

**LEI ANTICORRUPÇÃO E FRAUDES EM LICITAÇÕES PÚBLICAS: ANÁLISE
SOBRE O COMBATE À CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA**
*ANTI-CORRUPTION LAW AND FRAUDS IN PUBLIC PROCUREMENT: ANALYSIS
ON COMBATING ADMINISTRATIVE CORRUPTION*

Joama Cristina Almeida Dantas¹

RESUMO: As práticas de corrupção no âmbito das licitações públicas e contratos administrativos têm ocupado, diuturnamente e de forma expressiva, os noticiários nos diversos meios de comunicação. Inobstante os avanços legislativos na regulamentação do procedimento licitatório, percebe-se a persistência dos atos fraudulentos perpetrados de forma cada vez mais aperfeiçoada e com aparência de legalidade, os quais implicam em lesão ao erário público e à moralidade administrativa, dentre outros bens jurídicos. Diante desta conjuntura, o presente artigo objetiva analisar a incidência da Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção, frente às empresas licitantes, uma vez que prevê a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública. Para a construção do trabalho utilizou-se o método de abordagem dedutivo, partindo de uma análise geral e teórica ao exame dos resultados verificados em razão do desenvolvimento da investigação científica. Foram empregadas as técnicas de revisão bibliográfica e análise documental. Da pesquisa resulta a constatação da inovação promovida pela Lei Anticorrupção na agenda de combate às práticas de corrupção no setor das licitações públicas e contratos administrativos ao estabelecer a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, de natureza administrativa e civil, bem como a reflexão sobre os desafios para a sua devida aplicação.

Palavras-chave: Administração Pública. Licitações. Corrupção. Lei Anticorrupção. Empresas licitantes. Responsabilidade objetiva.

ABSTRACT: The practices of corruption in public procurement and administrative contracts have occupied, daily and expressively, the news in various media outlets. In spite of the legislative advances in the regulation of the legal procedure, one notices the persistence of fraudulent acts perpetrated in an increasingly perfected form with the appearance of legality, which results in damages to the public purse and administrative morality, among other legal goods. Given this situation, this article aims to analyze the incidence of Law nº12.846/2013,

¹ Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direito Econômico, pela Universidade Federal da Paraíba. Professora da disciplina de Direito Administrativo II no curso de Bacharelado em Direito das Faculdades Integradas de Patos – PB.

known as the Anti-Corruption Law, against bidding companies, since it provides for objective accountability of legal entities for the practice of harmful acts against the public administration. For a construction of the work, the method of deductive approach was used, part of a general and theoretical analysis for the examination of results verified due to the development of scientific research. They were used as techniques of bibliographic review and documentary analysis. The research results from a finding of innovation promoted by the Anti-Corruption Law in the anti-corruption agenda in the public procurement sector and administrative contracts to establish an objective liability of legal, administrative and civil nature, as well as a reflection on the challenges For its proper application.

Keywords: Public Administration. Public Procurement. Corruption. Anti-Corruption Law. Bidder companies. Objective responsibility.

1 INTRODUÇÃO

O termo corrupção concentra uma infinidade de práticas ilícitas e agrega uma polissemia, com distinta aplicação nos diferentes contextos da dimensão política. Hodiernamente, o emprego mais difundido do termo coincide com o uso indevido do poder em troca de benefícios econômicos, materiais ou de outra espécie. A corrupção administrativa, em particular, consiste no uso ilegítimo do poder político ou administrativo por parte do agente público, o qual toma proveito dos recursos acessíveis em razão do exercício da função administrativa para auferir vantagens econômicas, materiais ou de outra espécie, em benefício próprio ou de terceiros, provocando lesões ao erário público e à moralidade administrativa, e que geralmente resulta do estabelecimento de uma relação transacional com um agente privado.

O cenário da corrupção administrativa, favorável às relações de troca de vantagens entre agentes públicos e privados, desenvolve-se, sobretudo, no âmbito das licitações e contratos administrativos, resultando na composição de esquemas de corrupção bem arquitetados, que se utilizam de variados mecanismos de atuação a fim de mascarar de legalidade as licitações fraudadas e os contratos administrativos celebrados ilegalmente, dificultando o controle dos atos administrativos e provocando graves lesões ao erário público.

Não obstante o incremento das medidas legais objetivando afastar as práticas corruptas dos procedimentos licitatórios e possibilitar a participação nos certames de todos os interessados em contratar com o Poder Público; bem como o contexto de constitucionalização das licitações e contratos administrativos através da Carta Magna de 1988, com a incorporação de princípios orientadores do agir da Administração Pública; persistem no

âmbito das licitações públicas, as relações de troca entre agentes públicos e privados direcionadas ao desvio de verbas públicas.

Diante deste contexto, surge a Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção, que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilização objetiva da pessoa jurídica por atos de corrupção praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, sendo, portanto, direcionada ao combate e repressão à corrupção patrocinada pelo setor privado. Trata-se de novidade legislativa em termos de responsabilização civil e administrativa por atos de corrupção, tendo em vista que os diplomas já vigentes, a saber, a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), apresentam sanções direcionadas notadamente para pessoas físicas, exigindo a verificação da presença do elemento subjetivo, dolo ou culpa.

