encontro do posicionamento externado pelo ilustre professor Modesto Carvalhosa, defendemos que o caráter privado dos atos praticados pelas empresas estatais não afasta a incidência das sanções da Lei n.º 12.846/2013 em face de atos de corrupção lesivos à Administração Pública Indireta, especificamente no que diz respeito às empresas públicas e sociedades de economia mista. É justamente a ausência de fronteiras fixas entre as esferas pública e privada que permite que interesses públicos sejam defendidos mesmo em relações jurídicas tradicionalmente tidas como de Direito Privado, como é o caso dos contratos comerciais das estatais.

A mesma lógica utilizada para atrair a incidência da lei nas hipóteses de atos lesivos às estatais impossibilita a punição destas pela Lei Anticorrupção. De maneira simplificada, o caráter público que permite que tais empresas sejam tuteladas pela Lei n.º 12.846/2013 é o mesmo que impede que estas sejam atingidas pelas normas sancionadoras desta mesma lei.

3.5.2.2 – A IGUALDADE DE CONDIÇÕES ENTRE EMPRESAS ESTATAIS E EMPRESAS PRIVADAS

Podemos analisar a questão ainda sob outro ângulo, um que diga respeito especificamente à livre concorrência e à igualdade de condições entre particulares e Estado quando da exploração de atividade econômica. Como visto acima, a Constituição enfeixou em seu art. 170 uma série de princípios regentes da ordem econômica, dentre eles a livre concorrência. Posteriormente, o texto constitucional, em seu art. 173, § 2º, proíbe a concessão de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado, o que pode ser visto como uma espécie de regra específica detalhando o princípio da livre concorrência em uma hipótese específica.

Não obstante o teor literal dos dispositivos acima, a relação entre livre concorrência e empresas estatais não deve se limitar à proibição de privilégios fiscais não extensíveis ao setor privado, devendo tal princípio ser entendido como a proibição de qualquer privilégio às empresas estatais que não seja justificável com fundamento no próprio texto constitucional.

Exemplos desses privilégios indevidos são o reconhecimento da impenhorabilidade dos bens da ECT, bem como a submissão desta estatal ao regime de execução próprio da Fazenda Pública, inclusive com o pagamento de seus débitos por meio de precatórios. Vale mencionar ainda, como exposto anteriormente, o reconhecimento da imunidade tributária recíproca incidente sobre as empresas estatais prestadoras de serviço público.

Importante frisar, acerca da livre concorrência entre entidades privadas e empresas estatais, que a proibição de privilégios somente é compreensível se o ente público exerce suas atividades em um ambiente concorrencial. Assim, não faz sentido proibir a concessão dessas benesses quando a empresa estatal exerça o monopólio de

determinada atividade econômica em sentido estrito ou, ainda, goze de situação de privilégio na prestação de serviços públicos sem concorrentes.

Nesse cenário, poder-se-ia afirmar que a sujeição passiva das empresas estatais aos atos de corrupção elencados na Lei n.º 12.846/2013 seria uma espécie de benefício não extensivo ao setor privado. Tem-se, pois, que a tutela estatal, no caso a proteção jurídica conferida aos entes da Administração Pública pela Lei Anticorrupção, poderia ser entendida como um benefício do qual não gozam as empresas do setor privado.

Emerge aqui, novamente, a questão relativa à diferença de regimes jurídicos. Como dito anteriormente no tópico atinente à sujeição passiva na Lei n.º 12.846/2013, as estatais sofrem severos ônus concorrenciais decorrentes de seus traços publicísticos, não sendo válido afirmar que a tutela jurídica da lei em estudo seja capaz de suprir tais limitações e alçar as estatais a patamar de competitividade capaz de agredir o princípio da livre concorrência.

