

Ementa: Combate à Corrupção. Tutela à Probidade Administrativa. Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e Lei de Improbidade Empresarial (Lei nº 12.846/2013). Teoria Clássica e Teoria do Diálogo das Fontes. Tipificação de Condutas. Responsabilidade Objetiva e Subjetiva por atos de improbidade administrativa e improbidade empresarial.

1 RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Dr. Marcelo Azevedo Maffra, DD. Promotor de Justiça Comarca de Paranaíba, relacionada à abrangência das Leis de Improbidade Administrativa e Anticorrupção (respectivamente, Leis nº 8.429/1992 e 12.846/2013).

A dúvida restringe-se, basicamente, no âmbito de incidência das referidas normas, bem como sua aplicação simultânea às pessoas físicas e jurídicas que praticaram atos contra a administração pública.

Em síntese, é o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Do combate a Corrupção à tutela da Probidade Administrativa

A moralidade e a boa-fé no trato da coisa pública representam, na atualidade, um dos maiores anseios da sociedade civil. A tolerância com a desonestidade na gestão pública sucumbiu e deu lugar ao intenso e contínuo combate contra a corrupção.

Fábio da Costa Vilar, citando Antônio Carlos Ozório Nunes, explica que “a corrupção pode ser difícil de ser descrita, mas não de ser reconhecida quando observada”.¹ Por certo, o fenômeno não se restringe a dimensões temporal ou territorial. Os precedentes históricos demonstram, aliás, que desde a antiguidade o abuso do poder público está relacionado à obtenção de vantagens e benefícios particulares, demonstrando as deficiências morais do ser humano.

No Brasil, a prática de atos desonestos remonta a períodos anteriores a proclamação da República, em 1889. Todavia, é a partir principalmente da abolição da escravatura e do fim do tráfico negreiro que se estabeleceu de forma endêmica a corrupção no país. O interesse dos grupos oligárquicos em preservar a estrutura de lucro fácil e em grande escala motivou o desenvolvimento de fraudes no sistema eleito-

ral, na concessão de obras públicas e tantas outras que garantiriam o acúmulo de renda para as camadas sociais mais privilegiadas.²

Por volta de 1950, o influente político Adhemar de Campos protagonizou um dos maiores escândalos no país. Depois de nomeado interventor por Getúlio Vargas, logrou êxito nas eleições estaduais de São Paulo, tornando-se conhecido como grande empreendedor e defensor das classes sociais menos favorecidas, ao mesmo tempo em que despontavam denúncias sobre desvio de verba pública e cobrança de propina. Relembra Luiza Cristina Villaméa Cotta:

A fama de administrador ousado e dinâmico cresceu, no entanto, paralelamente às denúncias de corrupção em seus governos. Essas acusações apontavam para a cobrança de propina e o desvio sistemático de recursos públicos. Os casos mais rumorosos que protagonizou foram denunciados pelo jornalista Paulo Duarte e reverberados pelo governador Jânio Quadros. Envolveram a suposta apropriação de automóveis comprados pelo governo de São Paulo e o extravio de urna marajoara destinada ao Museu Paulista. Apesar da defesa que promoveu nos tribunais e junto à opinião pública, Adhemar jamais conseguiu dissociar sua reputação como empreendedor da pecha de peculatório, fenômeno sintetizado popularmente na frase **‘rouba, mas faz’**.³ (Grifos nossos).

O tema passou a interessar a comunidade científica e tornou-se objeto de intensos debates, especialmente no século XX:

No século 20, as pesquisas sobre o tema da corrupção estão organizadas a partir de duas grandes agendas. Ambas estão circunscritas em espaços de experiências distintos, de acordo com problemas práticos que as organizam. As agendas de pesquisas sobre o tema da corrupção expressam opções por políticas, no quadro internacional, marcando grandes paradigmas de construção do conceito e da prática da corrupção. A primeira agenda de pesquisa está relacionada à teoria da modernização que nasceu no contexto posterior à Segunda Guerra Mundial, nos Estados Unidos. A teoria da modernização aborda os processos de mudança social, de acordo com a construção de instituições, tendo em vista grandes dicotomias como rural e urbano, não industrializado e industrializado, subdesenvolvidos e desenvolvidos. De um modo geral, a corrupção está relacionada, de acordo com essa teoria, ao subdesenvolvimento.. (...) A teoria da modernização fundou uma agenda de pesquisa sobre o tema da corrupção no século 20. De alguma maneira, foi superada quando da queda do Muro de Berlim, em que as Ciências Sociais deixaram de considerar o mundo a partir de grandes dicotomias. (...) Essa nova abordagem do tema da corrupção, iniciada com o trabalho de Susa Rose-Ackerman, tornou-se hegemônica nas Ciências Sociais, **adotando as premissas da escolha racional de um novo institucionalismo**. (...). Assentada na teoria da escolha racional, essa abordagem da corrupção está relacionada a uma nova agenda política, isto é, a um novo espaço de experiência em que importam os elementos para se pensar a reforma da política e da economia, conforme os fins normativos da democracia e do mercado. **Desta forma, segundo Rose-Ackerman, a corrupção ocorre na interface dos setores público e pri-**

2 TEXTOS&DEBATES, Boa Vista, n.19. **As estratégias de apropriações indevidas de verbas públicas federais no governo de Roraima**: um estado do escândalo dos gafanhotos. Disponível em: <https://revista.ufr.br/textosedebates/article/viewFile/1189/964>. Acesso em 28 de setembro de 2017. Pág. 109.

3 Dissertação apresentada ao Programa de P0

1 NUNES apud COSTA VILAR, Fábio. **Lei Anticorrupção**: aspectos basilares e questões controversas. Belo horizonte: O Lutador, 2017. Pág. 23.

vado, de acordo com sistemas de incentivo que permitem aos agentes políticos maximizarem utilidade mediante suborno e propina. A corrupção está correlacionada ao comportamento rent-seeking, mediante o qual os agentes políticos tendem a maximizar sua renda privada. Os agentes buscarão a maior renda possível, dentro ou fora das regras de conduta. Esta abordagem da Ciência Política chama a atenção para a necessidade de reformas institucionais, visando à consolidação do mercado e da democracia. Essas reformas partem do horizonte de que os interesses devem estar relacionados a regras fixas para interação entre o público e o privado.⁴ (Grifos nossos).

A matéria também se tornou alvo de interesse na seara jurídica, demandando estabelecimento de regras de conduta aptas a inibir e reprimir a corrupção em todas suas facetas.

Emergia assim, na Ordem Jurídica, um microsistema destinado ao combate da corrupção.⁵ Em 1940, no Direito Pátrio, o Decreto-Lei 2.848, que institui o Código Penal, pela primeira vez previu como típica a corrupção, seja na modalidade ativa ou passiva.⁶ Além disso, em comparação ao antecessor (Código Imperial de 1830), o rol de crimes contra o patrimônio público foi consideravelmente ampliado.

A atividade legiferante contra a corrupção ultrapassou as fronteiras do Direito Penal para sancionar, no âmbito cível e administrativo, o administrador público corrupto. Em 1957 foi sancionada a Lei nº 3.164, conhecida como Lei Pitombo Godoi-Ilha, que dispunha sobre o sequestro e o perdimento de bens adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que ele tenha ocorrido.⁷ Pouco depois, em 1958, adveio a Lei n.3.502, alcinhada de Lei Bilac Pinto, que complementava a anterior com importantes inovações, tais como a previsão dos atos de enriquecimento ilícito e a ampliação do conceito de servidor público.

Em 1965, a Lei 4.717 regulou a Ação Popular (ainda em vigor), instrumento hábil para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos estados, dos municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista. Em 1967, Decreto-Lei 201 inovava na ordem jurídica tipificando os crimes de responsabilidade dos prefeitos e

vereadores, cuja responsabilização incidiria na esfera penal, cível e administrativa.

Na esfera administrativa, a Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993, que até os dias atuais é referência na regularidade nas contratações públicas.

Em 1988, com a promulgação da Constituição da República, intensificaram-se os mecanismos de atuação anticorrupção, a exemplo do artigo 37, *caput*, que disciplina o dever de observação, pela administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, dos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência.

