

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

MATHEUS CARDOZO DE MELO PEREIRA

**APLICABILIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA LEI 12.846/13
(ANTICORRUPÇÃO)**

Análise do processo administrativo-constitucional no combate à corrupção

UBERLÂNDIA - MG

2020

MATHEUS CARDOZO DE MELO PEREIRA

**APLICABILIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA LEI 12.846/13
(ANTICORRUPÇÃO)**

Análise do processo administrativo-constitucional no combate à corrupção

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, *campus* Santa Mônica.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.

Uberlândia

2020

MATHEUS CARDOZO DE MELO PEREIRA

**APLICABILIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NA LEI 12.846/13
(ANTICORRUPÇÃO)**

Trabalho de conclusão apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis,
da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do
título de bacharel em Direito.

Uberlândia, ____ de _____ de _____.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo – UFU (orientador)

Prof. Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello – UFU (membro)

Mestrando Luiz Felipe Borges Silva - UFU (membro)

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 assegurou a todos o direito à petição aos Poderes Públicos e a possibilidade do contraditório e da ampla defesa no processo judicial e no administrativo. É neste último que a Lei 12.846/2013 (fruto de pressão internacional sobre o combate à corrupção) traz disposições sobre a possibilidade de o ente público responsabilizar administrativamente, de forma objetiva, pessoas jurídicas que pratiquem atos infracionais, diretamente relacionados com as fraudes no serviço público. Dito isso, o presente trabalho analisou a aplicabilidade dos dispositivos processuais administrativos, averiguando sua constitucionalidade e eficiência. Ademais, buscou outras legislações anticorrupção e processuais afim de aplicação analógica e concluiu o que seria necessário para regulamentar. Por fim, apresentou uma visão crítica do processo administrativo brasileiro que ainda não se concretizou nos níveis desejados pela Carta Magna especialmente relacionado com o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a participação democrática na função administrativa e o enfrentamento à corrupção.

Palavras-chave: Lei 12.846/2013; processo administrativo; anticorrupção; contraditório; ampla defesa; eficiência.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 guaranteed everyone the right to petition the Public Authorities and the possibility of contradictory and ample defense in the judicial and administrative proceedings. It is in the latter that Law 12.846 / 2013 (the result of international pressure on the fight against corruption) contains provisions on the possibility for the public entity to objectively administratively hold legal entities that commit infringing acts directly related to fraud in the service public. That said, the present study analyzed the applicability of administrative procedural provisions, investigating their constitutionality and efficiency. In addition, it sought other anti-corruption and procedural laws in order to apply analogously and concluded what would be necessary to regulate. Finally, it presented a critical view of the Brazilian administrative process that has not yet materialized at the levels desired by the Constitution, especially related to due legal process, the contradictory, the broad defense, democratic participation in the administrative function and the fight against corruption.

Keywords: Law 12.846 / 2013; administrative process; anti-corruption; contradictory; ample defense; efficiency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. HISTÓRICO DO COMBATE A CORRUPÇÃO	8
2. PROCESSO ADMINISTRATIVO	13
3. APLICABILIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NA LEI 12.846/2013	18
4. AGENTES PÚBLICOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO	19
4.1. COMPETÊNCIA, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.....	19
4.2. DELEGAÇÃO E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO.....	25
4.3. COMISSÃO PROCESSANTE.....	30
5. RITO PROCESSUAL	34
5.1. PRODUÇÃO DE PROVAS.....	34
5.2. MEDIDAS CAUTELARES E PRAZOS.....	37
5.3. DEFESA E ATOS FINAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	40
5.4. DEVER DE NOTIFICAR O MINISTÉRIO PÚBLICO.....	42
6. DEMAIS RESPONSABILIDADES	44
6.1 RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA.....	44
6.2 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	46
6.3 PROCEDIMENTO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	50
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

O combate à corrupção no Brasil por meio da responsabilidade não se limita apenas aos tipos penais, mas também abrange as responsabilidades civis e administrativas que tanto o administrador quanto o particular devem suportar caso pratiquem atos que lesionem a estrutura pública. Nesta ideia, nasce a lei 12.846/2013, apelidada de Lei Anticorrupção, que traz o artifício da responsabilidade objetiva administrativa e civil para as pessoas jurídicas que pratiquem atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Esta lei prevê duas formas de alcançar seu objetivo: por meio do processo administrativo e do processo judicial. Quanto a este, toda regulamentação está prevista nas leis 13.105/2015 (Código de Processo Civil) e 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública)¹, no tocante àquele, percebe-se que a própria lei trouxe determinações muito vagas sobre como seria sua aplicação, o que gera insegurança jurídica e abre margem para nulidades.

A inexatidão do processo administrativo da Lei Anticorrupção traz prejuízos ao combate da corrupção uma vez que o Poder Público, por meio do administrador, não poderá definir as regras processuais concomitantemente que às aplica: não seria razoável, seguro juridicamente, tampouco impessoal. E, em relação a pessoa jurídica (particular), não saber as regras do jogo impede o exercício do direito de defesa, o que posteriormente pode vir a ser objeto de ação anulatória no Poder Judiciário. Assim, o que irá sobrar de aplicação plena são as penalidades administrativas advindas do processo judicial, o que deixaria de lado a possibilidade legal do processo administrativo, que é de extrema relevância para Administração Pública, pois materializa o poder de polícia, disciplinar e o princípio da eficiência.

¹ “Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”. BRASIL, Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> Acesso em: 10.11.2020.

Portanto, o presente trabalho busca analisar as lacunas do processo administrativo da Lei 12.846/2013, trazendo possíveis interpretações com o auxílio da Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo) e da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), na hipótese de o ente público não ter editado o decreto regulamentador específico do processo administrativo. Ademais, como consequência do trabalho, poderá existir sugestões para futuros decretos regulamentadores a serem criados. Lembra-se que a maioria dos entes e poderes ainda não buscaram regulamentar a Lei Anticorrupção, o que aumenta a importância do presente estudo.

Vale ressaltar ainda que a interpretação levará em consideração toda legislação pátria e, principalmente, a constitucionalidade dos dispositivos legais diante dos possíveis atos administrativos de combate à corrupção, com análise mais atual dos entendimentos dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

O método será o hipotético-dedutivo para buscar as hipóteses de aplicação da Lei Anticorrupção: se o dispositivo legal é autoaplicável, ou exige da aplicação analógica da Lei 9.784/99 ou do CPC, por fim, não suprimindo a lacuna, concluir para imprescindibilidade do decreto regulamentador.

1. HISTÓRICO DO COMBATE A CORRUPÇÃO

A noção de Estado sempre foi ponto de muitos estudos e debates por filósofos desde as primeiras sociedades conhecidas até os dias atuais, o que se entende, de forma simplificada, é que a vida em sociedade exige que alguém tenha o poder de definir o que é o melhor para toda a coletividade, denominado de interesse social. Partindo disso, diversos sistemas de poder existiram ao longo da história humana e que no fim seria considerado o Estado, atualmente sendo conceituado como uma população dentro de um território e a existência de um poder soberano para ditar os rumos daquela sociedade.

Nesse raciocínio, sabe-se que o interesse social ou público nem sempre é compatível com o interesse privado dos integrantes da sociedade, assim, diante do conflito de interesses, algum irá se sobrepor. Quando aquele que deve atuar em nome do Estado desrespeita o interesse público, sobrepondo o seu interesse privado, a instituição a qual ele representa perde a credibilidade o que pode resultar na própria desestruturação da mesma. Assim, a história registra que no século XIV a. C., o Faraó Horemheb já estabelecia pena de morte para oficiais que aceitassem subornos, e tal medida sancionatória foi passada ao longo do tempo nas mais diversas sociedades.²

Com a formação do Estado Republicano, por definição: coisa pública, foi imprescindível a separação entre o que é de todos e o que é de particular, tendo por base as premissas de interesse público (necessário para uma vida em comunidade) e de interesse privado. Assim, em sentido contrário, o fenômeno da corrupção surge quando um ou alguns indivíduos se apropriam como seu o que é de todos, enfraquecendo a conformação estatal, e, conseqüentemente, a vida em sociedade.

Trazendo essa realidade para o mundo globalizado, em análise genérica, nota-se que a corrupção não somente enfraquece o Estado por meio da falta de credibilidade das instituições públicas, como também, impede um ambiente fértil às relações econômicas, pois a ausência de segurança jurídica, das relações estáveis

² JÚNIOR, Aloísio Zimmer. Corrupção e improbidade administrativa. 1º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 43.

haja vista a possibilidade de fraudes, criam situações caóticas que implica no enfraquecimento dos investimentos, da infraestrutura e de emprego. Logo, sem Estado consistente, sem sociedade desenvolvida, e, por seguimento, inexistência de vida digna ao ser humano.

De maneira exemplar, segundo a Transparência Internacional de Corrupção (2019)³, Somália, Venezuela, Iêmen são países com maiores índices de corrupção, ao passo que Dinamarca, Nova Zelândia, Singapura possuem os menores. Vale pontuar que mesmo não sendo apenas o único fator que define o nível de desenvolvimento social dos países citados, é mais do que certo que a corrupção é uma das causas marcantes para este resultado.

Para enfrentar isso, desenvolveu-se as teorias de responsabilidade que elevaram o patrimônio público ao nível de bem jurídico tão grande que seria necessária a privação de liberdade como método de coerção⁴, criando-se os crimes contra a Administração Pública. Esta evolução é explicada por Aloízio Zimmer: “a transposição do campo da ética para o campo político-jurídico parte da premissa de que a corrupção é um fenômeno intrínseco ao comportamento humano, sendo insuficiente tentar controlá-lo apenas a partir de um referencial ético de virtude humana.”⁵

No âmbito internacional, o combate a corrupção, do mundo globalizado, tem como ponto de partida o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), em 1977⁶, promulgado nos Estados Unidos em resposta aos grandes escândalos que marcaram aquela década envolvendo Administrações Públicas americana e estrangeiras.

³ Corruption perceptions index. Transparency International: the global coalition against corruption, 2020. Disponível em: <<https://www.transparency.org/en/cpi/2019>> Acesso em: 23.09.2020.

⁴ Última ratio é o princípio da Intervenção Mínima ou da Subsidiariedade ou da Fragmentariedade: o direito penal é subsidiário, surge quando outros ramos jurídicos não conseguem solucionar o problema. A lesão ao bem jurídico deve ser suficiente para exigir a responsabilização criminal e o bem jurídico deve ser considerado de alto valor para a sociedade. Exemplo: a Administração Pública como um bem jurídico protegido pelo Direito Penal.

⁵ JÚNIOR, Aloízio Zimmer. Corrupção e improbidade administrativa. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 37.

⁶ TORREY, Daniel. FCPA cria sanções no combate à corrupção comercial. Conjur, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-11/fcpa-cria-sancoes-combate-corruptacao-comercial-internacional>> Acesso em: 10.11.2020.

Importante salientar que as questões econômicas, mais do que aspectos morais, estavam em jogo. Na medida em que os Estados Unidos havia criado sua legislação anticorruptiva, abriu-se a possibilidade de concorrência desleal, pois era comum a prática do suborno nas relações empresariais internacionais, assim, se as empresas americanas seriam as únicas punidas, as empresas de outros países tinham uma força maior para conseguir os negócios no plano internacional⁷.

A par disso, precisou-se da ONU para reconhecer o problema da corrupção e da criação de tratados internacionais a fim de influir nos países signatários a criação de legislações próprias que punissem as práticas corruptivas, sendo de suma importância a *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, de 1997, da OCDE (Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico)⁸, pois tinha caráter vinculante, sendo uma norma internacional que abarcava todas as empresas dos países que integravam a referida organização. Assim, desse ponto de partida, diversas leis, tratados internacionais e organizações de combate a corrupção foram criadas ao redor do mundo que passaram a desenvolver a noção de transparência, *compliance*, e outros métodos repressivos de corrupção⁹.