Nesta esteira, o presente artigo se propõe a analisar a incidência da Lei nº 12.846/2013 em face dos atos de corrupção empreendidos nas licitações públicas pelas empresas licitantes, passando pela análise das fraudes ao procedimento licitatório apesar da regulamentação prevista na Lei de Licitações e Contratos, culminando com a abordagem das condutas tipificadas na Lei Anticorrupção que implicam em atos lesivos aos bens jurídicos tutelados pela norma.

Para a construção do trabalho utilizou-se o método de abordagem dedutivo, partindo-se de uma análise geral e teórica ao exame dos resultados verificados em razão do desenvolvimento da investigação científica. A pesquisa ainda empregou a revisão bibliográfica de livros e artigos especializados na abordagem do tema, bem como a análise documental de relatórios elaborados pela Controladoria Geral da União e pela Secretaria de Controle Externo do Estado de Minas Gerais.

2 A PERMEABILIDADE DO SETOR DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ÀS PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO

As práticas de corrupção na Administração Pública encontram campo fértil no setor de licitações públicas, vez que este possibilita trocas de benefícios entre os agentes públicos e agentes privados através do desenvolvimento do procedimento licitatório. A fim de compreender as razões da permeabilidade do setor de licitações públicas à corrupção administrativa, é mister uma análise dos principais pontos da Lei nº 8.666/93, que instituiu normas gerais para as licitações e contratos da Administração Pública, unificando os

procedimentos e as modalidades de licitação, e ampliando o dever de licitar às administrações dos estados e municípios.

A Lei nº 8.666/93 foi aprovada no intuito de minimizar a interferência dos agentes públicos nos processos de compras governamentais, através do fornecimento de parâmetros objetivos adequados e necessários à boa contratação, de modo a valorizar a aplicação do princípio da isonomia entre os competidores, alargando o acesso ao mercado público. O ambiente político, quando da elaboração do projeto que deu origem à lei em comento, era de eclosão de uma série de escândalos de corrupção envolvendo o governo nas contratações públicas, de maneira que se depositava no novo diploma legal a crença de cercar a corrupção e de moralizar a Administração Pública.

Em razão de tais escândalos, que resultaram no *impeachment* do Presidente Collor, o Decreto-Lei nº 2.300/1986, que trazia as normas sobre licitações públicas, passou a ser apontado pelos parlamentares como a fonte de todos os males e o responsável pela onda de corrupção que assolava o setor de compras públicas. As falhas apontadas consistiam na excessiva margem de discricionariedade conferida aos agentes públicos; e no detalhismo das disposições legais, que dava abertura às mais diversas interpretações e, por conseguinte, aos atos de corrupção (ROSILHO, 2011, p. 78-79).

Neste diapasão, Nahat (1991, p. 19-22), ao referir-se ao Decreto-Lei nº 2.300/86 acentua que não obstante o objetivo do diploma de garantir a lisura das compras feitas pelos órgãos públicos, vários artifícios possibilitavam fraudes às concorrências. O primeiro problema identificado pelo referido autor dizia respeito ao prazo mínimo do edital (de 30 dias, nos termos do artigo 32, parágrafo 5º, do Decreto-Lei nº 2.300/86) que abria a concorrência, por ser muito pequeno, o que beneficiava empresas de amigos dos detentores do poder, as quais tomavam conhecimento prévio da realização das concorrências e, portanto, passavam a dispor de tempo suficiente para elaborar as propostas, em detrimento das demais.

Alguns editais exigiam condições que alijavam a concorrência; outros praticamente identificavam a empresa que ganharia a competição. Outrossim, determinados órgãos cobravam verdadeiras fortunas para a aquisição das pastas da licitação necessárias à elaboração das propostas, dificultando a participação no procedimento de empresas de pequeno porte.

Em outras situações, dispensava-se a licitação sob o fundamento da notória especialização no ramo (artigo 12, parágrafo 2º, do Decreto-Lei nº 2.300/86), afastando a participação de outras empresas através da contratação direta de empresa engajada no

esquema de desvio de verbas públicas. Sob o fundamento da “notória especialização”, importante a transcrição das palavras de Nahat (1991, p. 20):

À primeira vista o argumento tem sua lógica e impressiona, mas acontece que, muitas vezes, essa ‘notória especialização’ simplesmente não existe (há casos de empresas-fantasma, constituídas tão-só para participar de determinada concorrência, obtendo o registro na Junta Comercial somente após a própria contratação, quando o conceito de notória especialização pressupõe, evidentemente, o exercício anterior da atividade por um grande período de tempo). Além disso, esse é um conceito de extrema subjetividade, que dá margem a todo tipo de abuso, principalmente quando se sabe que a Justiça, quando chamada a decidir em um eventual litígio, somente pode apreciar a questão da legalidade ou ilegalidade do contrato (ou seja, apenas se alguma formalidade foi descumprida), não podendo entrar no exame do mérito do ato administrativo questionado. Não é preciso dizer que nesses casos, quando há dispensa de licitação, as mercadorias acabam sendo adquiridas por um preço 2 a 3 vezes maior do que deveriam sê-lo.