Destarte, o Constituinte necessitava da aderência popular ao novo regime de governo implementado. A população precisava confiar em seus representantes e no modelo democrático, propiciando ambiente favorável ao desenvolvimento da nação e a concretização dos objetivos fundamentais da República. Ora, para tanto, a tutela da moralidade na ambiência pública deveria ser efetiva.

Nesse ínterim, em 1992 foi sancionada a lei 8.429, passando a dispor 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. A lei regulamenta o reportado art. 37, *caput*, bem como seu parágrafo 4º.

CR/88 – 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: (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A ação de improbidade administrativa é importante instrumento contra a corrupção no setor público. Ela foi trazida para o sistema como uma forma de impor transparência e lisura em relação aos atos praticados por agentes públicos e melhorar a imagem do Brasil com relação a esse desvio. **Conforme Pazzaglini Filho, Elias Rosa e Fazzio Júnior, podemos definir improbidade como ‘a corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano) revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às despesas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo ‘tráfico de influência’ nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.**⁸ (Grifamos).

O diploma é, sem dúvida, de elevada importância social e democrática, posto tutelar a moralidade e o patrimônio público. Destina-se a sancionar o agente público ímprobo e aquele que, embora não o seja, concorra ou induza na prática da improbidade e dela se beneficie de qualquer forma.

4 AVRITZER, Leonardo (org.). **Corrupção**: ensaios e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. Pág. 353-358.

5 A formação desse microsistema conta tanto com normas nacionais como internacionais. Não se pretende esgotar neste texto todos os documentos destinados ao combate à corrupção, destacando-se apenas algumas deles, apenas para fins exemplificativos. Nesse ínterim, na seara internacional, evidenciam-se os seguintes compromissos: a) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE); b) Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC). Todos foram ratificados por Decretos legislativos e presidenciais brasileiros, passando a integrar a ordem jurídica nacional posteriormente.

6 O Código Imperial, de 1830, embora sem efetividade expressiva para a maioria dos especialistas, previa no Título VI, como crimes contra o “*Thesouro Público*” apenas o peculato, moeda falsa, contrabando e destruição do patrimônio público.

7 Art. 1º, Lei 3.164, de 1º de junho de 1957.

8 AURELLI, Inês Arlete. Condições para o exercício da Ação de Improbidade Administrativa. In: LUCON et al (Coord). **Improbidade Administrativa**: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 3.

Com o avanço das relações sociais e o aprofundamento e integração dos vínculos econômicos, sociais e políticos constatou-se, no entanto, que seria necessário envidar mais esforços para prevenir e combater de modo mais eficaz e eficiente a corrupção. É que novos métodos e meios surgiram com o advento da globalização, propiciando ambiente favorável à sua proliferação e requintamento, bem como ao surgimento da cleptocracia ⁹.

Assim, em 2003, um importante documento internacional é confeccionado. Trata-se da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também conhecida como “Convenção de Mérida”. Tal documento encara o problema da corrupção como fenômeno transnacional e relacionado a outras formas de delinquência, cuja erradicação é responsabilidade do Estado, como se denota do preâmbulo abaixo transcrito:

DECRETO Nº 5.687, DE 31 DE JANEIRO DE 2006 (Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003). (...). CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. Preâmbulo:

Os Estados Partes da presente convenção, preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito;

Preocupados, também, pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro;

Preocupados, ainda, pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade, os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados e que ameaçam a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos;

Convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela;

Convencidos, também, de que se requer um enfoque amplo e multidisciplinar para prevenir e combater eficazmente a corrupção;

(...) **Convencidos de que o enriquecimento pessoal ilícito pode ser particularmente nocivo para as instituições democráticas, as economias nacionais e o Estado de Direito;**

Decididos a prevenir, detectar e dissuadir com maior eficácia as transferências internacionais de ativos adquiridos ilicitamente e a fortalecer a cooperação internacional para a recuperação destes ativos;

Reconhecendo os princípios fundamentais do devido processo nos processos penais e nos procedimentos civis ou administrativos sobre direitos de propriedade;

Tendo presente que a prevenção e a erradicação da corrupção são responsabilidades de todos os Estados e que estes devem cooperar entre si, com o apoio e a

participação de pessoas e grupos que não pertencem ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações de base comunitárias, para que seus esforços neste âmbito sejam eficazes;
(...). (Grifos nossos.)

