

ASPECTOS GERAIS DA LEI 12.846/2013 E A BUSCA SOCIAL PELA DEFESA E PUNIÇÃO DE ATOS ATENTATÓRIOS À PROBIDADE ADMINISTRATIVA

OVERVIEW OF THE LAW AND SOCIAL 12.846/2013 SEARCH FOR DEFENSE AND PUNISHMENT OF ACTS DETRIMENTAL ADMINISTRATIVE JUSTICE

Gustavo Renê Mantovani Godoy¹

Ticiani Garbellini Barbosa Lima²

Luis Augusto Freire Teotonio³

Resumo

O presente trabalho visa, por meio de uma análise literal e interpretativa da lei 12.846/2013, em vigor a partir de fevereiro do ano de 2014, discutir seus principais aspectos e vicissitudes do referido novel dispositivo jurídico, que prevê e disciplina as punições e procedimentos administrativos referentes à punição no âmbito administrativo e civil da pessoa jurídica pela prática de atos atentatórios à administração pública; indica mecanismos de fiscalização e a criação de cadastro de empresas punidas, bem como a possibilidade de cooperação da empresa, pessoa jurídica investigada, de colaboração com as investigações (acordo de leniência); prevê, ainda, a possibilidade e o não afastamento da apuração de tal responsabilidade por atos atentatórios à administração pública, pelas vias judiciais. Busca, ainda, demonstrar a luta da sociedade em regularizar e criar mecanismos aptos e hábeis à plena fiscalização, à punição e ao controle da moral e probidade administrativa em seu aspecto social.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 12.846/2013; Responsabilidade Administrativa; Acordo de Leniência.

¹ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP; Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos/SP; Advogado inscrito na OAB/SP, professor universitário.

² Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP; Possui vínculo de pesquisa pela CAPES; Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito "Lauro de Camargo" - da UNAERP; Advogada inscrita na OAB/SP.

³ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Museu Social Argentino, especialização em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP, graduado em Direito pela UNAERP-SP. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e professor da UNAERP-SP e da UNISEB.

ABSTRACT

This work aims, through a literal and interpretative analysis of the law 12.846/2013, effective from February of 2014 to discuss its major aspects and events of that novel legal device that provides discipline and punishments and administrative procedures regarding punishment in civil and administrative matters of legal person for the commission of acts detrimental to public administration; indicates oversight mechanisms and the establishment of register of sanctioned companies, as well as the possibility of cooperation of the company, legal person investigated, in collaboration with the investigations (leniency agreement) also provides for the possibility of non-refoulement and the determination of such liability for acts detrimental to public administration, by all legal means. It also seeks to demonstrate the struggle of society to regulate and create mechanisms capable and skilled full supervision, punishment and control of administrative and moral probity in its social aspect.

KEYWORDS: Law 12.846/2013; Administrative Responsibility; Leniency Agreement.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tornou-se cada vez mais atuante a busca da sociedade pela punição de pessoas físicas ou jurídicas que, de forma ilícita, percebem vantagem econômica ou não de empresas públicas. Inúmeros são os casos emblemáticos noticiados no dia-a-dia, nas mais diversas mídias existentes, de vantagens ilícitas obtidas, bem como a prática de atos contra a administração pública, que tão-somente desprestigiam a moral e a reputação do ente público.

Desse modo, e vislumbrando uma punição no âmbito administrativo de pessoas jurídicas que, de qualquer forma, pratiquem atos atentatórios contra a moral e a probidade administrativa, foi promulgada a Lei 12.846/2013, com previsão de entrada em vigor em fevereiro do ano de 2014, em razão de seu longo período de *vacatio legis*, que prevê a possibilidade de punição administrativa e civil da pessoa jurídica, regulamentando o procedimento, os aspectos e aplicações das sanções. Contempla um emaranhado de normas indicativas dos atos atentatórios à administração pública, nacional ou estrangeira, prevê a responsabilidade administrativa, sua procedimentalização, e mais, indica ainda meios próprios da responsabilidade judicial, não excluída em razão da responsabilização administrativa.