Ainda, a adoção do tipo de licitação preço-base, permitia ao órgão público calcular “sigilosamente” o preço-base de determinada obra, de forma que apenas eram consideradas válidas as propostas cujo preço estivesse na margem, por exemplo, de 10% (dez por cento) abaixo ou acima do valor apresentado, oportunizando o vazamento de informações para beneficiar as empresas que atuavam em conluio com os agentes públicos.

Ocorre que a reforma proporcionada pela Lei nº 8.666/93 foi apenas incremental, no sentido de que as alterações foram pontuais, sendo mantidos vários elementos já consolidados pelo Decreto-Lei 2.300/86. Nesta direção, Rosilho (2011, p. 100-108) ao identificar os principais aspectos da lei vigente no tratamento das licitações públicas pontua a ampliação do grau do dever de licitar, estendendo-se, conforme a redação dos artigos 1º e 2º para as obras, serviços – inclusive de publicidade –, compras, alienações, concessões, permissões e locações contratados – com terceiros – pela administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Entrementes, a abrangência do dever de licitar foi seguida do aumento das hipóteses de dispensa e inexigibilidade, através das quais é possível excepcioná-lo, nos termos artigos 24 e 25. A fim de restringir as contratações diretas com fundamento na inexigibilidade da licitação para a contratação de serviços técnicos especializados, apontada nos debates parlamentares como forma de macular a lisura dos procedimentos, a Lei nº 8.666/93 elencou em seu artigo 13 quais tipos de serviço enquadraram-se nesta categoria. Outrossim, exigiu a notória especialização dos profissionais ou empresas prestadores dos serviços técnicos, conforme a inteligência do parágrafo 1º do artigo 25. Seguiu a mesma direção do Decreto-Lei 2.300/86, adotando definição quase idêntica de “notória especialização”, bem como elencou as mesmas

espécies de serviços técnicos especializados, acrescentando apenas a previsão do serviço de restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

O atual texto legal também conferiu especial tratamento aos interessados nas contratações públicas, intensificando a incidência do princípio da isonomia sobre os mesmos, de modo a possibilitar ampla competitividade nas concorrências. Com a especificação legal dos critérios para a habilitação nos procedimentos licitatórios, a saber, habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal, e a indicação dos documentos correspondentes, buscou-se diminuir a intervenção dos administradores públicos na escolha dos licitantes.

As modalidades de licitação empregadas pelo texto legal vigente são as mesmas elencadas no Decreto-Lei nº 2.300/86, quais sejam, concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Quanto aos tipos, houve a exclusão do “preço-base” previsto no Decreto-Lei, permanecendo os tipos “melhor preço”, “melhor técnica” e “técnica e preço”. As licitações do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço” são direcionadas exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual. A licitação será do tipo menor preço, por seu turno, quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa determinar como vencedor do certame o licitante que apresentar proposta de acordo com as especificações do ato convocatório e ofertar o menor preço.

Imperioso destacar a questão do controle dos procedimentos licitatórios, que sofreu importantes mudanças com o advento da Lei nº 8.666/93, tanto na direção da atuação dos Tribunais de Contas, quanto às sanções aplicáveis. Aos Tribunais de Contas foi atribuído além do controle das despesas provenientes dos contratos públicos, o poder de interferir diretamente no curso da licitação, podendo solicitar para exame o edital publicado, bem como apontar as medidas corretivas pertinentes a serem observadas pela Administração Pública.

No tocante às sanções, além da previsão das de natureza administrativa, que incidem sobre as condutas dos licitantes que resultem na inexecução total ou parcial dos contratos firmados com o poder público – advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitações, impedimento de contratar com a administração pública por prazo não superior a 2 (dois) anos e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública –, houve a inclusão de sanções penais em seção própria do texto legal. Em razão do estabelecimento das sanções penais, com o desvio da incidência das penalidades sobre os contratados para os agentes públicos, ficou nítido o caráter “corruptocêntrico” do atual sistema de contratações públicas. Rosilho (2011, p. 109-110) esclarece que a disposição de

sanções penais no texto da Lei nº 8.666/93 constituiu uma forma de resposta ao clamor popular por justiça e pela moralização da Administração Pública:

Muito possivelmente influenciado pelo ambiente político que o país vivia – dominado por escândalos de corrupção em compras governamentais –, o Senado Federal, em substitutivo ao PL apresentado pelo Senador Pedro Simon, incluiu no projeto de lei sanções penais – inafiançáveis, diga-se de passagem –, além das administrativas. Tratou-se, claramente, de uma resposta fácil ao clamor popular por justiça e pela moralização da administração pública”. Convém mencionar que na conversão do PL em lei, a Câmara dos Deputados retirou a natureza inafiançável das sanções penais.