Em nível nacional, alguns anos mais tarde, a Convenção subsidiaria a criação da Lei 12.846 de 1º de Agosto de 2013, cujo advento também atenderia aos clamores **sociais “que tomaram as ruas do Brasil em meados de junho de 2013”** ^{10 11}.

A recente publicação da Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013, representa a coroação desse sistema extrapenal anticorrupção de nítido cariz hassemeriano de direito de intervenção, na medida em que veio a suprir uma série de lacunas legislativas e práticas relacionadas à responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção, problemas estes relacionados, sobretudo, **à insuficiente e deficitária atenção punitiva dada às pessoas jurídicas corruptoras através das normas jurídicas anteriores a Lei nº 12.846/2013, em especial, a Lei 8.429/1992 na seara cível e a Lei nº 8.666/1993 na esfera administrativa.** ¹²

Desse modo, **intensificou-se o sistema de proteção à integridade da administração pública, em que se distinguem os sujeitos ativos e os requisitos para responsabilização.** Rogério Sanches Cunha, citando André Pimentel Filho, explica que:

havendo ato irregular praticado no interesse ou benefício, exclusivo ou não, da pessoa jurídica, estará esta sujeita às punições previstas na Lei, de modo **independente e autônomo da responsabilidade, subjetiva, por óbvio, do agente (pessoa física) que atuou em nome ou benefício da pessoa coletiva.** ¹³

2.2 Da (in)viabilidade de aplicação conjunta das Leis 8.429/1992 e 12.846/2013 – da Doutrina Clássica dos Critérios de Solução de Antinomias Jurídicas à Teoria do Diálogo das Fontes

No que pertine a aplicação conjunta das Leis nº 8.429/1992 e 12.846/2013, não há consenso entre os doutrinadores. Há aqueles que entendem, a exemplo de Luciano Ferraz, que a aplicação da Lei de Improbidade implica, necessariamente, na exclusão da Lei de Improbidade Empresarial e vice-versa, com fundamento nos critérios clássicos e antinomias jurídicas.

Em análise sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, o que se vê – com respeito aos autores do projeto de lei, em

¹⁰ COSTA VILAR, 2017. Págs. 36.

¹¹ A lei teve origem num projeto submetido pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional., com o objetivo de atender a compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar convenções contra a corrupção firmadas no âmbito de organizações internacionais (Organização das Nações Unidas – ONU, Organização dos Estados Americanos – OEA e Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE). O Projeto de Lei tramitou entre 2010 a 2013 na Câmara dos Deputados, tendo sido encaminhada ao Senado Federal em 21.06.2013. Devido às manifestações populares que protestavam contra a corrupção na Administração Pública, o Senado atribuiu regime de urgência na tramitação. Em 04.07.2013, o Projeto foi levado a plenário para votação, que o aprovou em votação simbólica. BITTENCOURT apud COSTA VILAR, 2017. Pág. 37.

¹² DEMATTÉ apud COSTA VILAR, 2017. Pág. 39.

¹³ PIMENTEL FILHO apud CUNHA, Pág. 33.

⁹ Definição e Significado da palavra Cleptocracia: (substantivo feminino) Sistema de governo que se baseia na prática da corrupção, da apropriação ilegal do capital financeiro de um país, em benefício próprio: as fraudes constantes, observadas no sistema público, podem ser atribuídas ao fato de que a cleptocracia é o tipo de governo que rege aquele país. Etimologia (origem da palavra cleptocracia): do grego *klépto*, roubar + *cracia*, governo.