Inova ainda ao prever a possibilidade de cooperação da pessoa jurídica na apuração do ato contrário aos preceitos constitucionais que norteiam a administração pública e os contratos pactuados com as referidas empresas, com louvável espécie de tolerância e diminuição da punição, bem como prevê a criação de um Cadastro Nacional de Empresa Punida com base na

referida legislação, na tentativa de se evitarem eventuais contratos e tratativas estatais com tais empresas fora dos padrões da moralidade.

Com base no que acima se apresenta, por meio de análise de obras de referência e de interpretações conforme os preceitos principiológicos constitucionais, teceremos alguns comentários relacionados às principais características do presente instituto, sempre buscando demonstrar, além desses diferentes institutos de proteção e tutela, a moral e a probidade administrativa tão ansiadas pela sociedade, num momento cujo zelo pela efetiva e moral condução da administração pública se mostra tão latente no cotidiano do cidadão.

2 ASPECTOS GERAIS DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

O atual sistema Constitucional Brasileiro traz, de forma expressa, conteúdo principiológico básico pelo qual a administração pública deve se pautar, e o faz em capítulo próprio, qual seja, capítulo VII, “da administração pública”, no *caput* do artigo 37⁴, ao prever a obediência dos órgãos da administração pública aos princípios ali previstos.

Assim, nota-se a preocupação do legislador pela transparência e honestidade que devem nortear a administração pública, expressão-chave do significado de probidade administrativa, honestidade. E mais, prevê não apenas a honestidade, a obediência e a legalidade formal, mas também a observância e obediência a princípios éticos de lealdade e de boa fé na condução da máquina administrativa. Por esses aspectos, enquadra-se no conceito de probidade administrativa.

Dada a utopia imaginária da plena moralidade de todos os agentes públicos, bem como daqueles em colaboração com os órgãos públicos, além de eventualmente empresas privadas que, alheias à moralidade e legalidade administrativa, cometam atos atentatórios contra a administração pública em todos os níveis de governo, interno e externo, o próprio legislador Constituinte previu, de forma expressa, a possibilidade de punição ante a prática de atos tendentes a indicar eventual improbidade administrativa, previsto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal⁵, que, contrário senso, se traduz num ato contrário à moralidade

⁴ Art. 37 “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

⁵ Art. 37, § 4º - “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

administrativa e mais, contrário/atentatório aos postulados éticos de lealdade e de boa-fé que devem gerir a vida administrativa.

Trata-se de evidente norma Constitucional de eficácia limitada, razão pela qual somente teve sua aplicação regulamentada com a entrada em vigor da Lei 8.429/1982 (Lei de Improbidade Administrativa).

No que se refere ao conceito de lei de eficácia limitada, cumpre destacar os dizeres de Pedro Lenza:

São aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5.º, § 3.º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São portanto de aplicabilidade mediata e reduzida, ou, sendo alguns autores, aplicabilidade diferida.

Devemos salientar que, ao contrário da doutrina norte-americana, José Afonso da Silva, no mesmo sentido de Vezio Crisafulli, observa que as *normas constitucionais de eficácia limitada* produzem um mínimo efeito, ou, ao menos, o efeito de vincular o legislador infraconstitucional aos seus vetores.

Nesse sentido, José Afonso da Silva, em sede conclusiva, observa que referidas normas têm, ao menos, eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, já que: a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção de valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum (...).⁶

Ciente da importância da moral, da lealdade e da boa-fé na gerência dos atos da administração pública, evidencia-se a preocupação do legislador Constitucional em prever, com status fundamentais, mecanismos processuais de proteção, defesa e tutela à moralidade administrativa⁷, quais sejam, além da ação de improbidade administrativa prevista no artigo 37, § 4º, da Constituição, a possibilidade da propositura de ação popular pelo cidadão, nos termos do artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal, mecanismos utilizados em prol da sociedade na defesa contra atos de contrários à moralidade, boa-fé e lealdade na gestão administrativa.