No plano nacional, duas estratégias de combate a corrupção foram concretizadas: tipificação das condutas danosas tratadas como corruptivas e políticas públicas preventivas e repressivas. A primeira, mais enfática na lei penal, mas também alcançando a seara administrativa, obrigava o legislador a criar normas típicas certas, definidas, evitando termos amplos, ambíguos, que pudessem atrapalhar a repressão ao fato danoso¹⁰. Em segundo lugar, as políticas públicas,

⁷ JÚNIOR, Aloísio Zimmer. *Corrupção e improbidade administrativa*. 1º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 59.

⁸ OECD. *Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and Related Documents*. OECD, 1997. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf>. Acesso em: 10.11.2020.

⁹ JÚNIOR, Aloísio Zimmer. *Corrupção e improbidade administrativa*. 1º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 61.

¹⁰ De maneira exemplar: Código Penal com os crimes contra a Administração Pública, a Lei de Improbidade Administrativa e os crimes da Lei de Licitações.

com respaldo na Carta Magna (art. 37)¹¹, são as criações de normas pelo Poder Executivo sobre definição de atos imorais pelos agentes públicos, o combate ao nepotismo, a publicidade dos atos administrativos e pelo Poder Judiciário com jurisprudências que definem o alcance dos princípios da legalidade, da impessoalidade e da eficiência.

Posto isso, merece destaque o último princípio citado para a Administração Pública. Advindo da Emenda Constitucional 19/1998¹², busca definir no plano constitucional a administração gerencial em contraponto à administração burocrática. "A administração gerencial se baseia no controle de resultados, visa à ampliação da autonomia dos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública, à produtividade dos agentes públicos, reduzindo o controle de procedimentos. Esse modelo tem como principais características a eficiência nos serviços, na avaliação de desempenho e no controle dos resultados. Caracteriza-se, ainda, pela existência de formas modernas de gestão pública"¹³.

Nessa esteira, percebeu-se que diante da corrupção sistêmica¹⁴ e globalizada, instrumentos normativos de combate a corrupção se mostraram ineficientes na medida em que a prova da culpa, em *lato sensu*, dificultava a

¹¹ "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 e, também, ao seguinte:(...)" BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10.11.2020.

¹² BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 10.11.2020.

¹³ ZOZIMO, Eduardo. O princípio da eficiência como pressuposto da administração gerencial. Jus, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35950/o-principio-da-eficiencia-como-pressuposto-da-administracao-gerencial>> Acesso em: 25.03.2020.

¹⁴ Em uma simples análise, a corrupção sistêmica é conhecida como a macrocorrupção, abrange os altos cargos políticos, valores vultosos e grandes empresas. Diferente deste, a corrupção endêmica é a relacionada com a ética, "microcorrupção", relacionado com o não seguimento dos deveres que a Constituição exige de todos os cidadãos. Por fim, a corrupção sindrômica que reflete a institucionalização do desserviço, mormente na Administração Pública. Segundo o artigo de: BARON, Elton Rockenbach. Corrupção sistêmica, endêmica e sindrômica: a (in)observância ao princípio da responsividade. Jus, 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/79523/corruptao-sistemica-endemica-e-sindromica-a-in-observancia-ao-principio-da-responsividade>> Acesso em: 30.09.2020.

responsabilização dos envolvidos em condutas corruptivas, os constantes “arquivamentos por ausência de provas” impediam a eficácia da repressão a corrupção. Assim surge a Lei 12.846/13, que seguindo as recomendações internacionais (OCDE) e a determinação constitucional do princípio da eficiência, evoluiu o sistema positivo brasileiro permitindo a aplicação de sanção-administrativa sem necessidade de comprovação do dolo ou da culpa, inaugurando a responsabilidade objetiva para pessoas jurídicas.

A consequência dessa nova responsabilidade é que o combate a corrupção tende a ser mais eficaz, pois além de trazer a responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas que praticassem atos danosos à Administração Pública nacional e estrangeira, ainda reforçou outros métodos de repressão como o acordo de leniência, cadastro nacional de empresas inidôneas e suspensas além da possibilidade de processo administrativo pela própria entidade pública lesada.

Diante disso, a presente pesquisa busca analisar o processo administrativo da Lei 12.846/13, doravante apelidada de Lei Anticorrupção, a fim de saber a melhor forma de aplicá-la, alcançando os objetivos internacionais e nacionais de combate a corrupção e respeitando os direitos e garantias fundamentais, em especial, o contraditório e a ampla defesa.

2. PROCESSO ADMINISTRATIVO

O processo administrativo tem assento legal na Lei 9.784/99, mais de 10 anos depois da promulgação da Constituição Federal. Segundo Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, esse fato demonstra que a Administração Pública brasileira é autoritária e “sempre se considerou a senhora e dona do processo administrativo”¹⁵, pois mesmo com o direito fundamental à petição¹⁶, a forma como o processo se impulsionava diante a inexistência de lei permitia abusos por parte do Poder Público mediante violações à ampla defesa, ao direito de recurso, à vista dos autos, dentre outros, seguindo o ditado: “entre o forte e o fraco, a lei liberta, e a liberdade escraviza”¹⁷.

Dito isso, a Emenda Constitucional nº 19 teve por um dos objetivos dispor sobre princípios e normas da Administração Pública sendo de relevância para o processo administrativo o §3º, art. 37¹⁸ em que se passa a exigir uma lei própria sobre o tema.

Com efeito, a Lei de Processo Administrativo representa a concretização dos direitos fundamentais: contraditório e ampla defesa além de garantir a participação do particular na função administrativa. “Um dos mais importantes instrumentos de controle do relacionamento entre Administração e Cidadania. Seus dispositivos

¹⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. 2º edição. São Paulo: Malheiros Editores, p. 21.

¹⁶ “Art. 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;” Brasil, Constituição (1988).

¹⁷ Jean Baptiste Henri Dominique Lacordaire.

¹⁸ “Art. 37. (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”. Brasil, Constituição (1988).

trouxeram para nosso Direito Administrativo o devido processo legal. Não é exagero dizer que a Lei nº 9.784/99 instaurou no Brasil o verdadeiro Estado de Direito”¹⁹.

Diante da síntese análise, percebe-se que não garantir a devida constitucionalidade ao processo administrativo é o mesmo que abarrotar o Poder Judiciário de ações sobre abusos por parte do Poder Público, desconfiança deste e extremada valorização dos processos judiciais, que devido às suas características próprias, muitas vezes não conseguem alcançar a resolução dos casos concretos que um processo administrativo constitucional célere e transparente conseguiria.

Dada essa importância, no tocante à competência legislativa, é defendido por Cármen Lúcia²⁰ e a doutrina majoritária que os dispositivos dos arts. 22, I e 24, XI da Carta Magna²¹ se limitam aos processos judiciais, sendo que o processo administrativo e os procedimentos inerentes são objetos de tratamento autônomo por cada entidade da federação brasileira. Isso se dá diante da autonomia dos entes federativos em se auto-organizar, autogoverno, auto-legislar e auto-administrar.

Corroborando para esse entendimento, a própria Lei 9784/99 estabelece que se trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, sendo que os demais entes públicos podem, e muitos já possuem, suas próprias leis processuais administrativas.

Vale ressaltar que o STJ admite a aplicação da Lei 9.784/99 de forma subsidiária em face dos demais procedimentos administrativos federais e com aplicação direta de seus princípios estabelecidos. A razão disso, consoante Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari²², é que a Lei de Processo Administrativo tem dupla

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1º seção). MS 8946/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 22.10.2003, DJ 17.11.2003, p. 197.

²⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, p. 189-222, jul./set. 1997.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99 comentada). São Paulo: Atlas, p. 28.

²¹ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...) Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XI - procedimentos em matéria processual;” Brasil, Constituição (1988).

²² FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. 2º edição. São Paulo: Malheiros Editores, p. 35.

faceta: lei geral de processo administrativo federal e lei subsidiária para suprir eventuais lacunas de leis especiais federais, o qual se encaixa a Lei Anticorrupção. Porém, não se limita a isso, é entendimento pacífico de que a lei processual federal também pode ser utilizada por estados e municípios que não possuam legislação processual administrativa própria. Por fim, importante ressaltar a ideia dos autores supracitados de que “o processo administrativo é um conceito uno e uma realidade una. O que se pluraliza é o procedimento, variável na forma da dicção legal que tenha atribuído ao procedimento atinente a um certo conteúdo, ou objeto, tratamento peculiar, pertinente a tal conteúdo ou objeto”²³.

No que se refere ao conceito de processo administrativo, o conceito amplo, defendido por Antônio Bandeira de Mello, segundo ao qual o processo englobaria toda produção de ato final administrativo, sendo litigiosa ou não, e o conceito restrito, propriamente dito, apoiado por Hely Lopes Meirelles, em que somente há processo se houver litígio (mais se aproximando dos processos judiciais)²⁴. É nessa divergência doutrinária que se busca compreender o conceito restrito, também abraçado por Lúcia Valle Figueiredo²⁵, exige a aplicação de princípios do processo administrativo, mas, pelo caráter litigioso, como evidente na Lei Anticorrupção, também poderá aplicar princípios do processo civil e criminal. Tal fato tem relevância para a análise da natureza jurídica do processo administrativo da Lei Anticorrupção e como interpretar seus institutos.

Diante da importância, da competência legislativa e da natureza jurídica do processo administrativo, surge o questionamento: se a Lei Anticorrupção trata de responsabilidade civil e administrativa, os dispositivos sobre as sanções administrativas e o processo administrativo se relacionam tão somente com a Administração Pública Federal ou com todos os entes públicos? Vale ressaltar que a

²³ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, p. 43.

²⁴ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99 comentada)*. São Paulo: Atlas, p. 24.

²⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 424.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99 comentada)*. São Paulo: Atlas, p. 25.

responsabilidade civil é de competência privativa da União (I, art. 22, Constituição Federal), portanto, a parte da lei sobre direito civil é de aplicação para todos os entes.

A própria Lei 12.846/2013, diferente da Lei 9.784/99, não traz nenhuma referência se está relacionada apenas a Administração Pública Federal, pelo ao contrário, seu art. 1º explica que sancionará qualquer pessoa jurídica que praticar ato contra a administração pública nacional ou estrangeira²⁶. Nesse sentido, compreende-se que a lei se refere a todos os entes públicos e, para se adequar a todos os sistemas processuais nacionais, é possível entender a razão de as disposições sobre processo administrativo serem genéricas, sem o aprofundamento necessário que toda lei processual exige.

Dessa análise, forma-se o seguinte entendimento: a parte do processo administrativo da lei anticorrupção já exige uma aplicação conjunta com a lei processual administrativa do ente público, se for a União, será a Lei 9.784/99, se for estados, DF e municípios, aplicar-se-á a respectiva lei estadual, distrital ou municipal, se houver. Ou seja, em que pese não existir uma vedação para cada ente público criar o processo administrativo da lei anticorrupção, visto a competência acima explicada, a Lei 12.846/2013 já trouxe disposições tão genéricas com intuito de se adequar a todos com a utilização da lei processual administrativa de cada ente.

Porém, o que se observa é que ainda assim muitos dispositivos carecem de uma análise mais aprofundada, mesmo com a aplicação da lei processual do ente concomitantemente. Restam dúvidas interpretativas que podem ensejar em nulidades por ferir direitos fundamentais ou não alcançar o objetivo da lei: elucidação dos fatos e responsabilização administrativa. Posto isso, na análise de cada dispositivo buscar-se-á aprofundar o instituto e definir sua aplicação com o Código de Processo Civil²⁷, sem ignorar o fato de que os atos sancionados pela lei em estudo são ímprobos e criminosos, quando praticados por pessoas físicas, o que

²⁶ “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.”