Em que pese o incremento das medidas legais com o escopo de afastar as práticas corruptas dos procedimentos licitatórios, e possibilitar a participação nos certames de todos os interessados em contratar com o Poder Público; bem como o contexto de constitucionalização das licitações e contratos públicos através da Carta Magna de 1988, com a incorporação de princípios orientadores do agir da Administração Pública; persistem no âmbito das licitações públicas, as ações oportunistas de agentes públicos e privados direcionadas ao desvio de verbas públicas.

De acordo com a Controladoria Geral da União (2010), as irregularidades em licitações são os problemas mais detectados no emprego de verbas públicas federais. Na vigésima oitava e vigésima nona edições do Programa de Fiscalização por Sorteios foram fiscalizados 120 (cento e vinte) municípios, sendo verificado algum tipo de irregularidade em licitação em 110 (cento e dez), o que representa 91,66% do total. As irregularidades consistiam em dispensa indevida de processo licitatório, verificada em 57 (cinquenta e sete) municípios (51,8%); simulação, com montagem e favorecimento no processo, constatada em 50 (cinquenta) municípios (45,45%); e conluio entre os licitantes em cinco unidades (4,54%).

A realidade das fraudes em licitações públicas também é exposta em estudo de caso realizado no ano de 2002 com o auxílio do Tribunal de Contas da União por intermédio da Secretaria de Controle Externo do Estado de Minas Gerais. O trabalho resultou da análise da fiscalização de 121 (cento e vinte um) convênios celebrados entre a União e 30 (trinta) municípios mineiros, totalizando repasse de verbas públicas no valor de 10 (dez) milhões de reais para a construção de obras de saneamento básico, unidades de saúde, quadras poliesportivas e outras. Observou-se em 23 (vinte e três) municípios esquema de fraudes em licitações, por montagem de documentos e participação de empresas inexistentes; e em 55% dos convênios firmados verificou-se o conluio entre empresas, prefeitos municipais e comissões de licitação. O desvio de recursos federais foi constatado através da análise de cheques e notas fiscais emitidos (AFFONSO, 2002, p.1).

As inspeções efetuadas pelo Tribunal de Contas permitiram identificar irregularidades graves, dentre as quais se destacam: inexistência física ou ausência de estrutura administrativa e/ou operacional de empresas licitantes; constituição forjada, detectada em razão da ausência de registro das empresas na Junta Comercial do Estado; montagem das propostas apresentadas nas licitações; desvio de recursos evidenciado na emissão de cheques ao próprio município emitente ou à pessoa física do Prefeito, e por meio dos endossos apostos no verso dos cheques pelas empresas contratadas em favor de empresas relacionadas com o esquema de fraude; emissão de notas fiscais inidôneas ou irregulares; abandono de grande parte das obras, e continuidade das mesmas com pessoal contratado pelos municípios, sem qualquer vínculo com a empresa inicialmente contratada; realização das obras com materiais inferiores, tanto em qualidade quanto em quantidade (AFFONSO, 2002, p. 5-6).

Os vícios escondem-se nos interstícios das etapas do procedimento licitatório, resultando na montagem de concorrências públicas, com ares de legalidade. A simulação tem início com a nomeação de uma comissão de licitação composta por agentes públicos envolvidos no esquema, a qual monta o processo licitatório. Participam do certame empresas previamente acertadas, que apresentam propostas perdedoras a fim de legitimar a adjudicação do objeto licitado por uma das empresas fraudadoras (TREVISAN et al, 2003, p. 43)².

O direcionamento de licitações públicas é comumente empregado para devolver favores acertados nas campanhas eleitorais e, ao mesmo tempo, encaminhar recursos para as contas bancárias dos cúmplices. “O administrador mal intencionado dirige essas licitações a fornecedores ‘amigos’, por meio de especificação de condições impeditivas da livre concorrência, incluindo exigências que os demais fornecedores em potencial não tem condições de atender”. Esta prática é quase rotineiramente verificada na modalidade convite (TREVISAN et al, 2003, p. 42).

A burla às licitações públicas também pode ocorrer por meio da participação de empresas fantasmas, que inexistem física ou juridicamente. Através do uso de documentos falsos, a exemplo de contrato de constituição e registro na Junta Comercial, forjados, tais empresas são habilitadas no processo licitatório, e suas propostas são julgadas vencedoras. O pagamento a uma empresa fictícia indica, na grande maioria dos casos, a inexecução do

² Trevisan, Antonio Chizzotti, Ianhez, José Chizzotti e Verillo descrevem as práticas corruptas empreendidas no município paulista de Ribeirão Bonito, identificadas pela organização não governamental AMARRIBO (Amigos Associados de Ribeirão Bonito) - um movimento para o monitoramento, a cobrança e a contestação de atos das autoridades municipais -, as quais eram encabeçadas pelo então prefeito com a colaboração de outros agentes públicos.

serviço ou a inexistência do produto especificado, e que os cheques emitidos foram diretamente para as mãos dos fraudadores (TREVISAN et al, 2003, p. 62).