Ainda neste aspecto da probidade administrativa, válido ressaltar que, mesmo no que se refere a eventuais poderes discricionários do administrador público, é evidente a plena necessidade de observância às regras de moralidade, lealdade e boa-fé na administração pública. Em suma, a evolução social e a necessidade de um maior controle por parte de órgãos

⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 202.

⁷ ALEXANDRE, Mazza. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 492.

legitimados, tal como o Ministério Público e o cidadão, atrelados a uma constante gama de informações de má-gerência administrativa, impulsionaram a utilização de mecanismos processuais de tutela à moralidade administrativa, buscando a punição do particular ou do agente administrativo, pessoa física, em todas as esferas de punição, administrativa, civil e criminal e, com o dinamismo de informações, houve a necessidade e regulamentação e punição administrativa e judicial de empresas que violem a moral e a probidade administrativa, resultado outro senão pela publicação da lei 12.846/2013, a qual será delineada com mais profundidade em tópicos inferiores.

3 DOS MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DE TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA – LINHAS GERAIS.

O legislador Constituinte, de forma louvável, previu, expressamente, no bojo da Constituição Federal, mecanismos de proteção e tutela da moralidade administrativa, indicando contornos fundamentais a tais mecanismos. Buscaremos, neste presente tópico, de forma pontual, tecer breves posições e considerações no que se refere à ação popular e à ação de improbidade administrativa, mecanismos de punição à prática de atos contrários à moral administrativa. Num segundo momento, adentraremos ao tópico principal e de maior enfoque do presente trabalho: a análise legal e interpretativa do novel instituto de punição administrativa e judicial da pessoa jurídica em razão da prática de atos atentatórios à moral e probidade administrativa.

3.1 AÇÃO POPULAR

O legislador Constituinte, no bojo do rol dos direitos fundamentais, previu expressamente no artigo 5º, LXXIII⁸, um dos mais importantes remédios Constitucionais de tutela e proteção ao patrimônio público e ao meio ambiente ao disciplinar a ação popular.

Referido instituto foi regulamentado pela Lei nº 4.717/1965 que, com a entrada em vigor da nova ordem Constitucional de 1988, recepcionou tal ordenamento jurídico que disciplinava anterior previsão do instituto da ação popular. Trata-se de importante instrumento

⁸ Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

processual colocado à disposição do cidadão, parte legitimada ativa, a propositura de demanda cível tendente a anular atos lesivos ao patrimônio público, considerados os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

A condição plena de cidadão é possível com a comprovação da quitação das obrigações eleitorais, mediante a apresentação do título de eleitor (brasileiro) ou do certificado de equiparação e gozo dos direitos civis e políticos e título de eleitor (português equipara) e o cidadão menor de 18 (dezoito) anos, entretanto, apto a votar, ou seja, a partir dos 16 (dezesesseis) anos, poderá propor o presente instrumento, independentemente de assistência. Trata-se de exercício da soberania popular, concedendo-se ao cidadão a possibilidade fiscalizatória dos entes do poder público, conforme esclarece Alexandre de Moraes:

A ação popular, juntamente com o direito de sufrágio, direito de voto em eleições, plebiscitos e referendos, e ainda a iniciativa popular de lei e o direito de organização e participação de partidos políticos, constituem formas de exercício da soberania popular (CF, arts. 1º e 14), pela qual, na presente hipótese, permite-se ao povo, diretamente, exercer a função fiscalizatória do Poder Público, com base no princípio da legalidade dos atos administrativos e no conceito de que a *res pública* (República), é patrimônio do povo. A ação popular poderá ser utilizada de forma *preventiva* (ajuizamento da ação antes da consumação dos efeitos lesivos), ou *repressiva* (ajuizamento da ação buscando o ressarcimento do dano causado).⁹

Assim, trata-se de importante instrumento social de controle e fiscalização de todos os atos administrativos que, por ventura, venham a causar qualquer afronta aos postulados da legalidade, moralidade administrativa, não sendo necessário sequer o esgotamento das vias administrativas à propositura do presente instrumento de controle social.