3.6 – UMA HIPÓTESE PECULIAR: AS EMPRESAS PÚBLICO-PRIVADAS

Uma vez afastada a possibilidade de aplicação das sanções administrativas da Lei n.º 12.846/2013 às empresas estatais, resta lançar olhar sobre uma modalidade peculiar de intervenção de cunho empresarial do Estado na economia, as assim denominadas “empresas público-privadas”. No âmbito do presente trabalho, adotaremos o conceito elaborado por Alexandre Santos de Aragão, a teor do qual temos o seguinte:

Empresas público privadas seriam, assim, as sociedades comerciais privadas, com participação estatal direta ou indireta, minoritária com vistas à realização de determinado objetivo público incumbido pelo ordenamento jurídico ao Estado. (ARAGÃO, 2015, p. 20)

Note-se, inclusive, que essa hipótese de participação estatal encontra respaldo no texto constitucional, que, em seu art. 37, inciso XX, possibilita a criação de subsidiárias de empresas públicas ou sociedades de economia mista, assim como sua participação societária em empresas privadas, observando-se, em ambos os casos, a devida autorização legislativa.

Diante dessa possibilidade de participação minoritária do Estado em sociedades privadas, pode-se sustentar que a instituição de empresas público-privadas é mais um instrumento do qual se vale o Estado para intervir no meio econômico. Ao adquirir

participação acionária em certas sociedades, o Estado intervém na economia de duas maneiras principais. Primeiramente, tal modalidade de intervenção possibilita a injeção de recursos públicos em determinado setor da economia, permitindo, assim, uma espécie de fomento estatal ao desenvolvimento de atividades econômicas que são desenvolvidas por uma entidade comercial em específico.

Em segundo lugar, a participação societária do Estado se insere em uma tendência contemporânea marcada pela instituição de limites aos poderes dos controladores das sociedades anônimas, principalmente no que diz respeito às sociedades de economia mista. Há, pois, um incremento no poder estatal de influenciar o comportamento dos agentes privados, no caso, o ente público passa a interferir internamente na empresa privada, passando a ter voz, assim, na gerência empresarial de sociedades atuantes em setores considerados estratégicos pelo Poder Público

Contudo, as duas justificativas acima mencionadas não esgotam as possíveis razões que podem levar o Poder Público a adquirir participação societária em sociedades privadas. Alexandre Santos de Aragão, ao citar Giuseppe Marcon, elenca uma série de outros motivos para a participação minoritária do Estado, como, por exemplo a capacidade de se obter diretamente informações relevantes sobre determinados setores produtivos, ou, ainda, demonstrar o interesse público em “*promover uma gradual aquisição de posição de controle*” (ARAGÃO, 2015, p. 26). Embora variados, todos esses motivos nos remetem ao conceito de interesse público, ou seja, qualquer das mencionadas razões que levam o Estado a intervir de tal maneira no domínio econômico se insere na noção de interesse público.

Importante ressaltar que, ainda que a participação societária do ente estatal seja minoritária, é possível que o Estado detenha um poder de gerência superior à proporção de sua participação na estrutura societária. Assim, permite-se, nesses casos, a equiparação do Estado ao controlador da sociedade, mesmo que este não detenha a maioria do capital votante. É, inclusive, o que se depreende do art. 3º, inciso IV, da Instrução n.º 361 da Comissão de Valores Mobiliários.³⁹

³⁹ IV – acionista controlador: a pessoa, natural ou jurídica, fundo ou universalidade de direitos ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, direto ou indireto, que:

a) seja titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
b) use efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Nesse contexto, um dos instrumentos jurídicos que podem fornecer ao acionista minoritário essa espécie de controle societário é a figura do acordo de acionistas. A respeito de tais acordos, o art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas⁴⁰ possibilita ampla margem de negociação sobre o exercício do direito a voto ou do poder de controle, sendo possível, por exemplo, estipulações negociais sobre a escolha de representantes da diretoria e o poder de veto em algumas matérias.

Noutro giro, quando da reforma da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/1976), realizada pela Lei n.º 10.303/2001, introduziu-se no direito brasileiro um novo instrumento societário, conhecido como “*golden share*”. Essa alteração, nos termos do art. 17, § 7º, da Lei n.º 6.404/1976, possibilitou, nas companhias privatizadas, a criação de ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembleia-geral. Possibilita-se, pois, através da criação de “*golden shares*”, um controle acionário *sui generis*, podendo o Estado, mesmo detendo participação minoritária, exercer papel semelhante ao de controlador nas matérias elencadas no estatuto social.