No contexto das licitações e contratos, percebe-se uma relação de dependência entre a corrupção pública e privada. Esta é revelada através das condutas fraudulentas dos licitantes no intuito de apropriar-se de recursos públicos. Aquela, por sua vez, manifesta-se na corrupção administrativa, praticada pelos agentes públicos, ao utilizarem de forma ilegítima o poder político e administrativo, tomando proveito das facilidades advindas do exercício da função pública no âmbito da burocracia administrativa, visando ao alcance de benefícios privados em detrimento do interesse público.

3 INCIDÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO CONTRA AS PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

A Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção, foi aprovada pelo Congresso Nacional em contexto de manifestações contra a corrupção no país, iniciadas em São Paulo diante do aumento da tarifa do transporte coletivo, pulverizando-se por diversas regiões através de variadas reivindicações populares, que incluíam a abertura e publicação de contas e contratos relacionados com o transporte público, a urgência na adoção de medidas contra a corrupção, realização de reforma política, de mudanças profundas na saúde e educação, e a rejeição à Projeto de Emenda Constitucional que retirava do Ministério Público seu poder de investigação (PEC nº 37).

Fruto do Projeto de Lei nº 6.826/2010, apresentado pelo Poder Executivo, que já vinha sendo debatido pela Controladoria Geral da União, a lei em comento inseriu no ordenamento jurídico a responsabilização objetiva da pessoa jurídica por atos de corrupção praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, sendo, portanto, direcionada ao combate e repressão à corrupção patrocinada pelo setor privado. Trata-se de novidade legislativa em termos de responsabilização civil e administrativa por atos de corrupção, tendo em vista que os diplomas já vigentes, a saber, a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), apresentam sanções direcionadas notadamente para pessoas físicas, exigindo a verificação da presença do elemento subjetivo, dolo ou culpa. Nesta esteira, assevera Vale (2015, p. 90):

Sabe-se que a Lei nº 8.666/1993 possibilita a punição da pessoa jurídica envolvida com a prática de atos lesivos à Administração Pública. Todavia, as sanções mais graves são direcionadas para as pessoas físicas, na seção sobre as disposições criminais (“Seção III – dos crimes e das penas” – arts. 89 e seguintes),

permanecendo a lacuna quanto a efetiva responsabilização da pessoa jurídica e o ressarcimento pelos danos. As mesmas deficiências punitivas encontramos na Lei da Improbidade Administrativa, já que a penalização da pessoa jurídica dependerá da comprovação da culpa (responsabilidade subjetiva) do agente envolvido.

Nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 12.846/2013, a responsabilidade objetiva pela prática de atos de corrupção contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, incide sobre as sociedades empresárias, sociedades simples, personificadas ou não, independente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como sobre 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. Tal responsabilização independe da responsabilidade individual dos dirigentes ou administradores da pessoa jurídica, conforme dispõe o artigo 3º da referida lei.

Formulou-se um sistema de proteção à Administração Pública com modelos de responsabilização distintos, a depender de quem seja o agente do ato de corrupção. Sendo o ato praticado no benefício da pessoa jurídica, com exclusividade ou não, estará sujeita à responsabilização objetiva, que independe da responsabilidade civil subjetiva do agente, pessoa natural, que atuou em nome da pessoa coletiva. Em outras palavras, para a responsabilização da pessoa jurídica não se investiga o elemento subjetivo do agente que atuou em seu nome ou benefício, sendo suficiente a verificação da prática de qualquer ato irregular previsto no art. 5º da Lei nº 12.846/2013.

A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas encontra respaldo no déficit de punição provocado pela dificuldade de se demonstrar qualquer elemento subjetivo, tendo em vista que a vontade da pessoa coletiva é, comumente, resultado das vontades de pessoas que agem em seu nome. Em que pese a consideração do elemento subjetivo na atuação do agente para a incidência do Direito Administrativo Sancionador, a responsabilização objetiva da pessoa jurídica constitui-se em exceção válida e sem vício de inconstitucionalidade, haja vista o intuito de tutelar a probidade administrativa nos negócios entre o Estado e particulares, de modo a reprimir e combater práticas de repercussão social deletéria (PIMENTEL FILHO, 2015, pág. 75-76).

A responsabilização objetiva no contexto da Lei nº 12.846/2013 subdivide-se em responsabilidade administrativa, apurada no âmbito da própria Administração Pública, e responsabilidade civil, atribuída por intermédio de processo judicial. Imperioso ressaltar que tal responsabilização não exige a verificação de dano material provocado pela pessoa jurídica, porquanto a finalidade da Lei não é a reparação material do dano, mas sancionar a prática de

ato antiético nas relações firmadas com a Administração Pública. Neste diapasão, Pimentel Filho (2015, pág. 77) observa que pela interpretação literal e conjugada dos artigos 2º e 5º, seria suficiente para a responsabilização objetiva da pessoa jurídica a prática de algum dos atos tipificados no artigo 5º e a constatação de interesse ou obtenção de proveito, ainda que não exclusivo, em razão do ato corrupto, resultando na fórmula: “ato corrupto + benefício/interesse da empresa = sanção”.