3.2 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Da mesma forma que o instrumento de proteção e tutela acima mencionado, o legislador constituinte fez questão de prever, expressamente, no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, a possibilidade de ação de improbidade administrativa contra atos contrários à probidade e à moral administrativa, conforme já mencionado.

Seguindo a mesma linha de levar ao leitor uma visão geral de ambos os institutos, bem como do novo dispositivo relacionado à punição da pessoa jurídica por atos contrários à moralidade administrativa, é interessante pontuar, num primeiro momento, o aspecto da

⁹ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.196.

legitimidade ativa à propositura da ação de improbidade administrativa que, ao contrário do que se verifica na ação popular - que concede legitimidade ao cidadão -, aqui é legítimo para a propositura, o Ministério Público, representado por seu promotor de justiça ou pela pessoa jurídica interessada, nos termos do artigo 17, da Lei de Improbidade Administrativa. Anote-se, ainda, que o Ministério Público, em razão de suas funções institucionais de zelar pelos serviços de relevância pública (artigo 129, da Constituição Federal), bem como nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei de Improbidade Administrativa, necessariamente e sob pena de nulidade, participará do feito na qualidade de fiscal da lei.

Ainda no que se refere aos aspectos principais, importante salientar a possibilidade de figurar, no polo passivo da demanda de improbidade administrativa, terceiros que não fazem parte dos quadros públicos, desde que haja a prática de ato atentatório à probidade administrativa e este terceiro induza, concorra ou de alguma forma se beneficie dos atos de improbidade. Desse modo, temos um quadro de infratores que pode conter qualquer agente público, em qualquer regime de prestação de serviço - estatutário, celetista, remunerado ou não -, que, de qualquer forma, integre os quadros da administração pública, bem como terceiro que se beneficie ou auxilie na empreitada ímproba.

Válido ressaltar, neste aspecto, a posição de Maria Di Pietro:

A lei de improbidade administrativa considera como sujeitos ativos o agente público (art. 1º), e o terceiro que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3º).

O legislador teve o cuidado de definir o agente público, para os fins da lei no art. 2º, como sendo “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função, nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

Como se verifica por esse dispositivo, não é preciso ser servidor público, com vínculo empregatício, para enquadrar-se como sujeito ativo da improbidade administrativa.¹⁰

Por fim, cumpre destacar que, no que se refere à lei de improbidade administrativa, seu leque de atuação se reveste daqueles atos que importam em enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário público, assim como aqueles atos que atentem contra os princípios da administração. Anote-se ainda que, para a caracterização de atos de improbidade administrativa, não é necessária a efetiva lesão monetária, financeira ao erário público, basta a ocorrência de atos atentatórios aos princípios gerais e ou específicos da administração pública,

¹⁰ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. Atlas: São Paulo, 2007. p. 755.

contrários à moral e à boa-fé que deve gerir a administração pública em todos seus níveis e espécies. Ainda, trata-se de rol meramente exemplificativo, com cláusula aberta de interpretação para a configuração de atos de improbidade ou não, devendo a administração pública se pautar na plena legalidade, moralidade e boa-fé administrativa, sob pena de sanções relacionadas à lei de improbidade, tais como a perda de bens e valores acrescidos ilicitamente, ressarcimento do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, tudo isso independente de eventual punição criminal.

4. LEI 12.846/2013 E A RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E CIVIL DA PESSOA JURÍDICA

No dia 1º de agosto do ano de 2013, foi promulgada a lei 12.846/2013 que, dentre outros, tem como principal enfoque a disciplina que dobra a responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, devidamente regularizada ou não (pessoa jurídica de fato), pela prática de atos atentatórios à administração pública, quer em âmbito nacional quer em âmbito internacional; referida legislação teve estipulado um período de 60 dias para sua entrada em vigor, ou seja, passou a efetivamente ser aplicada a partir do início de fevereiro de 2014.