A participação estatal em tais hipóteses apresenta uma série de efeitos práticos relacionados ao Direito Administrativo. No âmbito da Lei Geral de Licitações, verifica-se a existência de uma hipótese peculiar de dispensa de licitação, disposta no art. 24, inciso XXIII, na contratação realizada por empresas públicas e sociedades de economia mista com suas subsidiárias e controladas.⁴¹

Diante dessas considerações sobre as empresas público-privadas, surge o seguinte questionamento: tais empresas se assemelhariam às sociedades de economia mista no que diz respeito à aplicabilidade das sanções da Lei Anticorrupção? Seria a mera participação estatal um fator a determinar o afastamento das normas sancionadoras da Lei n.º 12.846/2013?

⁴⁰ Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede. (Redação dada pela Lei n.º 10.303, de 2001)

⁴¹ XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Como visto, a participação societária do Estado em sociedades comerciais particulares sempre deverá ter como fundamento o interesse público, interesse o qual é o mesmo que motiva a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista. Contudo, entendemos que o regime jurídico das empresas público-privadas é plenamente compatível com a imposição das sanções da Lei Anticorrupção.

Por se tratarem de entidades inteiramente sujeitas ao regime jurídico de direito Privado, entendemos que o interesse público no combate à corrupção e na promoção da moralidade pública seja maior que o interesse público envolto na existência de efeitos patrimoniais reflexos na aplicação das sanções legais. Tais impactos, inclusive, seriam diluídos entre os particulares detentores do restante do capital social

Não há de se imaginar, sob outra ótica, que negócios jurídicos de cunho estritamente privado como o acordo de acionistas ou a instituição de “*golden shares*” possam afastar a aplicação de normas de Direito Público de caráter cogente.

Ademais, diferentemente do que ocorre com as sociedades de economia mista, não existem normas publicísticas que derogam parcialmente o regime jurídico privado de tais entidades. Noutras palavras, encontram-se as empresas público-privadas totalmente submetidas ao Direito Privado. Inclusive, esta é justamente a razão para o Estado adotar essa modalidade de intervenção no domínio econômico Para Mario Engler Pinto Júnior:

A idéia é fazer com que a companhia com tal configuração seja considerada juridicamente uma entidade privada e, portanto, não fique sujeita às restrições legais sobre licitações, contratações em período eleitoral, contingenciamento do crédito do setor público, limites da lei de responsabilidade fiscal, exigência de concurso público para admissão de pessoal, além de outros controles próprios da Administração Pública. (PINTO JÚNIOR, 2006)

Essa ausência de controles próprios da Administração Pública, sendo importante notar que as empresas público-privadas não integram a Administração, revela-se como mais um fator a impor a incidência das sanções jurídicas da Lei Anticorrupção. O caráter exclusivamente privado de tais entidades, ainda que sob controle efetivo do Estado, exige que se apliquem os instrumentos jurídicos de combate à corrupção direcionados ao setor privado, no caso, a Lei 12.846/2013.

CONCLUSÃO

Como visto, a corrupção, em sua acepção publicística, é marcada pela existência de desvios da função pública com vistas ao atendimento de interesses privados. Há, pois, o desvirtuamento de poderes estatais, que encontram fundamento no atendimento a interesses públicos, em prol de benefícios particulares.

Nessa medida, tendo em conta a necessidade estatal de mediar, em prol da coletividade, a relação entre poder público e riqueza privada, diversas são as respostas institucionais relacionadas ao bom desempenho das funções administrativas. Dentre essas, podemos citar as disposições da Lei de Improbidade Administrativa; as leis que regem as contratações públicas, em especial a Lei n.º 8.666/1993; bem como a instituição de mecanismos de controle externo e interno da Administração Pública.

Contudo, não obstante a existência de diversas normas esparsas no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador teve o cuidado de suprir uma importante lacuna no tratamento legal da corrupção, precisamente naquilo que diz respeito à responsabilização das pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração, nacional ou estrangeira. Com o intuito de conferir maior eficácia à atividade sancionadora do Estado, a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, trouxe consigo uma série de inovações, como, por exemplo, a responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica, assim como a utilização do acordo de leniência como fator capaz de dotar o Estado de maior eficiência na repressão à determinada condutas.