²⁷ “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

exige uma interpretação suplementar com a lei processual penal conforme entendimento da Lúcia Valle Figueiredo.

Por fim, e tão importante quanto, o direito de regulamentar leis é o que mais se aproxima da efetiva aplicabilidade do processo administrativo da Lei Anticorrupção, pois complementa a lei e ainda retira interpretações divergentes que possam advir da análise de outros diplomas legais. Segundo a Professora Maria Sylvia Di Pietro²⁸, o direito de regulamentar leis é o próprio exercício do Poder de Polícia, pois permite ao ente público concretizar a lei em abstrato conforme a realidade fática, garantindo o objetivo do mesmo diploma, qual seja: combate a corrupção com o exercício do devido contraditório e a ampla defesa.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

3. APLICABILIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A lei anticorrupção confere penalidades severas no plano exclusivamente administrativo (multa e publicação extraordinária) que exige do processo um rigoroso acesso à ampla defesa e ao contraditório sob pena de nulidade. Assim, como já explicado, diante da vagueza trazida pela lei nos artigos 8º ao 15, a doutrina busca explicar, preenchendo lacunas legislativas, sobre o que deve existir nesse processo para concretização das garantias fundamentais.

Todo processo administrativo, segundo o Ministro Celso de Mello²⁹, deve conter: 1. Citação válida e pleno conhecimento da acusação; 2. Celeridade processual; 3. Arrolamento de testemunhas e comparecimento perante os tribunais; 4. Contraditório; 5. Não ser julgado por alegação de infração à lei *ex post facto*; 6. Plena igualdade com a acusação; 7. Não ser condenado ou julgado diante de provas ilegais; 8. Assistência judiciária, se necessária; 9. Privilégio contra a autoincriminação; 10. Juiz natural. A despeito disso, a lei em estudo possui muitas lacunas que exigem a aplicação concomitante com as leis processuais administrativas próprias de cada ente além de um decreto regulamentador específico, o que, por não existir em grande parte do território nacional, impende uma aplicação analógica do Código de Processo Civil ainda de forma mais acentuada.

Posto isso, passamos a análise dos artigos sobre o processo administrativo elencando os pontos mais importantes para garantir a eficácia da norma processual.

²⁹ MELLO FILHO, José Celso de. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 341.

4. AGENTES PÚBLICOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

4.1. COMPETÊNCIA, CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

O art. 8º³⁰ explica a quem compete a responsabilidade por deflagrar o processo administrativo, frise-se que o início do processo poderá ser de ofício. A disposição de a autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos três poderes terem a capacidade de instaurar o processo mostra a vontade da lei em deixar a cargos dos entes públicos a regulamentação de como seria a definição do juízo natural³¹, pois não é difícil imaginar os conflitos de atribuições advinda dessa ampla capacidade de julgamento.

Mesmo com a definição no ordenamento jurídico de quais autoridades são responsáveis por cada órgão ou entidade, como acertada definição de Marco Petrelluzzi e Rubens Júnior³², no poder executivo federal: ministros de estado, estadual: secretários estaduais, municipal: prefeito; no poder Legislativo: mesas diretoras da Casa; no poder Judiciário: presidente dos Tribunais; no ministério público: PGR e PGJ. Ainda resta a possibilidade de conflitos de competência entre esses mesmo presidentes, conforme analisar-se-á.

O primeiro aspecto conflituoso, elencado por Modesto Carvalhosa³³, é se uma mesma fraude de uma empresa prejudicar três ou mais entes ou órgãos públicos, quem terá a atribuição de julgamento? O ente de maior abrangência territorial ou, se similar, o ente prevento ou o órgão de maior hierarquia no quadro administrativo? É importante essa definição pois uma pessoa jurídica não poderá responder duas vezes pelo mesmo ato infracionário frente a diferentes entidades ou órgãos públicos,

³⁰ “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”.

³¹ “Art. 5º, XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Brasil, Constituição (1988).

³² PETRELLUZI, Marco Vinicio; JUNIOR, Rubens Naman Rizek. Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78-79.

³³ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 73.

diante o mesmo tipo de responsabilidade (administrativa), sob o risco de sofrer duas ou mais sanções pelo mesmo ato, o que é vedado em razão do princípio do *ne bis in idem*³⁴. Além disso, a ausência de norma na lei 9.784/99 que discipline conflito de atribuições exige à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil enquanto não exista o decreto regulamentador disciplinando sobre.

Em segundo lugar, Sidney Bittencourt³⁵ apresenta outros problemas que essa ampla atribuição pode trazer. São diversas as possibilidades de decisão devido a variabilidade de órgãos e de entidades julgadoras, o que gera insegurança jurídica. Desse modo, infrações similares podem ter punições de magnitude distintas por causa dos critérios adotados pelas autoridades competentes. De maneira exemplar, o critério da gravidade da infração³⁶ pode variar substancialmente a depender do órgão ou ente lesionado: para um ente com menos recursos, dívidas em atraso (realidade atual do país), uma fraude pode significar uma lesão muito maior do que para um ente com as contas em dia. Assim, no caso concreto, a autoridade que percebe a maior lesão tende a aplicar uma penalidade de multa maior do que a autoridade do ente que concluiu como baixa a lesão daquela fraude.

Outro aspecto analisado pelo mesmo autor se refere às administrações regionalizadas. O chefe de algum órgão da prefeitura de um determinado município

³⁴ “A vedação da dupla apenação pelo mesmo fato delituoso se encontra positivada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário, em seu artigo 8º, 4. Porém, não está prevista expressamente na Constituição Federal de 1988, mas, sim, de forma implícita, e se pode dizer em duas vertentes. O primeiro nascedouro do postulado é o princípio da legalidade, artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna, que prevê que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (...) De outra forma, ora com uma faceta processual, afirma-se que o princípio *ne bis in idem* está inserido na cláusula pétrea que garante a intangibilidade da coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal)”. GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz e CORDEIRO, André Luís Nunes Novaes. Os limites da aplicação do princípio *ne bis in idem* no Brasil e a análise jurídica da temática do filme Risco Duplo. Jus, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63167/os-limites-da-aplicacao-do-principio-ne-bis-in-idem-no-brasil-e-a-analise-juridica-da-tematica-do-filme-risco-duplo>> Acesso em: 06.07.2020.

³⁵ BITTENCOURT, Sidney. Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 90-91.

³⁶ Gravidade da infração: Deve-se definir um mínimo e um máximo sobre a lesão ao bem jurídico. Segundo José Anacleto Abduch Santos a gravidade é da infração, não dos efeitos danosos, que podem ser diferentes. Guarda relação com o valor jurídico tutelado. SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; FILHO, Ubirajara Custódio. 1º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 181. Assim, entende-se que pode existir variação de ente para ente. Exemplo: prejudicar a atuação de uma autarquia que fiscalize desmatamento no Pantanal é mais grave que prejudicar uma autarquia que fiscalize desmatamento na zona urbana de uma cidade de São Paulo.

pode ter uma relação muito próxima com a pessoa jurídica envolvida, o que dá margem para quebra da imparcialidade e desvio de finalidade. Mesmo sabendo que a lei 9.784/99 tem procedimento para averiguação de impedimento e de suspeição, procura-se, aqui, desenvolver um direito prospectivo³⁷ ao invés do retroativo, que não espera a ilicitude, mas a evita. Portanto, quanto a esse ponto da ampla competência do art. 8º, é importante sua regulamentação sob risco de conflito de competências (insegurança jurídica e margem para anulações) e de quebra da imparcialidade, mormente se tratando de administrações regionalizadas.

Superado a ampla atribuição advinda do art. 8º, passa-se para a análise do que seria a observação do contraditório e da ampla defesa expresso no final do artigo apresentado. A lei determina que a instauração e o julgamento têm que observar essas garantias constitucionais, ou seja, não apenas o julgamento deve conferir a ampla defesa, para fins de validade do processo e da possível penalidade, como também a própria instauração já deve garantir isso. Marco Petrelluzzi e Rubens Júnior³⁸ afirmam que apenas a instauração do processo administrativo já pode gerar danos tão significativos nas realidades fática e jurídica do investigado que a defesa prévia se torna indispensável. É importante ressaltar que a lei anticorrupção representa punições administrativas correlacionadas com possíveis crimes, em outras palavras, o que se investiga não é tão somente um ilícito civil, mas, danos aos bens jurídicos passíveis de tipicidade penal-administrativa, exigindo um cuidado maior ao abrir tais processos.

Vê-se mais uma lacuna legislativa: como garantir o contraditório e a ampla defesa na fase de instauração do processo administrativo da lei anticorrupção? A lei 9.784/99 não define nenhuma forma de defesa prévia, o CPC/2015 traz apenas o juízo de admissibilidade da petição inicial, o que também não garante. Desta forma,

³⁷ O direito não deve existir apenas com normativas retroativas, isto é, se ocorrer uma infração, existirá uma consequência, mas deve buscar evitar que a infração ocorra. No caso em estudo, normas que proibam determinadas autoridades de presidir o processo administrativo devido a grande possibilidade de parcialidade.

³⁸ PETRELLUZI, Marco Vinicio; JUNIOR, Rubens Naman Rizek. Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

nos auxiliamos da lei 8.429.92³⁹ que contém a defesa prévia inclusa por medida provisória 2.225-45, de 2001.

No processo judicial de improbidade administrativa, tem o servidor público o direito de apresentar uma defesa prévia ao qual o juízo irá analisar se recebe a inicial ou não. A principal justificativa dessa defesa é o dano que a instauração do processo causa na vida do investigado, sendo, portanto, de suma importância que não se deflagre processos de forma imprudente⁴⁰.

Nesse entendimento, seria possível a aplicação subsidiária da lei de improbidade administrativa na lei de corrupção? Entende-se que sim, por analogia. Em primeiro lugar, a própria lei 12.846/2013 exige que se garanta o contraditório e a ampla defesa na fase inicial do processo administrativo, contudo, é omissa sobre a formalidade. Em segundo, não garantir a defesa prévia significaria agir contra a lei e poderia trazer danos irreparáveis à pessoa jurídica envolvida, como perda de contratos e capital de giro sendo que apenas uma defesa prévia seria suficiente para esclarecer os fatos e arquivar o processo, por exemplo.

Posto isso, tratando-se de uma garantia fundamental, possui aplicação imediata, seja por causa da Constituição Federal ou da própria lei que prevê essa necessidade, não podendo a ausência de norma regulamentadora impedir a eficácia plena deste dispositivo.

Por fim, sobeja explicar os posicionamentos do STJ sobre a defesa prévia em processo de improbidade administrativa e qual princípio é aplicável nesse juízo preliminar, o que também poderá ser utilizado no processo administrativo da lei 12.846/2013: *“A ausência da notificação do réu para a defesa prévia, prevista no*

³⁹ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. (...) § 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. § 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da impropriedade da ação ou da inadequação da via eleita. § 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação”.

⁴⁰ É inquestionável os danos à vida de alguém que o oferecimento e recebimento de uma denúncia ou ação de improbidade provoca. Assim, exige-se do legitimado ativo um cuidado maior ao se deflagrar o processo. A mesma ideia se encaixa no presente estudo: empresas investigadas podem sofrer danos econômicos de grande magnitude apenas pela abertura do processo administrativo.

artigo 17, parágrafo 7º, da Lei de Improbidade Administrativa, só acarreta nulidade processual se houver comprovado prejuízo (pas de nullité sans grief)”. E, “A presença de indícios de cometimento de atos ímprobos autoriza o recebimento fundamentado da petição inicial nos termos do artigo 17, parágrafos 7º, 8º e 9º, da Lei 8.429/92, devendo prevalecer, no juízo preliminar, o princípio do in dubio pro societate”, conforme decidido no EREsp 1.008.632 e AgRg no AREsp 604.949.