A partir desse momento, comentaremos os principais aspectos do referido novel instituto que, seguindo a tendência social de proteção, punição e tutela da administração, veio a regulamentar de forma louvável a punição nas áreas administrativas e civil da pessoa jurídica que busca violar os princípios constitucionais da moral administrativa. Assim, serão levantados alguns pontos de maior relevância do referido instituto. No que se refere a eventuais atos lesivos, abordaremos a responsabilidade civil e administrativa; também nos deteremos no estudo da vinculação de responsabilidades e da punição trazida à pessoa jurídica, dos acordos de cooperação, dentre outros aspectos relevantes e ainda pouco explorados dada a novidade legislativa.

4.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA

A primeira previsão legislativa e ponto de apoio de todo o contexto legislativo advindos com a entrada em vigor da Lei 12.846/2013 é a matéria da responsabilidade administrativa e civil da pessoa jurídica disciplinados, de forma geral, no bojo dos artigos primeiro ao artigo 4º da referida lei, em razão de atos atentatórios à administração pública

nacional ou não. Assim, dentro da margem de alcance, estão sujeitas à punição as sociedades empresariais, sociedades simples, independentemente da organização adotada, fundações, associais, sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, mesmo que constituídas temporariamente, que, de qualquer forma, direta ou indiretamente, na medida de sua culpabilidade, cometam atos atentatórios à administração e à moral pública. Anote-se ainda que, mesmo ao se tratar de sociedades personificadas ou não, bem como constituídas legalmente ou apenas de fato, não há óbice à aplicação e incidência da punição administrativa ou cível do novel instituto, bem como há ainda sua incidência em razão da prática de atos que busquem benefício exclusivo da pessoa jurídica ou não.

Importante ressaltar que eventual punição administrativa ou civil em razão da prática de atos em prejuízo à administração pública, não impedem a punição criminal dos administradores e responsáveis pelas empresas, sejam na qualidade de autores, coautores, partícipes da prática ilícita, uma vez prevista legalmente punição criminal, quer de forma dolosa, quer de forma culposa. Desse modo, há uma tríplice possibilidade de punição, administrativa e civil para a pessoa jurídica, além da punição criminal à pessoa natural responsável pelos atos ilícitos praticados, acobertados pelo “manto” da pessoa jurídica, a qual é parte na qualidade de representante.

Há possibilidade de responsabilização em todos os níveis administrativos e judiciais. Trata-se de interpretação e manutenção lógica da previsão e punição Constitucional verificada no artigo 37, da Constituição Federal e da disciplina da Lei de Improbidade Administrativa que, do mesmo modo, traz a possibilidade dessa tríplice responsabilidade. Citamos interessante apontamento de Maria Zanella Di Pietro, sobre a responsabilização que pode ser estendida ao novel instituto em razão de sua mesma natureza jurídica, isto é, a moral administrativa.

A primeira observação a fazer é no sentido de que um ato de improbidade administrativa pode corresponder a um ilícito penal, se puder ser enquadrado em crime definido no Código Penal ou em sua legislação complementar. É o que decorre da própria redação do dispositivo constitucional, quando, depois de indicar as medidas sancionatórias cabíveis, acrescenta que a lei estabelecerá sua forma e gradação “sem prejuízo da ação penal cabível”. Por outras palavras, pode ocorrer que algum dos ilícitos definidos em lei como ato de improbidade corresponda a um crime definido em lei, por exemplo, a um dos crimes contra a Administração Pública, previstos no capítulo pertinente do Código Penal ou a um dos crimes de responsabilidade definidos na legislação específica sobre a matéria, já referida no item anterior.