Em primeiro lugar, tal responsabilização pode ocorrer em sede de processo administrativo, que, ao seu fim, poderá resultar na imposição de multas e na publicação extraordinária da decisão condenatória. Noutra giro, há a responsabilização judicial da pessoa jurídica, que, por sua vez, não será afastada pela responsabilidade na esfera administrativa. Dentre as sanções de cunho judicial, encontram-se: o perdimento de bens, a suspensão ou interdição parcial de suas atividades; a dissolução compulsória da pessoa jurídica e a proibição de receber incentivos de instituições financeiras públicas.

As sanções da Lei Anticorrupção, vale frisar, não podem ser tidas como se sanções penais fossem. No que diz respeito ao procedimento administrativo de responsabilização, tem-se, claramente, a existência de sanções administrativas, pertencentes, portanto, ao âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Muito embora não existam diferenças ontológicas entre sanção administrativa e sanção penal, cabe ao

legislador, no exercício de seu juízo de oportunidade e conveniência, escolher o regime ao qual irá submeter determinado tipo de ilícito.

Feitas essas considerações iniciais, salta aos olhos a existência de várias questões controvertidas no âmbito da lei em estudo, principalmente em razão de seu pouco tempo de vigência. Nessa toada, o tema central deste trabalho abordou a possibilidade de aplicação das sanções da Lei Anticorrupção às empresas públicas e sociedades de economia mista. Em síntese, tal questão emerge como consequência da redação genérica adotada pelo legislador, que, no art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 12.846/2013, não traça qualquer limitação ao rol de pessoas jurídicas supostamente atingidas pela lei. A teor de tal dispositivo, no que diz respeito às sociedades empresárias, temos o seguinte: *“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”*.

Contudo, mesmo diante da redação literal da lei em questão, entendemos que as sanções da Lei Anticorrupção não se aplicam aos entes empresariais do Estado. Muito embora as empresas estatais, por força do art. 173 da Constituição Federal, se configurem como pessoas jurídicas de direito privado, sua razão existencial encontra fundamento na promoção do interesse público, seja este resultante dos imperativos de segurança nacional ou reflexo de relevante interesse coletivo.

É justamente esse traço publicístico que torna inviável a imposição das sanções da Lei Anticorrupção às estatais. A punição de entes integrantes da Administração Pública Indireta, principalmente tendo em conta a gravidade das sanções em questão, resulta em patentes prejuízos ao patrimônio público, ou seja, reflexos negativos contrários aos próprios valores que fundamentaram a criação da lei em estudo, como, por exemplo, a tutela da Administração e a defesa de sua moralidade.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Empresa público privada**. In.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.) *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **“O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967**. In.: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à lei anticorrupção**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. **A controversa responsabilidade objetiva na Lei n.º 12.846/2013**. In.: *Revista do Advogado*, n. 125, São Paulo: AASP, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009

_____. **Mandado de Segurança 25.181**. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 10 de novembro de 2005.

_____. **Recurso Extraordinário 220.906**. Relator: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno. Julgado em: 16/11/2000. Publicado em: DJ 14-11-2002.

_____. **Recurso Extraordinário 398.630**. Relator: Min. Carlos Velloso, Segunda Turma. Julgado em 17/08/2004. Publicado em: DJ 17-09-2004

CAMPANTE, Rubens Goyatá. **O patrimonialismo em Faoro e Weber e a Sociologia Brasileira**. In.: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 46, nº 1, 2003, pp. 153 a 193.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. *Revista de Informação Legislativa*, n.º 199. Brasília, julho/setembro, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **O indispensável direito econômico**. Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CYRINO, André Rodrigues. **Até onde vai o empreendedorismo estatal? Uma análise econômica do art. 173 da Constituição**. In.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.) Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DUNKER, Cristian Ingo Lenz. **A violência como nome para o mal-estar**. In.: Bala Perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação. São Paulo: Boitempo, 2015.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha Furtado. **As raízes da corrupção no Brasil**. 3. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

_____. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. **A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a Administração Pública**. In.: Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p 129-147, abr./jun. 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

IRTI, Natalino. **A ordem jurídica do mercado**. In.: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ° 145. Ano XLVI, janeiro-março, 2007.

JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. In.: Revista Forense. Vol. 86. Ano 38. Fascículo 454. Rio de Janeiro, abril de 1941.