Ocorre que tal interpretação amplia demasiadamente o campo de incidência da responsabilidade objetiva, de modo a abarcar atos praticados por terceiros sem qualquer vínculo ou envolvimento com a pessoa jurídica. Destarte, a melhor interpretação é a que exige a demonstração da prática irregular por pessoa ou órgão que tenha alguma vinculação ou relação representativa com a pessoa jurídica, de maneira que a responsabilização resulte da seguinte fórmula: “ato corrupto de agente/representante + benefício/interesse da empresa = sanção”(PIMENTEL FILHO, 2015, p. 79).

Em que pese as críticas à opção ampliativa da Lei Anticorrupção por possibilitar interpretação que gere o afastamento da verificação do nexo de causalidade, dispensando qualquer participação da pessoa jurídica na prática do ato irregular, desde que seja beneficiária, a não exigência de vínculo formal entre o agente, pessoa natural, e a pessoa coletiva, bem como a dispensa da atuação dentro dos limites do rol das funções, se apresentam adequadas no contexto de invisibilidade das práticas de corrupção, sendo suficiente a observância da atuação do agente em relação firmada com a pessoa jurídica e perante à Administração Pública, além da postura da pessoa jurídica em face da atuação ilegal da daquele:

Assim, na situação do gerente que oferece vantagem para presidente da comissão de licitação (vide nota anterior), sem conhecimento da direção da empresa, com objetivo de alcançar suas metas, há de se analisar se a empresa fez todo o que seria exigível para evitar que tal ato ocorresse. A Lei traz assim para as pessoas jurídicas o dever de prevenir atos de corrupção entre seus colaboradores e representantes. Se é capaz de demonstrar que desenvolve efetivo programa de *compliance*, com todos os seus elementos, e que não fecha os olhos para práticas irregulares, pode ter as sanções abrandadas ou até perdoadas.

[...] É importante, assim, mais do que a qualificação jurídica que carrega a pessoa (se é empregado, gerente, diretor, administrador, procurador, sócio, etc.), o comportamento que ela assume perante a Administração Pública e terceiros, a finalidade dos seus atos e o modo como a pessoa jurídica age diante desse quadro (PIMENTEL FILHO, 2015, p. 81)

O setor das licitações e contratos administrativos chamou a atenção do legislador, de modo que o artigo 5º, inciso IV, da Lei Anticorrupção, elenca, de forma exemplificativa, condutas relacionadas às licitações e contratos que implicam responsabilização objetiva da

pessoa jurídica por atentar contra um dos bens jurídicos tutelados pela referida Lei, a saber, o patrimônio público nacional ou estrangeiro, os princípios da Administração Pública e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Várias das condutas previstas na Lei Anticorrupção são reproduções de tipos penais inseridos na Lei de Licitações, com adequações para a responsabilização das pessoas jurídicas. Neste diapasão, a alínea a do inciso IV do artigo 5º, reproduz o tipo penal do artigo 90 da Lei nº 8.666/93, com a particularidade de que neste diploma legal são punidas pessoas físicas que praticaram a conduta dolosamente. Assim, qualquer conduta que frustre ou fraude o caráter competitivo da licitação pode ensejar a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica (DIAS, 2015, pág. 100-101).

A alínea b, por sua vez, constitui reprodução do tipo penal previsto no artigo 93 da Lei nº 8.666/93, ao enquadrar como ato lesivo à Administração Pública as condutas de impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público. Percebe-se que se diferencia da previsão da alínea a porque visa proteger as formalidades dos atos do procedimento licitatório, de forma a evitar lesões aos bens jurídicos tutelados pela Lei (DIAS, 2015, pág. 102).

A alínea c prevê a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica que afastar ou procurar afastar licitante por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo. O impedimento da participação de outro licitante se constitui em mecanismo para a pessoa jurídica se sagrar vencedora na licitação. Assemelha-se ao tipo penal do artigo 95 da Lei nº 8.666/93, com a diferença de neste existir a previsão da prática de violência ou grave ameaça para afastar ou procurar afastar a participação de licitante, além da desistência de participação no procedimento licitatório em razão de recebimento de vantagem (DIAS, 2015, p. 103).

Na alínea d, o legislador inseriu dispositivo legal amplo, identificando como ato lesivo à Administração Pública a conduta de fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente, em semelhança ao tipo penal do artigo 96 da Lei nº 8.666/93 que, no entanto, especifica a previsão genérica através de rol taxativo de práticas que implicam em fraude à licitação ou ao contrato resultante. A opção de exclusão do rol taxativo, que entre outras condutas, prevê a elevação arbitrária de preços, a entrega de uma mercadoria por outra ou a alteração de sua substância, qualidade ou quantidade, não afasta a sua observância como lista exemplificativa de atos puníveis no âmbito da Lei Anticorrupção (DIAS, 2015, p. 104).

A conduta de criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo, também constitui ato lesivo inserido na alínea d da Lei Anticorrupção. Abarca a criação de pessoa jurídica de fachada ou “laranja”,

que serve para praticar atos em substituição à pessoa jurídica verdadeira, a fim de que não tenha sua participação revelada. Tal prática macula o caráter competitivo do procedimento licitatório e imprime falsa legalidade à licitação.