Isso permite concluir que: (a) o ato de improbidade, em si, não constitui crime, mas pode corresponder também a um crime definido em lei; (b) as sanções indicadas no

artigo 37, §4º, da Constituição não têm a natureza de sanções penais, porque, se tivesse, não se justificaria a ressalva contida na parte final do dispositivo, quando admite a aplicação das medidas sancionatórias nele indicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”; (c) se o ato de improbidade corresponder também a um crime, a apuração da improbidade pela ação cabível será concomitante com o processo criminal.¹¹

O legislador, ao prever expressamente a incomunicabilidade das instâncias, possibilitando a punição, tanto administrativa quanto cível da pessoa jurídica, além de eventuais apurações e punições criminais se assim houver previsão expressa, em respeito ao princípio da legalidade, trouxe nada mais do que uma interpretação Constitucional de punição aos atos atentatórios à moralidade administrativa num aspecto infraconstitucional. Retrocesso seria a não possibilidade de punição criminal à pessoa natural responsável, dolosa ou culposamente, na administração da pessoa jurídica, pela prática de atos lesivos à administração.

4.2 DOS ATOS LESIVOS E DAS PUNIÇÕES APLICADAS À PESSOA JURÍDICA

Na análise dos dispositivos constantes do artigo 5º ao 7º da Lei 12.846/2013, verificam-se as práticas tidas como atos ilícitos que podem gerar punição no âmbito administrativo ou civil, nos termos do referido instituto, bem como eventual intercorrência criminal. Do mesmo modo, traz a previsão para punições administrativas da pessoa jurídica em razão do cometimento de atos atentatórios à administração pública.

No que se refere aos atos lesivos, numa interpretação do dispositivo em comento, com eventual punição criminal, podemos dividir a análise do artigo 5º em três frentes: a primeira consistente nos incisos, I, II e III, quanto à, eventualmente, atos de corrupção relacionadas a vantagens indevidas ofertadas; a segunda relaciona-se ao processo licitatório e às implicações criminais contidas na lei 8.666/1993, que se amoldam ao inciso IV e suas alíneas; bem como no que tange à terceira frente, relacionada à obstrução de investigações e fiscalizações dos órgãos, com nítida implicação relacionada ao crime tipificado no artigo 314, do Código Penal.

Os atos lesivos à administração estão previstos no artigo 5º, da Lei 12.846/2013¹², desse modo, é evidente a intenção do legislador não somente em zelar pela probidade

¹¹ *Id.*, p. 750.

¹² 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. 10, que atentem contra o

administrativa, com a imposição de punições à pessoa jurídica de forma administrativa ou judicial cível, bem como a correta e certa aplicação e punição penal/criminal aos responsáveis pelas pessoas jurídicas que tiveram condutas dolosas ou culposas típicas criminais; trata-se, como já referido, da tríplice responsabilidade e denota toda a preocupação do legislador em prezar pela moralidade administrativa. Saliente-se ainda pela independência das áreas de punição, ou seja, a possibilidade de punição em qualquer ceara independentemente e sem vinculação com as demais áreas acima referidas.

Criminalmente, eventual punição à pessoa física, ajusta-se ao preceito secundário da norma penal tipificadora da conduta ilícita, a depender do ato ilícito praticado. No que se refere à punição administrativa, ponto principal do presente estudo e do presente tópico, verifica-se a possibilidade de aplicação de multa, além da evidente obrigação de reparação integral ao dano causado, fato que não se confunde ou não se camufla na imposição de multa e sanção e a publicação extraordinária da decisão condenatória, ou seja, a informação por meio eletrônico e por meio físico através de jornal de circulação nacional ou regional, dando conta da irregularidade praticada pela empresa contra a administração e sua punição, e imposição de multa. Trata-se nada mais do que uma espécie de “comunicação” à sociedade de que aquela empresa não respeita ou, de alguma maneira, tentou proceder com práticas lesivas à probidade e à moral administrativa e, com seu ato, sofreu punições. Anote-se ainda que a

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.

punição, nos termos do artigo 7º, da Lei 12.846/2013, levará em conta a gravidade do ato irregular, a situação econômica da empresa, a lesão ou magnitude da lesão praticada ao patrimônio público, eventual vantagem auferida, bem como a ocorrência ou não de lesão ao patrimônio.