KUNICOVÁ, Jana; ROSE-ACKERMAN, Susan Rose. **Electoral rules and constitutional structures as constraints on corruption**. British Journal of Political Science, 35 (4), 2005. pp. 573-606. ISSN 0007-1234. Disponível em: http://projects.iq.harvard.edu/gov2126/files/kunicova_ackerman.pdf. Acesso em: 16/11/2015.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. Campinas: Millennium, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado**. In.: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. **Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 27,

agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível em: <
<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANOAZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>>. Acesso em: 01/11/15.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **O controle do patrimônio público**. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARRARA, Thiago. **Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes**. In.: Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Direito administrativo moderno**. 15. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Sociedades mistas, empresas públicas e o regime de direito público**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 13, abril-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/08/15.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Francisco Schertel. **O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades**. 109 fls. Dissertação – Universidade de Brasília. Brasília, 08 de maio de 2013.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flávio Amaral. **A principiologia no direito administrativo sancionador**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: <
<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 18/08/2015.

NETTO, Menelick de Carvalho. **A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 68, n. 2, p. 67-84, abr./jun. 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Corrupção: o combate através da prevenção**. In.: PIRES, Luís Manoel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

NUNES, Edson de Oliveira. (Cord.) **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político institucional**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development). **Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z**, OECD Publishing: Paris, 2007. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264027510-en>

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Probidade Empresarial: Lei 12.846/13**. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, v. 1, p. 253-278, 2014.

PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Autossaneamento (*self-cleaning*) e reabilitação no direito brasileiro anticorrupção**. In.: *Revista De Direito Administrativo Contemporâneo – REDAC*, v. 3, n. 20, Setembro./Outubro, 2015.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Regulação econômica e empresas estatais**. In.: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 15, p. 147-148, 2006.

RIBAS JUNIOR, Salomão. **Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ROSE-ACKERMANN, Susan. **The challenge of poor governance and corruption**. In.: *Revista Direito GV. Especial 1*, p. 207 – 266. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35253/34051>. Acesso em: 21/11/2015.

ROSILHO, André. **O Regime Diferenciado de Contratações/RDC e seu controle**. In.: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTOS, José Anacleto Abduch. BERTONCINI, Mateus. FILHO, Ubirajara Custódio. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais**. *Revista Sequência*, nº 53, p. 197-232, dez. 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Rodrigo Crelier Zambão. **A captura das estatais pelo regime jurídico de direito público: algumas reflexões.** In.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista* Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SILVEIRA, Paulo Burnier. **O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Européia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência.** In.: *Revista de Direito da Concorrência – RDC*, VOL. 2, n.º 2, novembro 2014, pp. 5-22.

STOBER, Rolf. **Direito administrativo econômico geral.** São Paulo: Saraiva, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Licitações nas estatais: levando a natureza empresarial a sério.** In.: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações Públicas e Seu Controle.* São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl. ***Accountability* e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).** In.: *Revista De Sociologia e Política*, v. 21, nº 45, pp. 29-46. Mar, 2013.

VITTA, Heraldo Garcia. **Apontamentos da “coação administrativa”.** In.: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XV, n. 54, jul./set. 2011, p. 6-13.

_____. **A sanção no direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2003.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle.** 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ANEXO I**LEI N.º 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013****CAPÍTULO I****DISPOSIÇÕES GERAIS**

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

CAPÍTULO II

DOS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL OU ESTRANGEIRA

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

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

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

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

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

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

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de

governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

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

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

CAPÍTULO III

DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

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

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

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

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

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

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

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

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

§ 6º (VETADO).

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

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

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

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

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

X - (VETADO).

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

CAPÍTULO IV

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

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

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

§ 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigi-lhes o andamento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO V

DO ACORDO DE LENIÊNCIA

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

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

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

§ 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.

CAPÍTULO VI

DA RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL

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

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

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

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

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

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

§ 2º (VETADO).

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

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

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

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

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

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

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

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

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

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

II - tipo de sanção; e

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

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

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

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

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

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

Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

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

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

§ 1º As sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens.

§ 2º A pessoa jurídica estrangeira será representada pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil.

Art. 27. A autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável.

Art. 28. Esta Lei aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.

Art. 29. O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica.

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

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

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

Art. 31. Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.