Outrossim, as condutas de obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, derivados 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 de manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos celebrados, encontram previsão nas alíneas f e g do inciso IV do artigo 5º.

Percebe-se, portanto, que o legislador reconheceu a lesividade das modificações ou prorrogações indevidas dos contratos administrativos, de modo a beneficiar a pessoa jurídica contratada, bem como a alteração indevida do equilíbrio econômico-financeiro, compreendido como a adequação entre a proposta ofertada e os valores pagos em razão da execução do contrato. Em tais situações, tendo em vista que as alterações nos contratos administrativos ou as atualizações decorrentes da exigência do equilíbrio econômico-financeiro decorrem da Administração Pública, verifica-se a atuação de agente público, o qual poderá ser responsabilizado também da esfera criminal (DIAS, 2015, p. 106).

Diante de tais práticas, a Lei Anticorrupção prevê sanções de natureza civil e administrativa, que incidem sobre as pessoas jurídicas envolvidas, reforçando a compreensão da independência das esferas de responsabilização, à medida que não afeta os processos e penalidades decorrentes da aplicação da legislação penal, da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) ou de outras normas sobre licitações e contratos. As sanções administrativas de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória, bem como as sanções judiciais inseridas, evidenciam a opção legislativa pela aplicação do Direito Administrativo Sancionador na esfera da responsabilização das pessoas jurídicas:

Tal opção ocorreu, em grande medida, em decorrência da percepção do legislador dos limites do Direito Penal nacional para punir efetivamente as práticas corruptas, uma vez que nosso ordenamento apenas admite pontualmente a responsabilidade penal de pessoas jurídicas (no caso de crimes cometidos contra o meio ambiente – Lei 9.605/98), ainda havendo grande resistência doutrinária em se aceitar a punição penal de pessoas morais sem a necessidade de aferição do elemento subjetivo (SOUZA, 2015, p.135)

Para a aplicação das sanções administrativas exige-se a instauração de processo administrativo, nos termos do artigo 8º da Lei nº 12.846/2013, de competência, passível de

delegação, da autoridade máxima de cada órgão ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (artigo 8º, caput, da LAE), que poderá fazê-lo de ofício ou após ser provocada. No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria Geral da União tem competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados para exame de sua regularidade.

A autoridade instauradora designará comissão composta por dois ou mais servidores estáveis, que conduzirá a fase instrutória, sendo responsável pela apresentação, ao final, de relatório sobre os fatos apurados com indicação da responsabilidade da pessoa jurídica e sugestão motivada das sanções a serem aplicadas, devendo o processo ser concluído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, podendo ser prorrogado. A pessoa jurídica acusada deve ser intimada para apresentação de defesa escrita, no prazo de 30 (trinta) dias, sendo admitidos todos os meios de prova pertinentes. O relatório mencionado deve ser encaminhado à autoridade instauradora do processo para que seja proferido julgamento.

Ainda no tocante ao processo administrativo de responsabilização da pessoa jurídica, o artigo 6º, §2º, da Lei Anticorrupção, prevê a manifestação jurídica da Advocacia Pública antes da aplicação das sanções administrativas. Trata-se de parecer obrigatório e não vinculante, de modo que a autoridade administrativa poderá decidir em conformidade ou não com o parecer técnico (SOUZA, 2015, p. 167).

Nos termos do artigo 6º, I, do processo poderá resultar a aplicação de multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida pela prática do ato lesivo, quando for possível sua estimativa. Caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa poderá variar de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Cumulativamente, ou não, poderá ser imposta a sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, II), que ocorrerá na forma de extrato de sentença, 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, a expensas da pessoa jurídica, 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 (artigo 6º, §5º).

Outrossim, conforme o artigo 6º, §3º, a aplicação das sanções de multa e publicação integral da decisão condenatória, não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação

integral do dano causado. Tal previsão reforça a distinção entre multa e indenização. A multa se constitui em sanção aplicada em razão de descumprimento de dever jurídico, devendo apresentar efeito pedagógico. Por outro lado, a indenização visa reparar o prejuízo provocado ao erário público, em nítido efeito compensatório (VALE, 2015, p. 95).

No que se refere à responsabilização judicial, o artigo 19 da Lei Anticorrupção prevê as sanções de perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração; suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. Tais sanções podem ser aplicadas, cumulativamente ou não, pelo Poder Judiciário, mediante a propositura da ação cível de responsabilização da pessoa jurídica por ato lesivo à Administração Pública. “É certo afirmar, portanto, que as sanções previstas no art. 19 têm cláusula legal de reserva de jurisdição, somente podendo ser aplicadas pela via de responsabilização judicial”(QUEIROZ, 2015, p.296).

Possuem legitimidade ativa para a propositura da ação de responsabilização as pessoas jurídicas de direito público lesadas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e o Ministério Público. Consiste em legitimação concorrente e disjuntiva. Concorrente, pois qualquer um dos legitimados pode propor a ação, e disjuntiva porque um não precisa da autorização do outro para provocar o Judiciário, nem se faz necessário o comparecimento em juízo em litisconsórcio (QUEIROZ, 2015, p.296).