O princípio da “não nulidade sem dano” tem por objetivo a celeridade processual em que atos não serão refeitos sem que haja uma justificativa para tanto, estando em perfeita harmonia com o princípio do formalismo moderado presente nos processos administrativos. A despeito de dano ou prejuízo estar com alta carga subjetiva, o que exige uma análise de cada caso concreto, percebe-se que não é difícil comprovar os danos materiais e até morais que uma pessoa jurídica pode vir a suportar diante de início de processo administrativo sem justificativa para o tanto, principalmente se vier com decisões de urgência com o objetivo de suspender contratos e afastamentos cautelares.

Assim, vale pontuar que em sentido oposto, caso a abertura não tenha nenhum efeito jurídico material para a pessoa jurídica, ou seja, não se comprove os danos, a ausência de intimação para defesa prévia não pode ser encarada como nulidade absoluta do processo administrativo.

Outrossim, o juízo de admissibilidade é baseado no “*in dubio, pro societate*”, da mesma forma como ocorre com o recebimento de uma peça acusatória no processo penal. Não precisa existir provas de que a infração tipificada na lei foi cometida, apenas prova da materialidade ou dano à Administração Pública e indícios de autoria.

Segundo o Código de Processo Penal: “*Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*” (grifo nosso). Ou seja, uma circunstância com relação de causa e efeito que possa concluir pela existência de uma infração, como, por exemplo, um agente público que homologa um processo licitatório com uma pessoa jurídica que não preenchia os requisitos objetivos de quantidades mínimas necessárias para a formalização do contrato. No

início, não tem como averiguar se de fato ocorreu alguma promessa de vantagem indevida mas existe uma probabilidade de ocorrer, se está na dúvida, abre-se uma sindicância ou investigação prévia, que, se constatável provável infração inicia-se o processo administrativo.

Já no tocante a ampla defesa, também citada no art. 8º, a doutrina (Marco Petrelluzzi e Rubens Júnior)⁴¹ critica a impossibilidade de grau recursal, seja por omissão legal ou porque a autoridade julgadora já é a autoridade maior. De fato, mesmo existindo outras leis administrativas, como a lei 8.112/90, que prevê punição de demissão⁴² pela autoridade máxima, a lei em estudo não traz hipóteses recursais aos moldes da lei estatutária.

Nesse ponto, entende o STF que a ausência de grau recursal não é hipótese de nulidade de um processo administrativo, mas não se pode questionar que é uma falha deste. Para superar isso, o Tribunal de Justiça de São Paulo⁴³ já permitiu a aplicação do pedido de reconsideração (conforme lei 8.112/90)⁴⁴ em face da mesma autoridade máxima julgadora, haja vista a possibilidade de anular ou revogar ato administrativo em função do princípio da autotutela⁴⁵.

Além da autotutela, percebe-se, numa análise sistemática das normas processuais do CPC, da lei 9.784/90 e lei 8.112/90, que a possibilidade de reconsideração ou retratação é uma regra em questão recursal, quando a própria

⁴¹ PETRELLUZI, Marco Vinicio; JUNIOR, Rubens Naman Rizek. Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

⁴² “Art. 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas: I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade;”.

⁴³ Apelação n. 3001978-38.2007.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto - relator Carlos Eduardo Pachi. PETRELLUZI, Marco Vinicio; JUNIOR, Rubens Naman Rizek. Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80.

⁴⁴ “Art. 106. Cabe pedido de reconsideração à autoridade que houver expedido o ato ou proferido a primeira decisão, não podendo ser renovado”.

⁴⁵ “A própria lei de processo administrativo (Lei 9.784/99) dispõe: “Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

autoridade pode se retratar ao verificar algum vício ou erro em sua decisão, seja ilegalidade ou não conveniência ou oportunidade⁴⁶.

Assim, cimentado essa possibilidade, a dúvida é sobre qual prazo seria adotado para a interposição do recurso e possibilidade de retratação. Diante da ausência de decreto regulamentador, a lei de processo administrativo⁴⁷ confere 10 dias para recorrer, sendo que a autoridade que decidiu pode reconsiderar em 5 dias. No CPC⁴⁸, o prazo de 5 dias para o juiz se retratar e para quase todos recursos corre o prazo de 15 dias para recorrer. Nesse diapasão, a possibilidade de retratação pela autoridade julgadora é de 5 dias, visto que ambas as leis de aplicação subsidiária assim estabelecem, e, assim, o pedido de reconsideração também tem que estar compatível com o mesmo prazo, vez que não é um recurso com o efeito devolutivo a uma instância superior, tão somente um pedido de reconsideração.

4.2. DELEGAÇÃO E A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

A delegação é uma possibilidade excepcional na seara administrativa: a lei 9.784.99⁴⁹ define a possibilidade do instituto apenas quando previsto em lei. Nesse

⁴⁶ “Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito. § 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior”. Brasil, Lei n. 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999. E “Art. 108. O prazo para interposição de pedido de reconsideração ou de recurso é de 30 (trinta) dias, a contar da publicação ou da ciência, pelo interessado, da decisão recorrida”. Brasil, Lei n. 8.112/90, de 11 de dezembro de 1990.

⁴⁷ “Art. 59. Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida”. Brasil, Lei n. 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999.

⁴⁸ “Art. 485. (...) § 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se”.

⁴⁹ “Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos. Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial. Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes. Art. 13. Não podem ser objeto de delegação: I - a edição de atos de caráter normativo; II - a decisão de recursos administrativos; III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade”.

entendimento, a Lei Anticorrupção segue a linha de que, em regra, cabe à entidade máxima, entretanto, visto a quantidade de atribuições ao cargo de maior hierarquia do órgão ou ente, a lei abre possibilidade de delegação⁵⁰.

Ponto importante a se observar é que a lei processual administrativa impede que decisões de recursos administrativos e matérias de competência exclusiva da autoridade não podem ser delegadas. Tratando-se de uma lei ordinária, tais determinações não tem força normativa de impedir que outras leis ordinárias estabeleçam entendimentos diferentes, vez que não existe hierarquia entre as mesmas, além disso, a lei anticorrupção é especial em face da lei processual, que esta somente é aplicada de forma subsidiária no caso concreto.

Por outro lado, ao vedar a subdelegação, a lei 12.846.2013 tem por objetivo evitar que uma autoridade de hierarquia muito inferior seja capaz de instaurar e julgar pessoas jurídicas, o que não seria compatível com a ideia da lei que é a de atribuir a responsabilidade sobre a aplicação das penalidades administrativas às autoridades de maior escalão dentro do quadro hierárquico.

Desse modo, é evidente que não poderá a autoridade administrativa escolher qual órgão ou entidade delegar ao seu critério exclusivamente discricionário, necessitando-se de lei regulamentando qual ou quais órgãos e entidades podem receber essa atribuição, sob pena de violação do juiz natural e do princípio da legalidade que rege todos os atos administrativos. Esse é o entendimento de Marco Petrelluzzi e Rubens Júnior⁵¹, que a ausência de lei, neste ponto, resulta na ineficácia plena do dispositivo.

Além disso, sabendo que a lei 9.784.99 não define quem receberá a atribuição delegada, apenas explica que não necessariamente será um órgão ou autoridade hierarquicamente subordinado, mais uma vez, é claro a vontade em deixar a cargo dos entes públicos em definirem a quais órgãos ou entidades poderão ser delegados, sendo, geralmente, seus órgãos de controle.

⁵⁰ “Art. 8º. (...) § 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”.

⁵¹ PETRELLUZI, Marco Vinicio; JUNIOR, Rubens Naman Rizek. Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81.

E é em relação a esses órgãos de controle que o parágrafo segundo traz uma norma exclusiva para o âmbito executivo federal, a atribuição concorrente da Controladoria Geral da União, o que permite a avocação, exame de regularidade e correção⁵².

Sobre a atribuição do CGU, nascem alguns questionamentos: o direcionamento à Controladoria é uma norma de reprodução obrigatória? A possibilidade de delegação do conteúdo normativo do parágrafo primeiro também cabe à Controladoria? Qual prazo para revisão dos processos administrativos?

Analisando a literalidade do parágrafo, influi-se que não é norma de reprodução obrigatória pois é enfático ao definir “no âmbito do Poder Executivo Federal”, apesar disso, é um exemplo dado pela lei sobre quais poderes podem ser delegados: os órgãos de controle dos respectivos entes. Já em relação à possibilidade de delegação por parte da CGU, utilizando uma interpretação literal no corpo do artigo, verifica-se que isto é impossível na medida em que a lei expressamente define a possibilidade no parágrafo primeiro referindo-se à autoridade máxima do caput, portanto, não poderá a CGU e nenhum órgão de controle delegar a atribuição de instaurar o processo administrativo da lei anticorrupção, sob pena de ilegalidade.

No tocante ao prazo de revisão, a lei foi omissa. O que está definido na lei processual administrativa federal são os 5 anos do prazo decadencial⁵³ para a administração poder anular o próprio ato, com exceção da má-fé. Assim, será imotivada a revisão de uma decisão administrativa que ocorreu após esse lapso temporal, haja vista que a lei define a revisão com objetivo de exame de regularidade ou correção do andamento (análise de legalidade), salvo se houver suspeita de má-fé.

⁵² “Art. 8º (...) § 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 corrigir-lhes o andamento”.

⁵³ “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Por fim, cabe ressaltar a crítica feita por José Anacleto Abduch Santos: “o cargo de Controlador Geral da União é um cargo em comissão (nomeado pelo Presidente da República), nesta ideia, por estar submetido às pressões políticas, pode ser que utilize da avocação para desvirtuar a busca do interesse público, escusar certos autores, impedindo investigações. Fato que ensejaria grave conduta de improbidade administrativa”⁵⁴. Existe então, a discussão sobre a autonomia dos órgãos administrativos investigativos e o risco de desvio de finalidade quando a desvinculação entre os órgãos não é plena. Para evitar isso, os demais entes ao editarem suas normas regulamentadoras devem buscar a maior autonomia possível aos órgãos de controle e possibilidade deles mesmo escolherem seus representantes, visando evitar possíveis parcialidades.

Passando para análise do art. 9º, diferente do §2º, art. 8º, a atribuição da CGU⁵⁵ em relação aos ilícitos contra administração pública estrangeira não se limita ao âmbito federal, uma vez que o órgão passará a atuar não representando apenas a União, mas toda a República Federativa do Brasil. É uma atribuição específica advinda da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros assinado⁵⁶ e ratificado pelo Brasil que os demais entes políticos não poderão usurpar.

É importante ressaltar que não é uma interferência da União sobre os demais entes, violando o pacto federativo, visto que a República Federativa do Brasil tem a capacidade de assinar tratados que irá repercutir em todos os entes federativos, sendo ilógico a necessidade de autorização destes para que se pudesse realizar acordos internacionais.

⁵⁴ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; FILHO, Ubirajara Custódio. 1º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 199.

⁵⁵ “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”.

⁵⁶ Brasil, Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso: 27.07.2020.

Entretanto, dessa específica responsabilidade, podem surgir alguns conflitos que a jurisprudência já tratou em casos semelhantes, sendo possível aplicar o mesmo entendimento. Primeiro, é necessário definir que o critério utilizado é o da especialidade: caso especial atrai órgão julgador especial, assim, de maneira exemplar, a competência da Justiça Federal ou da Justiça Trabalhista: quando houver interesse da União ou relação de trabalho, respectivamente. Da mesma forma quando o ilícito envolver Administração Pública Estrangeira atrai o dever da CGU em apurar a responsabilidade.

A partir disso passa-se a analisar: se em um mesmo ato ilícito envolver administração pública estrangeira e um ente nacional, divide-se as atribuições ou irão para um único órgão? O ordenamento jurídico vem entendendo que a possibilidade de divisão deve se restringir a critérios muito excepcionais, sendo, a regra, a união dos processos na atribuição especial.