4.3 DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Um dos pontos que consideramos mais interessantes, tratados pelo referido instituto, vem disciplinado no artigo 16, da Lei 12.846/2013, relacionado à possibilidade de cooperação nas investigações por parte da pessoa jurídica, trata-se do denominado acordo de leniência, instituto importado do direito norte-americano, que permite ao infrator colaborar nas investigações no próprio processo administrativo e apresentar provas inéditas, suficientes para a condenação dos demais envolvidos nos atos contrários à probidade administrativa: “O acordo de leniência, fruto da experiência norte americana, é o ajuste que permite ao infrator participar da investigação, com o fim de prevenir ou reparar dano de interesse coletivo”.¹³

Numa tradução literal, leniência nada mais significa do que uma espécie de tolerância com o que é ilícito, proibido,¹⁴ visando sempre à cooperação efetiva de um (uns) dos envolvidos na apuração dos atos irregulares, fato que resultará eventualmente numa diminuição da pena administrativa imposta ou até mesmo numa isenção, salvo, por óbvio, obrigação de reparar o dano causado ao patrimônio público; acordo celebrado entre as partes visando à apuração do ato irregular.

Entretanto, não se trata de ato celebrado entre as partes de natureza informal, sendo necessária a observância de alguns requisitos: a demonstração do interesse da pessoa jurídica em colaborar com a apuração e o procedimento administrativo relacionado ao ato ilícito, a cessação completa da participação ou coautoria da pessoa jurídica no ato ilícito investigado, bem como a “confissão” da pessoa jurídica na participação do ato ilícito e a cooperação plena e permanente com todo o procedimento investigatório e eventual processo administrativo. Em síntese, tal instituto importado do direito norte-americano traz nada mais do que a possibilidade de cooperação, espécie de delação premiada do processo penal, em que um dos acusados, no caso, a pessoa jurídica, colabora espontaneamente e voluntariamente na

¹³ CAMARGO, Marcelo Ferreira de. O acordo de leniência no sistema jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 369, 11 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5426>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

¹⁴ MICHAELIS, Michaelis. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. Disponível em: <www.michaelis.uol.com.br>. Acesso em 10 jan. 2014.

apuração do fato de maneira a delatar todo o “esquema” ilícito e, em razão disso, acaba por ser premiado com sua colaboração, quer com uma substancial redução da punição, quer, a depender do grau e natureza de seu auxílio, com a isenção de punição, salvo, com a obrigação de restituir o dano causado.

4.4 DO CADASTRO NACIONAL DE EMPRESA PUNIDA

Outro ponto interessante e original no que se refere à publicidade das empresas que lesaram o patrimônio público e cometeram atos contrário à moralidade administrativa é a criação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP). Trata-se de uma forma de tornar pública, através da inclusão em tal cadastro, as punições aplicadas às pessoas jurídicas, bem como o período do efeito limitador da sanção aplicada.

Tal cadastro, criado no âmbito do Poder Executivo Federal, com a publicidade dos atos ilícitos praticados e as sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo, reveste-se de uma tentativa de se evitar que o poder público e a administração direta ou fundacional de qualquer uma das esferas de governo celebrem contratos ou mantenha qualquer vínculo com as referidas empresas já punidas e integrantes do Cadastro Nacional de Empresa Punida; forma de controle preventivo da administração pública, visando evitar novo ato ilícito por parte de empresa já punida em curto prazo.

4.5 DOS ATOS JUDICIAIS

Por fim, importante tecermos alguns comentários no que se refere à possibilidade de responsabilização judicial cível da pessoa jurídica por atos praticados em desconformidade com a Lei 12.846/2013. Trata-se de previsão expressa da possibilidade de responsabilidade civil da pessoa jurídica, independentemente da responsabilidade administrativa apurada ou não, conferindo à lei uma independência de apuração e punição entre as instâncias.