O Ministério Público, conforme o artigo 20 da Lei Anticorrupção, tem legitimidade exclusiva na situação de omissão da autoridade administrativa em buscar a responsabilização administrativa da pessoa jurídica. Destarte, as sanções administrativas previstas no artigo 6º podem ser aplicadas, de forma subsidiária, pelo Poder Judiciário. A exclusividade de legitimação do *Parquet* se justifica em razão do desinteresse da Administração Pública que, se não promoveu a persecução administrativa, certamente não provocará a responsabilização judicial. Ademais, se o Ministério Público não for parte na ação cível de responsabilização da pessoa jurídica por ato lesivo, atuará como fiscal da lei (QUEIROZ, 2015, p.303).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a permeabilidade do setor de licitações às práticas de corrupção, consistentes em relações de troca de vantagens entre agentes públicos e sujeitos privados,

cada vez mais aperfeiçoadas e capazes de imprimir ares de legalidade ao procedimento licitatório fraudulento, e que resultam em graves prejuízos ao erário público e à moralidade administrativa, a Lei nº 12.846/2013 apresenta proposta inovadora no combate à corrupção administrativa ao instituir a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, na esfera administrativa e judicial.

Neste diapasão, a pessoa jurídica que praticar qualquer ato lesivo à Administração no contexto do procedimento licitatório, estará sujeita às sanções de natureza administrativa e civil previstas na referida lei, independente da responsabilização da pessoa natural que o tenha praticado, e se esta agiu com dolo ou culpa. Tal configuração punitiva atribui às empresas licitantes o dever de incorporar um programa de *compliance*, de modo a prevenir práticas ilícitas e instaurar uma cultura de ética empresarial.

De outra banda, a aplicação da Lei Anticorrupção exige reflexão a fim de que não provoque retrocesso na agenda de combate à corrupção, notadamente na esfera da responsabilidade administrativa, haja vista a expressiva autonomia conferida à autoridade administrativa para aplicação das sanções de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória, o que pode incrementar a corrupção administrativa por meio do suborno e pagamento de propinas para livrar a empresa faltosa da incidência do direito administrativo sancionador.

Outrossim, a má atuação da Administração Pública na persecução administrativa pode trazer embaraços a atuação do Ministério Público e, por conseguinte, prejudicar a aplicação pelo Judiciário das sanções de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória, tendo em vista o protagonismo conferido a autoridade administrativa na aplicação das sanções administrativas e a legitimidade subsidiária do *Parquet* para a propositura da ação cível de responsabilização da pessoa jurídica.

Ademais, é necessário avaliar a vedação do *bis in idem*, não obstante a adoção no ordenamento jurídico brasileiro do princípio da independência das instâncias de responsabilização, sobretudo diante da possibilidade de instauração de diversos processos de natureza administrativa, penal e civil, decorrentes da aplicação concomitante da Lei de Licitações, dos estatutos funcionais, das legislações penais, da Lei de Improbidade Administrativa e, mais recentemente, da Lei Anticorrupção, de modo a considerar a proteção aos direitos fundamentais e os imperativos da proporcionalidade e razoabilidade.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Neusa Coutinho. **Estudo de Caso** – Fraude em Licitações de Obras Públicas. Minas Gerais, 2002. Disponível em: <<http://www.cidadaniafiscal.com.br/backup/downloads/25.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

Controladoria Geral da União. **CGU constata problemas em licitações em 110 de 120 municípios fiscalizados.** Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2010/03/cgu-constata-problemas-em-licitacoes-em-110-de-120-municipios-fiscalizados>> Acesso em: 10 nov. 2016.

DIAS, Jefferson Aparecido. Atos de corrupção relacionados com licitações e contratos. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org). **Lei Anticorrupção.** Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 89-109.

NAHAT, Ricardo. **Anatomia da Corrupção.** São Paulo: R. Nahat, 1991.

PIMENTEL FILHO, André. Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org). **Lei Anticorrupção.** Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 63-82.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização Judicial da Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org). **Lei Anticorrupção.** Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 283-334.

ROSILHO, André Janjácomo. **Qual é o modelo legal das licitações no Brasil?** As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas. 2011, 214 p. Dissertação (mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8824>> Acesso em: 15 jan. 2017.

SOUZA, Jorge Munhós. Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org). **Lei Anticorrupção.** Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 131-168.

TREVISAN, A. M.; CHIZZOTTI, A.; IANHEZ, J. A; CHIZZOTTI, J.; VERILLO, J. **O combate à corrupção nas Prefeituras do Brasil.** 4 ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2003.

VALE, Murilo Melo. A Lei de Anticorrupção Empresarial: um contraponto à agenda de combate à corrupção. In: XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2015, Florianópolis, **Anais eletrônicos...** Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/919u5o22/1SILzb9VarX9pu2L.pdf>> Acesso em: 12 jan. 2017. p. 82 - 107.