Geralmente a competência, no processo judicial, ou a atribuição, nos demais processos não judiciais, tem um caráter absoluto quando se define um órgão julgador especial para aquele caso, como já exemplificado, não sendo passível a prorrogação da competência. Neste diapasão, apenas seria possível a divisão se não houvesse compatibilidade entre as competências e ritos, como em um caso que houver infração trabalhista e criminal. Na lei em estudo, o ato ilícito apurado na seara administrativa poderá ser analisado por qualquer um dos entes, assim, conclui-se que a atribuição será toda da CGU, em respeito ao princípio da especialidade.

Outro caso também passível de questionamento é caso ocorra um processo administrativo apurado por um ente público, descubra que determinada administração estrangeira está envolvida, o que se fará em relação aos atos já praticados? Haja vista que o processo deverá ser remetido para a CGU? A doutrina não se debruçou sobre isso, mas, numa análise sob o prisma da celeridade e eficiência, seria razoável que a CGU devesse ter a capacidade de ratificação dos atos, até mesmo os decisórios, não caracterizando uma nulidade processual por

ausência de atribuição legal, uma vez que tal entendimento também é aplicado nos processos judiciais segundo entendimento dos Tribunais Superiores⁵⁷.

4.3. COMISSÃO PROCESSANTE

O primeiro ponto de crítica por parte da doutrina é a possibilidade de a comissão processante ser constituída por apenas dois servidores estáveis⁵⁸. Existirá a possibilidade de empate nas decisões a serem tomadas durante o processo e até em relação à sugestão de penalidade que deverá ser remetida a autoridade julgadora no final do processo administrativo (§3º, art. 10)⁵⁹. Ademais, é importante lembrar que a multa administrativa aplicada poderá chegar a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), nessa ideia, sugerem Jorge Fernandes e Karina Costa⁶⁰ que seria melhor um colegiado de pessoas, em número ímpar, para a melhor tomada de decisões, em razão da intensidade da sanção.

A lei 9.784/99 não traz um número mínimo de órgão colegiado para dar o impulso ao procedimento administrativo, ademais, o decreto regulamentador não tem a capacidade de suspender o artigo da lei anticorrupção, com intuito de exigir uma comissão maior ou em número ímpar, visto a necessidade de respeitar a lei a ser regulamentada, não usurpando a competência legislativa. Apesar disso, o legislador deixou a cargo do administrador decidir se é necessário ou não mais servidores estáveis: “*art. 10 (...) composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis*”, o que é extremamente recomendado.

⁵⁷ Superior Tribunal de Justiça - STJ. Juiz competente para julgar ação pode ratificar atos de juiz declarado incompetente. STJ.JusBrasil, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2788967/juiz-competente-para-julgar-acao-pode-ratificar-atos-de-juiz-declarado-incompetente>>.

⁵⁸ “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”.

⁵⁹ “Art. 10 (...) § 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”.

⁶⁰ NASCIMENTO, Melillo Diniz do. Et al. Lei Anticorrupção empresarial: aspectos críticos à lei 12.846/2013. 1º edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 44.

O segundo ponto considerado um equívoco da lei é a única exigência de estabilidade para o servidor ter capacidade legal de integrar a comissão processante. Tal determinação reforça a ideia de que os processos administrativos não têm muita importância em nosso ordenamento jurídico e por isso não exigem qualificação técnica de quem os impulsiona, sendo apenas uma lei para “inglês ver”, segundo Modesto Carvalhosa⁶¹.

A estabilidade é um critério objetivo necessário para os servidores terem a mínima autonomia e imparcialidade ao presidirem o procedimento administrativo. Em recente julgado da Suprema Corte⁶², divergindo do STJ, entendeu que a estabilidade deve ser ao cargo ocupado, não em relação ao serviço público, haja vista que o servidor ainda deverá ser aprovado no estágio probatório do cargo atual. Assim, mesmo sendo estável ao cargo anterior (com possibilidade de recondução), o agente público poderá ter receio em suas decisões o que não garantirá a imparcialidade exigida em processo administrativo.

Contudo, não apenas isso se faz necessário, sendo de irrenunciável requisito a qualificação dos servidores quanto a critérios técnico-jurídicos a fim de evitar nulidades e garantir a efetividade do processo administrativo, prestando um serviço adequado, como responder com a devida celeridade os fatos envolvidos, justificar se houve conduta ilícita imputada à pessoa jurídica e qual penalidade ou quanto de pena deverá ser aplicada.

Diante disso, acompanhando as incisivas críticas de Modesto Carvalhosa, a ausência de requisitos objetivos para a escolha destes servidores também influi na possibilidade de a autoridade máxima escolher por justificativa político-administrativa, como se evidencia até nos mais altos escalões de governos, sendo incompatível com os princípios da impessoalidade e da imparcialidade, e abre

⁶¹ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 358.

⁶² Supremo Tribunal Federal - STF. 2ª Turma. RMS 32357/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 17/3/2020. CALVACANTE, Márcio André Lopes. Informativo 970. Dizer o Direito. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2020/04/info-970-stf-1.pdf>>. Acesso em: 15.10.2020. Vale ressaltar que o STJ entende que basta a estabilidade no serviço público, não no cargo atual, entendimento divergente do STF. Provável mudança de entendimento do Tribunal da Cidadania.

margem para arquivamento de processos ou não abertura destes, perseguição de pessoas jurídicas adversárias por causa de interferências política, dentre outros.

Dessa forma, aprofundando neste ponto, questionamos: quem faz o controle disso? Ou melhor, quem poderia impedir isso? Não existe, na prática. Diferente dos inquéritos policiais, uma das fases persecução penal, que é presidido pela autoridade policial e controlada pelo Ministério Público diretamente, os inquéritos administrativos da lei anticorrupção não possuem autoridades que os fiscalizem diretamente, sendo necessária supostas e evidentes irregularidades para abrir investigações de condutas ímprobas, e, talvez, criminosas.

Percebe-se, então, que a lei vaga não conseguirá alcançar seu principal objetivo: combater a corrupção com o respeito às devidas garantias, visto a possibilidade de distorção por maus administradores. Por conclusão, entende-se que a investigação de ilícitos não pode ser atribuída às autoridades políticas, na máxima de quem administra não julga.

Nesse ponto, em que pese não poder o decreto regulamentador adicionar critérios para escolha dos servidores da comissão processante sob risco de usurpação de competência legislativa, nada impede que estes servidores já sejam dos órgãos correcionais, específicos para essa função, dificultando as possíveis interferências políticas e legitimando os processos administrativos. Lembra-se que a própria lei prevê a competência da CGU para estes processos no plano federal e quando há administração pública estrangeira envolvida. Contudo, enfatiza-se, não é suficiente essa “sugestão” expressa, haja vista a plena capacidade conferida à autoridade máxima em escolher os servidores que comporão a comissão processante.

Em última análise, e não menos importante, José Anacleto Abduch Santos⁶³ questiona quais servidores de pessoas jurídicas de direito privado poderiam integrar comissão processante, uma vez que são empregados públicos, ou seja, são regidos pela CLT e não possuem a estabilidade. Sendo outro resultado ruim da baixa tecnicidade da lei que praticamente impede a possibilidade de tais entes instaurarem

⁶³ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; FILHO, Ubirajara Custódio. 1º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 207.

processos administrativos próprios e exija a atuação de outros entes ou órgãos, com servidores estáveis para o processamento. Recomenda-se que sejam os órgãos correccionais pelos argumentos já expostos.

5. RITO PROCESSUAL

5.1. PRODUÇÃO DE PROVAS

Quase todo pedido ao Poder Judiciário exige capacidade postulatória, atribuindo-se à responsabilidade para as advocacias públicas em pedir ao juízo competente as requisições da comissão processante, e a lei traz como exemplo a busca e apreensão⁶⁴. Diante disso, sabendo que tais fatos tipificados na lei 12.846/2013 geralmente estão atreladas com atos criminosos, urge a necessidade de questionar a possibilidade de utilização de prova emprestada de processos criminais para a comissão processante emitir seu parecer.

O primeiro entendimento pacificado na jurisprudência é a súmula 591, STJ:

“É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.”⁶⁵

Entende-se, então, em que pese a súmula tratar especificadamente de PAD, pode-se interpretar, ampliativamente, a possibilidade de sua aplicação nos processos administrativos da lei anticorrupção. Doutra banda parte considerável da doutrina afirma que “é vedado transferir o material obtido em virtude de interceptações telefônicas para processos civis, visto que a própria Constituição Federal lhe confere a utilidade, ou seja, investigações e processos criminais⁶⁶.”

A crítica à esse último entendimento decorre do fato de a Constituição prever a possibilidade de interceptação telefônica para fins de processo penal porque é um instituto próprio, gravoso, necessário para a persecução penal, contudo, seria ilógico

⁶⁴ “Art. 10, §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”.

⁶⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Súmula 591-STJ. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1d98edfd003bcd59e957739802965f19>>. Acesso em: 10/11/2020.

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 688.

condenar alguém por algum crime que teve reflexos patrimoniais e não poder utilizar da mesma prova para garantir um ressarcimento mínimo civil e promover a responsabilidade administrativa. Deve-se esclarecer que o processo penal tem reflexos no processo civil e administrativo, como vê-se na Lei Anticorrupção, a guisa de exemplo: uma interceptação telefônica de um sócio-gerente com o servidor público sobre oferecimento de vantagem indevida pode servir tanto para a condenação criminal quanto para a tipificação na Lei 12.846/2013 e a responsabilização da pessoa jurídica.

Ademais, ainda profundando nesse tema, surge a dúvida sobre a possibilidade do mesmo compartilhamento de provas ou indícios, quando não exista processo judicial criminal ou civil em face das pessoas físicas sócios das pessoas jurídicas investigadas diante desta lei, ou seja, na fase de inquérito. Por óbvio, não foram produzidas provas permitindo o contraditório e a ampla defesa, assim, poderá a comissão processante, garantindo a respectiva defesa, utilizar de indícios de provas dos inquéritos sobre sócios para auferir responsabilidade à pessoa jurídica? Ademais, sobre o compartilhamento de dados bancários (já pacificado pela jurisprudência do STF) seria possível que a comissão tivesse acesso aos dados por meio do Ministério Público sem anuência do Poder Judiciário?

Para ambas as respostas entende-se que não. Em primeiro lugar, a lei não trata sobre essa possibilidade, nem a lei 9.784/99 ou CPC, ou seja, a possibilidade advém de entendimento jurisprudencial. Segundo, não poderá o decreto regulamentador criar essa alternativa sob pena de estar usurpando a competência legislativa. E, em terceiro, não é difícil imaginar os riscos que esse compartilhamento poderá influir, gerando insegurança jurídica e abrindo margem para nulidades.

Para a análise, é importante ressaltar a independência entre os âmbitos criminais, administrativos e cíveis, além disso, a lei anticorrupção trata da responsabilidade da pessoa jurídica ao passo que as demais responsabilidades se referem às pessoa física. Então, é plenamente possível que ocorra absolvição dos sócios no âmbito criminal e que não sejam condenados no plano administrativo mas exista penalidade para a pessoa jurídica, visto que a responsabilidade criminal e sobre improbidade exige dolo ou culpa, já a da pessoa jurídica, é objetiva.