Assim, é conferido ao Ministério Público - quer no âmbito Municipal, Estadual ou Federal, bem como a advocacia pública ou órgão de representação judicial dos entes da federação - de propor a competente ação civil, em razão da prática de atos previstos no artigo 5º do referido instituto. Além da evidente obrigação de reparar o dano, em se tratando de processo judicial, as punições se denotam mais rígidas e afetam de maneira a maior o

patrimônio da pessoa jurídica, inclusive com a possibilidade de dissolução parcial ou compulsória da pessoa jurídica, bem como a possibilidade de perdimento de bens ou valores que representem vantagens auferidas por meio dos atos ilícitos, bem como a lógica e salutar proibição de receber eventuais incentivos, subsídios ou subvenções de órgãos ou entidades públicas. E mais, tão evidente é a intenção do legislador em proteger o patrimônio público ou em reaver aquilo que ilicitamente lhe foi subtraído que denota previsão expressa de medidas cautelares visando à indisponibilidade de bens da pessoa jurídica investigada/processada civilmente visando à garantia de reparação futura, evitando-se eventual depredação do patrimônio da empresa, fato que inviabilizaria a indenização em prol do ente público.

5 CONCLUSÕES

Por todos os elementos trazidos ao conhecimento do novel instituto que visa disciplinar, de forma clara, a responsabilidade administrativa e civil da pessoa jurídica de qualquer modo cometa atos contrários à moralidade administrativa, em vigor a partir no início de fevereiro do ano de 2014, conclui-se que tal legislação vá ao encontro dos anseios sociais e da busca pela moralidade e probidade administrativa tão desprezada no atual sistema social e político brasileiro, trazendo benefícios de ordem social e coletiva, quer através da possibilidade de punição da pessoa jurídica em âmbito administrativo com a imposição de multas, inscrição em cadastro nacional de empresa punida, a obrigação de ressarcimento integral do dano causado ao erário público, a possibilidade de punição na seara cível, com a imposição de perda de bens e patrimônio da empresa, bem como a possibilidade de encerramento das atividades empresariais a depender da gravidade e da magnitude dos atos atentatórios a administração pública, cometido pela pessoa jurídica. E mais, nítida a preocupação do legislador que previu, em mais de uma oportunidade, a possibilidade de punição, no âmbito criminal, à pessoa natural que, de forma culposa ou dolosa, tenha concorrido para a prática ilícita impetrada pela pessoa jurídica, denominada tal característica de tríplice responsabilidade, trazendo para o texto da lei 12.846/2013 as mesmas acepções relacionadas à responsabilidade administrativa prevista no artigo 37, da Constituição Federal.

De fundamental importância, tal novel instituto que visa complementar as demais legislações e institutos constitucionais ou infraconstitucionais de proteção e tutela do patrimônio público e das empresas que tenham participação pública, objetivando frear ou ao menos diminuir os índices alarmantes de corrupção evidenciadas em nosso país e noticiadas

dia-a-dia nos mais diversos meios de comunicação nacional e internacional que desprestigiam e desvalorizam o Brasil em sede internacional, cabendo à sociedade, a partir da entrada em vigor do referido instituto, exigir a sua plena aplicação no plano concreto e efetivo, sob risco de mera legislação existente no ordenamento jurídico e não concretamente aplicada aos inúmeros casos de ofensa à probidade e moralidade administrativa.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Mazza. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 8. ed. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jan. 2014.

BRASIL. **Lei 12.846/2013**, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 10 jan. 2014.

CAMARGO, Marcelo Ferreira de. O acordo de leniência no sistema jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 369, 11 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5426>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal – parte especial**. 6. ed. Jus Podivm: Salvador. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. Atlas: São Paulo, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS Júnior, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva. 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MICHAELIS, Michaelis. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. Disponível em: <www.michaelis.uol.com.br>. Acesso em 10 jan. 2014.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da Silveira. Alguns aspectos processuais controvertidos da lei de improbidade administrativa. In: TEOTÔNIO, Luis Augusto Freire; TEOTÔNIO, Paulo José Freire; FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz. **Temas avançados de direito privado: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos**. Leme: Pensamentos & Letras, 2010, p. 351-388.