Entretanto, precisa-se ter mais cuidado quando a investigação ainda se limita a um inquérito. Apesar da independência entre as instâncias e serem diferente as pessoas sobre as quais serão imputadas as responsabilidades, seria ilógico determinar a punição para uma pessoa jurídica pela lei anticorrupção quando se provou, no processo criminal, que nenhum sócio concorreu para o fato ou que o fato alegado não existiu, exemplo: provou-se que não houve fraude na licitação, mas, tão somente um erro culpável do leiloeiro, como poderá a pessoa jurídica ser penalizada administrativamente? Nesse ponto, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que fará coisa julgada no cível e, também, no administrativo, toda decisão criminal que provar a inexistência do fato (art. 386, I, CPP) ou considerar, expressamente, que o réu não foi o autor da infração penal ou, efetivamente, não concorreu para a sua prática (art. 386, IV, CPP)⁶⁷.

Assim, interpretando sistematicamente, não poderá uma pessoa jurídica ser responsabilizada aos mesmos moldes da pessoa física quando confirmada a absolvição do sócio na seara criminal por esses motivos.

É diante disso que a súmula do Tribunal da Cidadania permite o compartilhamento de provas apenas se autorizado pelo juízo competente, visto que o mesmo poderá analisar a maturidade da prova, se há risco de uma decisão que faça coisa julgada em todos os ramos do direito, tratando-se de responsabilidade criminal. Logo, um indício de prova tão somente na fase investigativa se mostra muito frágil para ser utilizada sem a reserva de jurisdição.

E é nessa mesma linha que o compartilhamento de dados bancários também deve ser submetido ao crivo do judiciário. O STF já decidiu sobre a possibilidade de compartilhamento de dados bancários para o Fisco e, também de seu envio ao Ministério Público⁶⁸, ambos sem a reserva de jurisdição, assim, não é difícil imaginar que caso a comissão processante tivesse acesso a esses dados bancários pelo

⁶⁷ “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; (...) IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal”.

⁶⁸ Supremo Tribunal Federal - STF. Plenário. RE 1055941/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 4/12/2019. CALVACANTE, Márcio André Lopes. Informativo 962. Dizer o Direito. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2019/12/info-962-stf.pdf>>. Acesso em: 15.10.2020.

Ministério Público, mais rápido poderia ser produzida as provas das infrações administrativas punidas pela lei 12.846/2013.

Em que pese esse benefício, os malefícios seriam maiores. Em primeiro lugar, precisaria de uma atuação ordenada entre o Ministério Público e a comissão processante (o que nem sempre ocorre). Ademais, no processo administrativo se precisa garantir o contraditório, retirando o sigilo, por consequência, e isto pode frustrar a investigação realizada pelo Parquet.

Em segundo, a possibilidade do compartilhamento do Fisco para o Ministério Público, no plano federal, é diante da Portaria n. 1750, 2018, da Receita Federal, que estabelece as hipóteses de representação fiscal para fins penais. Assim, o tratamento fiscal e criminal possuem um “plus” pelo ordenamento jurídico, haja vista que são fraudes que exigem do Poder Público uma integração e investigação especializada, não se evidenciando na responsabilidade administrativa. Permitir esse compartilhamento ensejaria na probabilidade de três órgãos terem acesso aos dados bancários de sócios e pessoas jurídicas sem a reserva de jurisdição, ou seja, a exceção se tornaria regra.

Diante de todos esses aspectos, ausência de lei, risco de decisões conflitantes e nulidades, exigência de uma integração entre órgãos ainda não concretizável na realidade brasileira, conclui-se que as provas emprestadas devem se ater aos limites da súmula 591 do STJ, em que se exige autorização judicial e tenha garantido o contraditório e ampla defesa para o compartilhamento de provas ao processo administrativo da lei anticorrupção. Porém, nada impede que o juiz das garantias, na fase de investigatória, possibilite compartilhamento de indícios de provas para o ente lesado a fim de investigações preliminares e futura abertura de processo administrativo, mantendo o devido sigilo, se necessário.

5.2. MEDIDAS CAUTELARES E PRAZOS

José Anacleto Abduch Santos⁶⁹ interpreta o §2º do art. 10⁷⁰ como a faculdade de a comissão propor a suspensão da execução do contrato administrativo, quando houver risco de prejuízos para a Administração, ou resguardar provas, integridade da administração. Também traz a ideia da possibilidade de afastamento cautelar do agente público quando houver indício de que sua manutenção poderá prejudicar o feito.

Tal faculdade deverá se ater aos moldes da tutela de urgência do CPC em que se exige a comprovação do *periculum in mora* e do *fumus boni iures*, ademais, será imprescindível a análise com outras legislações para evitar que a suspensão do ato ou do processo não traga danos à coletividade nem aos direitos individuais de possíveis agentes públicos investigados, objeto que o próprio decreto regulamentador poderá especificar. De maneira exemplar, apresentar um rol não taxativo do que seria o ato ou o processo a ser suspenso, exemplo: licitações, contratos, serviços públicos, dentre outros.

Quanto aos possíveis danos à coletividade, correlaciona-se com o princípio da continuidade do serviço público, da lei 8.987/95 e a legalidade do contrato administrativo, da lei 8.666.93. Assim, quando a comissão processante solicitar a suspensão do contrato, o Poder Público terá a prerrogativa de assumir a execução do serviço público de caráter essencial, ora delegado, a fim de evitar que o mesmo seja paralisado e a sociedade seja prejudicada conforme os ditames do regime público do contrato administrativo (art. 58, lei 8.666/93)⁷¹.

Já no tocante aos direitos individuais dos agentes públicos investigados, para a segurança jurídica, é de suma importância que desde o momento da instauração do processo administrativo da lei anticorrupção, abra-se processo administrativo disciplinar para apurar a responsabilidade destes, visto que a lei em estudo apenas

⁶⁹ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; FILHO, Ubirajara Custódio. 1º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 209.

⁷⁰ “Art. 10 (...) § 2º A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação”.

⁷¹ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: (...) V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo”.

trata da responsabilidade das pessoas jurídicas. Diante disso, alguns conflitos de atribuições podem surgir quando a esse afastamento cautelar: quem decidirá isso? A mesma comissão da lei anticorrupção será a do processo disciplinar sobre o servidor? Como compatibilizar os prazos de afastamento?

Para responder estas perguntas, precisa-se analisar a natureza jurídica de cada processo administrativo. A lei anticorrupção, como exaustivamente definido, trata de responsabilidade das pessoas jurídicas, tão somente, ao passo que os processos administrativos disciplinares buscam a responsabilidade dos agentes públicos, quando cometem infrações no exercício funcional. Nessa ideia, a lei acerta quando não atribuiu a comissão a possibilidade de afastamento cautelar, sendo prerrogativa da autoridade instauradora, que no âmbito da hierarquia administrativa concentra todas as funções, seja da responsabilidade de pessoas jurídicas ou dos agentes públicos.

O que não seria possível, ao nosso entendimento, é a comissão processante de pessoa jurídica suspender as atividades de algum agente público ou a comissão de responsabilidade funcional suspender determinado contrato com pessoas jurídicas, o que seria usurpação do objeto de investigação. Assim, a lei concentrando a prerrogativa na autoridade instauradora do processo administrativo evita tal problema, estando em plena consonância com a lei 8.112.90⁷², no âmbito do serviço público federal.

Nesse diapasão, as comissões seriam diferentes, mas ambas têm a faculdade de pedir a autoridade instauradora, que pode ser a mesma de ambos os processos, o afastamento cautelar de agente público que possa interferir no hábil procedimento investigativo.

Por fim, outro ponto que merece a análise é o prazo desse afastamento. A lei anticorrupção não traz um prazo máximo de suspensão de qualquer ato ou processo de investigação, deixando a cargo das leis dos servidores públicos definir esse

⁷² “Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração. Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo”.

prazo, até em respeito ao princípio da especialidade. Por exemplo, a lei 8.112.90 prevê o afastamento cautelar de 60 dias prorrogáveis por igual.

Quanto ao prazo do processo administrativo, é entendimento pacífico que os 180 dias é um prazo impróprio, sendo que a nulidade do processo somente se dará mediante a prova de prejuízo à defesa. Ressalta José Anacleto Abduch Santos⁷³, que celeridade não significa eficiência, bastando fundamentação da comissão perante a autoridade instauradora para prorrogação do prazo, que decidirá conforme sua discricionariedade, pautando-se nos princípios de razoabilidade, proporcionalidade, duração razoável do processo, conforme os parágrafos §§3º, 4º⁷⁴.

5.3. DEFESA E FINALIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A lei em estudo traz poucos dispositivos sobre produção de provas e defesa do processo administrativo, sendo aplicável a lei 9.784/99 e o CPC nesses artigos 11 e 12⁷⁵. José Anacleto Abduch Santos⁷⁶ ressalta a importância da citação válida para correta formação da lide administrativa. Ademais, a lei utiliza o termo intimação, no sentido de notificação, para permitir a resposta do investigado confirmando sua defesa que já iniciara com a defesa preliminar na instauração do procedimento administrativo. Nessa ideia, como defende o referido autor, o art. 26 da lei 9.784/99⁷⁷

⁷³ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; FILHO, Ubirajara Custódio. 1º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 212.

⁷⁴ “Art. 10 (...) § 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”.

⁷⁵ “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”.

⁷⁶ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; FILHO, Ubirajara Custódio. 1º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 215 - 216.

⁷⁷ “Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências. § 1º A intimação deverá conter: I - identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa; II - finalidade

apresenta o que deve conter nessa intimação, sendo necessária sua observância em respeito ao devido contraditório e dever de informação.

No tocante ao relatório final a ser remetido para autoridade julgadora, todos os atos deverão ser descritos em sua formalidade e mérito, comprovando a ausência de qualquer vício que prejudique a correta aplicação da lei administrativa e enseje em anulação pelo Poder Judiciário. Nesse fim processual, como bem esclarecido por José Anacleto⁷⁸, poderá a autoridade competente para julgamento anular o que entende vício de ilegalidade (auto-tutela da administração) com poderes para nomear uma nova comissão se averiguar indícios de suspeição. Em suma, enfatiza-se que qualquer nulidade comprovada posteriormente poderá invalidar todos os efeitos do procedimento e dar margem para que a infração administrativa prescreva no prazo de 5 anos (art. 25, lei 12.846/2013), não alcançando o objetivo maior que é o combate à corrupção.

Ademais, vale pontuar o entendimento de Melillo Dinis⁷⁹ que enfatiza a possibilidade de alegações finais da pessoa jurídica envolvida no processo, conforme arts. 3º, III, 6º e 38 da lei 9.784/99. Esse arremate final poderá ser uma forma da defesa se dirigir diretamente para a autoridade julgadora, concretizando, de fato, o contraditório (defesa sempre deverá se pronunciar por último) e legitima o resultado final do processo. Assim, vemos que o decreto regulamentador poderá prever essa alegação final autuado em apenso ou dentro dos próprios autos principais visando o contato direto com a autoridade julgadora.

Por fim, no tocante a fase recursal, como também já analisado, caberá recurso emitido para a própria autoridade julgadora, sendo que, por ser a maior autoridade da administração, o recurso apenas terá o efeito de pedido de reconsideração.

da intimação; III - data, hora e local em que deve comparecer; IV - se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar; V - informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento; VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes”.

⁷⁸ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; FILHO, Ubirajara Custódio. 1º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 219.

⁷⁹ NASCIMENTO, Melillo Diniz do. Et al. Lei Anticorrupção empresarial: aspectos críticos à lei 12.846/2013. 1º edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 103.

5.4. DEVER DE NOTIFICAR O MINISTÉRIO PÚBLICO

O dever de notificar o Ministério Público sobre o procedimento nem precisaria de determinação legal uma vez que a infração administrativa provavelmente estará envolvida com atos ímprobos e criminosos. Assim, acertadamente, a lei enfatiza esse dever sob pena de eventuais responsabilidades dos agentes públicos (art. 15)⁸⁰.

Modesto Carvalhosa⁸¹ afirma que não é a comissão que conclui o procedimento administrativo nem quem deverá notificar o Parquet. Tal atribuição é da autoridade máxima, pois esta é quem põe fim ao procedimento. Além disso, Marco Petrelluzzi e Rubens Júnior⁸² explicam a notificação poderá ser desde de a deflagração do procedimento e independerá do resultado do procedimento administrativo.

O momento de notificar o Ministério Público foi regulado por medida provisória que perdeu sua eficácia, sendo a redação anterior: *Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a instauração do processo administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos. (Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015)*. O entendimento que contribuiu para não confirmação da medida provisória é o fato de que o processo administrativo ir para o Parquet poderá ter efeito danoso à imagem da pessoa jurídica, sem que houvesse uma confirmação probatória de possíveis irregularidades, dessa forma, decidiu-se por optar pelo fim do processo administrativo para posterior análise do órgão ministerial. Assim, a possibilidade

⁸⁰ 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.

⁸¹ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 365 - 367.

⁸² PETRELLUZI, Marco Vinicio; JUNIOR, Rubens Naman Rizek. Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014, p.89.

elencada por Marco Petrelluzzi e Rubens Júnior resta prejudicada diante da escolha legislativa de optar pelo fim do processo em estudo.

Por outro lado, vale ressaltar a independência funcional do Ministério Público e a sua atuação na lei anticorrupção é na responsabilidade judicial (capítulo VI), ademais, ainda cuidará de outras responsabilidades como criminais e de improbidade administrativa, podendo envolver terceiros além da pessoa jurídica e seus sócios-administradores. Logo, seria de suma importância que sua notificação fosse desde o início a fim de evitar prescrições e perdas de provas.

Ainda reforça isso o fato de que se houver indícios de crimes ou atos ímprobos, não poderá a comissão esperar o fim do processo para notificar o membro ministerial, seria uma violação até no poder-dever de anular atos fraudulentos e ainda, infração no estatuto dos servidores: se há possibilidade de existir crimes ou atos ímprobos, o servidor público tem o dever de notificar a autoridade superior que terá o dever de notificar os órgãos responsáveis pela investigação, tais como polícia e Ministério Público, logo, defende-se pela interpretação conforme do trecho “após a conclusão do procedimento administrativo”, pois apesar de ser uma escolha legislativa em notificar apenas ao final, se desde o início for constatado a possibilidade de improbidade administrativa ou crimes, o Parquet e a autoridade policial devem ser notificados imediatamente, sob risco de violação da moralidade, do poder-dever de anula atos administrativos e ainda chance para prescrições e desaparecimento de provas.

6. DEMAIS RESPONSABILIDADES

6.1. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E CIVIL

A responsabilidade civil e administrativa é o conteúdo do art. 13⁸³ que deve ser analisado com o art. 6º da lei em estudo e seu parágrafo terceiro⁸⁴, entende-se que a reparação integral do dano é a responsabilidade civil (advinda do Código Civil) tem por premissas a vedação ao enriquecimento ilícito e a obrigação ao causador do dano a ressarcir a vítima⁸⁵. O objetivo final é o retorno ao *status quo ante*: se uma pessoa jurídica causa um dano de 50 mil reais ao município, este tem o direito de ser ressarcido em 50 mil reais pela pessoa jurídica. Ademais, frisa-se que o dano não se exaure no plano material, mas, moral, conjuntamente.

Além disso, a lei traz a responsabilidade administrativa que, segundo José Anacleto Abduch Santos⁸⁶, seguindo posicionamento do Celso Antonio Bandeira de Mello, tem o objetivo didático, repressivo e preventivo. Comparando com as funções da pena do direito penal: retribuição e prevenção ⁸⁷, é evidente que a

⁸³ “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”.

⁸⁴ “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. A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado. (...) §3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado”.

⁸⁵ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

⁸⁶ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; FILHO, Ubirajara Custódio. 1º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 160.

⁸⁷ No direito penal, a função retributiva da pena tem o objetivo de repreender o autor do crime, reprovando-o na proporcionalidade do dano causado e a função preventiva foca na utilidade da pena (caráter utilitarista), quando a sanção aplicada ensinará tanto para o autor da infração quanto para toda sociedade que o Direito não aceita atos evadidos de ilegalidade, má-fé e lesionadores de bens jurídicos essenciais para toda a sociedade.

responsabilidade administrativa, mormente nesta lei, mais se aproxima da sanção de multa do direito penal do que da responsabilidade civil em si, apesar de todas formarem obrigações de pagar. Desse modo, diferente de uma relação particular, em que o dano será quantificado em material e moral, quando envolve o Poder Público, as responsabilidades penais e administrativas surgem como métodos enfáticos de combate ao ato danoso: a sanção de multa poderá chegar em até 20% do faturamento bruto e a publicação extraordinária da decisão condenatória.

É nesse rumo que o art. 13 define os processos de reparação integral do dano e das demais penalidades da lei podem coexistir. Não obstante disso, José Anacleto Abduch Santos⁸⁸ explica que a reparação civil dos danos está condicionada a prova de autoria da infração administrativa, ou seja, sem a conclusão do processo administrativo indicando a materialidade e autoria, é inviável a responsabilização civil.

Com efeito, poderá a mesma comissão ter a atribuição de aferir todo o dano suportado pela administração, podendo solicitar aos órgãos representativos judiciais medidas acautelatórias como o arresto, o penhor e a hipoteca visando garantia do ressarcimento civil e do cumprimento da sanção administrativa.

No que se refere ao pagamento integral do dano por parte da pessoa jurídica, seja de forma espontânea antes de iniciado ou durante o processo, não é causa de extinção de punibilidade administrativa, mas, tão somente uma atenuante, visto que reduz o efeito negativo da infração (art. 7º, V)⁸⁹. Nessa ideia, consegue-se entender que apesar de a responsabilidade administrativa poder se resumir a uma certidão de dívida ativa (título executivo extrajudicial de natureza tributária), não se confunde com a responsabilidade tributária.

Na lei tributária (CTN) existe a modalidade de denúncia espontânea (art. 138)⁹⁰ que extingue as multas pelo atraso no pagamento de tributos, sendo uma

⁸⁸ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; FILHO, Ubirajara Custódio. 1º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 221.

⁸⁹ “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) V - o efeito negativo produzido pela infração”.

⁹⁰ “Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância

forma de incentivar o contribuinte a ficar em dia com os débitos fiscais. Tal forma de extinção de punibilidade já foi debatida na recente jurisprudência do STJ em que a defesa de réus de crimes patrimoniais contra o Poder Público alegava a extinção das punibilidades pois todos tinham pagos os danos cometidos espontaneamente, antes do recebimento da denúncia.

O Tribunal da Cidadania entendeu que as políticas tributárias são distintas das criminais, portanto, não haverá extinção de punibilidade pelo fato do indivíduo que furtou a administração (fraude em contador de energia) e depois pagou espontaneamente, antes do recebimento da denúncia, pois o fato típico já teria se consumado ⁹¹ (Informativo 645, 2019, STJ). É nessa mesma ideia que a responsabilidade administrativa se encaixa, o fato típico presente nas hipóteses do art. 5º da lei 12.846/2013 já se consumou, logo, mesmo a pessoa jurídica vindo a pagar espontaneamente todo o dano cometido, ainda assim não terá sua punibilidade extinta, restando a aplicação da atenuante legal.

Em suma, o tratamento tributário é diferente do criminal, e como as fraudes sancionadas pela lei em estudo são relacionadas à corrupção em sentido amplo, é possível concluir, mais uma vez, a aproximação com o direito penal.

6.2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A análise da desconsideração da personalidade jurídica (art. 14) ⁹² será baseada na constitucionalidade do dispositivo e qual procedimento a ser adotado ou definido pelo decreto regulamentador.

arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração. Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração”.

⁹¹ Superior Tribunal de Justiça - STJ. 5ª Turma. HC 412.208-SP, Rel. Min. Felix Fischer, 20/03/2018. CALVACANTE, Márcio André Lopes. Informativo 622. Dizer o Direito. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2019/06/info-645-stj-1.pdf>>.

⁹² “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

A possibilidade de desconsideração em processo administrativo representa o poder-dever da Administração em anular atos fraudulentos, visando à máxima efetividade da persecução administrativa, no entanto, deve-se pontuar que tal medida é tão gravosa à ordem jurídica que há entendimento⁹³ no sentido da reserva de jurisdição para este dispositivo.

Apesar disso, o Ministro Celso de Mello já decidiu pela possibilidade da medida em processo administrativo presidido pelo TCU⁹⁴. O principal argumento é a Teoria dos Poderes Implícitos, visto que se o órgão tem o poder-dever de anular atos fraudulentos, também poderá aplicar este incidente processual a fim de alcançar o objetivo anulatório.

Assim, compreende-se: administradores ou sócios com poderes de administração que utilizam a pessoa jurídica para praticar os atos tipificados na lei ou para fraudar credores com a respectiva confusão patrimonial, violam tanto a lei quanto o Estatuto ou Contrato Social, o que implica na extensão da responsabilidade.

O ordenamento jurídico não cria direitos absolutos a fim de resguardar fraudes. Destarte, a desconsideração da personalidade jurídica é positivada no Direito Brasileiro com o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Tributário Nacional e a Lei dos Crimes Ambientais. Entretanto, a Lei Anticorrupção inova ao legislar sobre a possibilidade do incidente no processo administrativo, ao passo que as demais leis se referem aos processos judiciais.

É nesse último ponto que Modesto Carvalhosa⁹⁵ concentra suas críticas. Em primeiro lugar, o autor afirma que é uma norma inconstitucional, pois viola um ato

jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa”.

⁹³ Modesto Carvalhosa defende que a desconsideração da personalidade jurídica somente é cabível em sede judicial. CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 364.

⁹⁴ Brasil, STF, Medida Cautelar no MS 32.494, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 11.11.2013, p. 13.11.2013. Citado por JÚNIOR, Aloísio Zimmer. Corrupção e improbidade administrativa. 1º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 267-268.

⁹⁵ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 363 - 365.

que é privativo de jurisdição. Se a Constituição explica que a lei apoiará o cooperativismo e outras formas de associativismo (§2º, art. 174)⁹⁶ com intuito de promover o desenvolvimento econômico no país, a tese da desconsideração caminha em um sentido oposto, isto é, impõe um receio às criações de pessoas jurídicas porquanto o principal objetivo é a proteção patrimonial das pessoas físicas administradoras.

Ademais, é importante frisar o XIX, art. 5º da Constituição: *“as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”*. Assim, poderia-se questionar se a desconsideração da personalidade jurídica implicaria em uma suspensão desta, como, por exemplo, se a penhora de bens tanto da pessoa jurídica quanto dos administradores impediria a continuação das atividades, portanto, o ato exigiria a reserva de jurisdição.

É justamente nessa linha que se defende a desconsideração de pessoa jurídica apenas no plano judicial, assim como medidas de penhora, hipoteca, busca e apreensão, dentre outras. Modesto Carvalhosa também explica que a medida desvirtua o objetivo da lei, haja vista que se trata de responsabilidade de pessoas jurídicas, de forma objetiva, tão somente. Logo, quando se desconsidera, a inexistência provisória da pessoa jurídica retira o objeto processual-administrativo, implicando na extinção do mesmo. Por fim, ainda reforça esse entendimento o título VI da lei 12.846/2013 que concerne ao processo judicial e não tem disposição sobre desconsideração pois viola o objetivo da lei.

Em sentido oposto, Aloisio Zimmer⁹⁷ defende a constitucionalidade do dispositivo afirmando que é a exceção da lei 12.846/2013, em que a responsabilidade administrativa alcançaria aos administradores envolvidos. Explica que o dispositivo de desconsideração está no capítulo de processo administrativo pois não teria como se presumir que o órgão administrativo pudesse desconsiderar a

⁹⁶ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (...) § 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”.

⁹⁷ JÚNIOR, Aloísio Zimmer. Corrupção e improbidade administrativa. 1º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 263 - 279.

personalidade jurídica, ao passo que, em plano judicial, é possível diante do art. 50 do CC⁹⁸.

Aprofundando no entendimento, a responsabilidade das pessoas físicas não seria objetiva, isto é, sem dolo ou culpa, pelo ao contrário, impende-se a prova de um dolo específico de dissimular, facilitar ou encobrir prática de atos ilícitos ou provocar confusão patrimonial. Sendo essa a linha adotada pelo STF e STJ, a exigência de má-fé por parte dos administradores, não bastando o mero encerramento das atividades ou dissolução irregular como causa da desconsideração.

Outrossim, a própria lei visa a responsabilidade subjetiva quando estendida para as pessoas físicas: *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. (...) § 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.* Então, se a lei permite a desconsideração da pessoa jurídica, deve-se observar a culpabilidade a quem foi estendida.

Por fim, quanto a possibilidade de transcendência da sanção administrativa, os Tribunais Superiores têm entendido que garantido o contraditório e a ampla defesa é plenamente possível a responsabilidade para todos os envolvidos. Ou seja, a vedação de que a pena não ultrapassa a pessoa do condenado não impede que todos os envolvidos com a pessoa condenada sejam responsabilizados. Se uma

⁹⁸ “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. § 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. § 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. § 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica”.

pessoa jurídica, por meio do e-mail institucional, promete dar vantagem indevida para um servidor público, a pessoa física que editou a mensagem deverá ser responsabilizada administrativamente, sem prejuízo da análise criminal. O que se analisará, na desconsideração, não é se houve o cometimento do tipo administrativo, isso já foi definido, mas se a pessoa física administradora utilizou da pessoa jurídica para se “esconder”, configurando, portanto, sua responsabilidade por meio do dolo específico.

Nesse ponto, percebe-se como o processo administrativo detém de prerrogativas que o distingue do processo judicial. Aquela é baseado no alcance da verdade real, permitindo que a pessoa jurídica seja superada para responsabilizar as pessoas físicas envolvidas, mesmo sem um pedido prévio ou que signifique parcialidade da comissão processante. O judicial, diferentemente, somente poderá desconsiderar mediante pedido de alguma das partes envolvidas.

Em suma, a desconsideração da personalidade jurídica em processo administrativo ainda exige melhor análise pelos Tribunais Superiores, até porque implica em maiores poderes concedidos aos processos administrativos em geral, concretizando o poder-dever da Administração quanto à autotutela. Apesar disso, também deve observar se a medida processual, qualquer que seja, resultará em suspensão da atividade das associações porque, dessa forma, exigir-se-á a análise por um juízo competente.

6.3. PROCEDIMENTO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Partindo da premissa de que o dispositivo (art. 14) é constitucional, passa-se à análise do procedimento do incidente de desconsideração. Como a lei não especifica, apenas afirma a possibilidade, e a lei 9.784/99 também não define sobre, o CPC poderá ser aplicado de forma subsidiária.

No CPC, o procedimento de desconsideração não poderá iniciar de ofício, entretanto, ao trazer para o processo administrativo, é possível a determinação pela autoridade máxima quando evidenciado o abuso de direito ou a confusão

patrimonial. Assim, em tese, garantir-se-á o prazo de 15 dias para as pessoas físicas se defenderem sobre o incidente. Entretanto, caso na abertura do processo administrativo tiver sido requisitado a desconsideração, a notificação da pessoa jurídica do art. 11 já incluiria às pessoas físicas, permitindo o mesmo prazo de 30 dias para a defesa.

Dessa forma, tem-se: se desde do início processual é evidente a possibilidade de desconsideração, as mesmas defesas que são garantidas à pessoa jurídica (preliminar, mérito e alegações finais) deverão se possibilitadas às pessoas físicas, sendo o prazo de 30 dias do art. 11. Apesar disso, enfatiza-se que a aplicação subsidiária do CPC (analogia) não poderá implicar em redução de prazo para a defesa das pessoas físicas, se a pessoa jurídica tem 30 dias para se defender, seria ilógico que as pessoas físicas terem metade desse prazo apenas por determinação do CPC. Neste intuito, essa definição de prazos é plenamente recomendada no decreto regulamentador, pois garantiria a segurança jurídica sobre a tempestividade dos atos processuais administrativos.

Ademais, é importante ressaltar a possibilidade de arresto sobre os bens dos administradores. Desde do início, conforme o §1º, art. 10, a comissão poderá pedir as medidas judiciais de constrição de bens por meio do órgão de representação judicial, logo, não apenas bens da pessoa jurídica poderão serem arrestados, como também os das pessoas físicas e, mesmo que o juízo competente entenda que essa medida não é cabível naquele momento (seja porque entende que não é caso de desconsideração ou que não está ocorrendo dissipação de bens) não impede que o incidente de desconsideração se realize em plano administrativo, contanto que a medida não implique em suspensão da atividade associativa (quando fosse com associações), o que necessitaria de decisão judicial, conforme análise anterior.

Corroborando com esse entendimento de independência entre as instâncias e responsabilidades a decisão do TRF 3º Região sobre o fato do principal sócio da pessoa jurídica ser processado criminalmente não implica na suspensão das atividades da pessoa jurídica, uma vez que as responsabilidades não se

confundem⁹⁹ e a legislações aplicáveis são diferentes. Dessa forma, reforça-se a defesa da constitucionalidade da desconsideração no processo administrativo contanto que não suspenda as atividades associativas e que se garanta o efetivo contraditório e ampla defesa às pessoas físicas que passaram a estar no polo passivo.

⁹⁹ JÚNIOR, Aloísio Zimmer. *Corrupção e improbidade administrativa*. 1º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 279 - citação 358 - BRASIL. TRF 3 Região, MS 0019395-31.2015.4.03.0000, rel. Des. Fed. Dino Toldo, 4ª Seção, j. 16.02.2017, p.13.03.2017.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O combate à corrupção precisa de instrumentos jurídicos que garantam a repressão e prevenção sem deixar de lado as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa. A inovação da Lei 12.846/2013 ao trazer a responsabilidade objetiva e a possibilidade de processo administrativo a ser instaurado pela própria entidade pública lesada, representa um significativo avanço nessa persecução administrativa, corroborando para a eficiência: o próprio ente realizando o processo administrativo sem ter que provar dolo ou culpa. Assim, a aplicação deste processo de forma constitucional ganha importância pois evitará questionamentos judiciais, ao mesmo tempo que a sociedade brasileira passará a dar mais credibilidade ao processo não-judicial.

Nessa esteira, é importante enfatizar que o processo administrativo da Lei Anticorrupção mostra uma tendência do ordenamento jurídico pátrio em valorizar esse tipo de abordagem em que se busca enfraquecer a antiga noção de que a Administração Pública é “dona do processo administrativo” e, por consequência, da função administrativa. Além disso, como se trata de um processo litigioso, em muitos momentos se aproximará dos processos judiciais, mormente processos civis e criminais, uma vez que os atos tipificados como infrações administrativas também são atos ímprobos e criminosos.

Além disso, a vagueza proposital do processo administrativo visa a adequação frente as demais leis processuais dos entes públicos. No entanto, como reiterado, o excesso de inexatidão também é um obstáculo à persecução administrativa, mesmo que haja aplicação subsidiária de outras leis. E, sabendo que a maioria dos entes ainda não regulamentaram este processo administrativo, até a presente data, possivelmente ocorrem diversas formas de violações às garantias fundamentais o que induz ao Poder Judiciário o dever de anulá-las.

Em suma, é forçoso concluir pela necessidade de um estudo mais aprofundado sobre processo administrativo, tanto da lei anticorrupção quanto de outros diplomas normativos, principalmente pelo fato de que a função administrativa

cada vez mais tem influência no cotidiano das pessoas, no mundo globalizado e na sociedade de informação.

Frisa-se que a dicotomia direito público e privado está mais difícil de ser delineada: parcerias público-privadas, privatizações, aspectos empresariais no setor público (compliance, eficiência, responsabilidade orçamentária) dentre outros, são exemplos que para a busca do melhor serviço público, exigem-se novos artifícios legais e posturas culturais do Poder Público e da sociedade.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.

BARON Elton Rockenbach. Corrupção sistêmica, endêmica e sindrômica: a (in)observância ao princípio da responsividade. Jus, 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/79523/corruptao-sistemica-endemica-e-sindromica-a-inobservancia-ao-principio-da-responsividade>> Acesso em: 30.09.2020.

BITTENCOURT, Sidney. Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL, Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso: 27.07.2020.

BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

BRASIL, Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 13 outubro de 2020.

BRASIL, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

BRASIL, Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

BRASIL, Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

BRASIL, Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispões sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

BRASIL, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

BRASIL, Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10.11.2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes

políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 10.11.2020.

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

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Súmula 591-STJ. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1d98edfd003bcd59e957739802965f19>>. Acesso em: 10/11/2020

Corruption perceptions index. Transparency International: the global coalition against corruption, 2020. Disponível em: <<https://www.transparency.org/en/cpi/2019>> Acesso em: 23.09.2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. 2º edição. São Paulo: Malheiros Editores.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 7º edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz e CORDEIRO, André Luís Nunes Novaes. Os limites da aplicação do princípio ne bis in idem no Brasil e a análise jurídica da temática do filme Risco Duplo. Jus, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63167/os-limites-da-aplicacao-do-principio-ne-bis-in-idem-no-brasil-e-a-analise-juridica-da-tematica-do-filme-risco-duplo>> Acesso em: 06.07.2020.

JÚNIOR, Aloísio Zimmer. Corrupção e improbidade administrativa. 1º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MELLO FILHO, José Celso de. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 341.

NASCIMENTO, Melillo Diniz do. Et al. Lei Anticorrupção empresarial: aspectos críticos à lei 12.846/2013. 1º edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99 comentada). São Paulo: Atlas.

NUCCI, Guilherme de Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OECD. Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and Related Documents. OECD, 1997. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf>. Acesso em: 10.11.2020.

PETRELLUZI, Marco Vinício; JUNIOR, Rubens Naman Rizek. Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 1997.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; FILHO, Ubirajara Custódio. 1º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Superior Tribunal de Justiça - STJ, MS 8946/DF 2003/0027888-4, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 22.10.2003, DJ 17.11.2003, p. 197.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. 5ª Turma. HC 412.208-SP, Rel. Min. Felix Fischer, 20/03/2018. CALVACANTE, Márcio André Lopes. Informativo 622. Dizer o Direito. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2019/06/info-645-stj-1.pdf>>. Acesso em: 16.10.2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. Juiz competente para julgar ação pode ratificar atos de juiz declarado incompetente. STJ.JusBrasil, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2788967/juiz-competente-para-julgar-acao-pode-ratificar-atos-de-juiz-declarado-incompetente>>. Acesso em: 15.10.2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. 2ª Turma. RMS 32357/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 17/3/2020. CALVACANTE, Márcio André Lopes. Informativo 970.

Dizer o Direito. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2020/04/info-970-stf-1.pdf>>. Acesso em: 15.10.2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. Plenário. RE 1055941/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 4/12/2019. CALVACANTE, Márcio André Lopes. Informativo 962. Dizer o Direito. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2019/12/info-962-stf.pdf>>. Acesso em: 15.10.2020.

TORREY, Daniel. FCPA cria sanções no combate à corrupção comercial. Conjut, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-11/fcpa-cria-sancoes-combate-corrupcao-comercial-internacional>> Acesso em: 10.11.2020.

ZOZIMO, Eduardo. O princípio da eficiência como pressuposto da administração gerencial. Jus, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35950/o-principio-da-eficiencia-como-pessuposto-da-administracao-gerencial>> Acesso em: 25.03.2020.