especial a Controladoria-Geral da União, que sustenta uma aplicação cumulada da nova lei com a lei de improbidade administrativa – **é que ambas mutuamente se excluem**. É dizer, o espectro de incidência da Lei nº 12.846/2013 é antinômico quando comparado ao espectro de incidência da Lei nº 8.429/1992. E ao se deixar de fazer essa demarcação abre-se espaço à concreta possibilidade de *bis in idem*. Com efeito, antes da nova lei, sedimentou-se a orientação de que a Lei nº 8.429/1992 (LIA) aplica-se, no que couber (art. 3º), às empresas particulares apenas e na medida em que tiverem elas concorrido, induzido desonestamente ou se beneficiado indevidamente do ato de improbidade, sempre dependendo seu processamento ou punição do concurso efetivo do agente público, que comparecerá, em litisconsórcio com ela, no polo passivo da lide, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (cf., por todos, REsp nº 155.992/PA e REsp nº 896.044/PA). **Desse modo, a partir da Lei nº 12.846/2013 as condutas empresariais improbas passarão a ter ambiência de tutela jurídica punitiva autônoma, porém excludente, em relação à da Lei nº 8.429/1992. É dizer: a lei nova terá aplicação para condutas empresariais nela definidas, desde que não tenham contado com a participação direta ou indireta de agentes públicos em conjunto com os agentes empresariais.** Se esta participação se verificar – estabelecendo-se o envolvimento entre a empresa e o agente público – a trilha jurídica a ser perseguida para a punição das infrações de ambos será a da Lei nº 8.429/1992 e não a da Lei nº 12.846/2013, que descreve condutas exclusivamente empresariais como suscetíveis de suas iras. Assim, pode-se dizer que a lei de improbidade administrativa e a de improbidade empresarial são irmãs siamesas, de modo que os assentamentos jurisprudenciais e doutrinários construídos a propósito da primeira, já nos doze anos de sua vigência, serão o farol para a interpretação da nova lei, sem prejuízo de algumas peculiaridades distintivas e das críticas sobre os exageros em torno da aplicação da Lei nº 8.429/1992.¹⁴ (Grifamos)

Outros, como Jorge Hage (ex-ministro-chefe da CGU), afirmam que a Lei nº 12.846/2013 integra o microsistema de tutela à probidade administrativa, no qual as normas não colidem, mas interagem entre si e com todo o ordenamento no intuito de conferir homogeneidade e maior efetividade ao sistema normativo. Assim, prestigia-se a Teoria do Diálogo das Fontes, método pelo qual as normas podem ser aplicadas de modo sistemático e coordenado, sem provocar exclusões recíprocas.

A premissa básica é a existência de um ordenamento jurídico completo, coerente e unitário. Esses atributos encontram subsídio tanto nas doutrinas jusnaturalistas quanto juspositivistas, embora com fundamentos diferentes.

Explica Norberto Bobbio, com esteio em Hans Kelsen (que imputa à norma fundamental hipotética a validade de todas as demais – fundamento jurídico-positivo), que a coerência e completude do ordenamento consiste em negar que nele possa haver normas incompatíveis entre si, não obstante ambas dotadas de vigência e validade. No intuito de equacionar o problema, chamado de antinomia ou lacunas de conflito, a doutrina clássica propõe a sistematização de

critérios que permitam a prevalência de determinadas normas sobre outras.¹⁵

Para solucionar as antinomias jurídicas, seria necessário, então, lançar mão dos seguintes critérios: hierárquico (norma superior predomina sobre inferior), especialidade (norma especial prepondera sobre norma geral) e cronológico (norma posterior prevalece sobre norma anterior). Se o impasse fosse solucionado apenas com um dos raciocínios, estaria-se diante de antinomia de primeiro grau.

Todavia, não raras são as ocasiões em que a adoção de apenas um dos critérios é insuficiente para resolver a divergência (aparente) entre normas. Nesses casos, mais complexos, há as antinomias de segundo grau, na qual há relação de preponderância também entre os critérios, por ordem de valoração. Exemplifique-se: divergindo norma posterior geral em relação à norma especial, porém anterior, prepondera esta, pois o critério da especialidade prevalece sobre o cronológico.

No entanto, a aplicação desses critérios, para parcela da doutrina (mais moderna), não assegura resultados jurídicos adequados em todas as ocasiões. Síncrono a essa constatação, novos pensamentos permearam a comunidade jurídica do século XX, a exemplo do giro linguístico de Hans-Georg Gadamer, em que a Hermenêutica:

desprende-se da idéia de mera ciência metodológica para constituir-se no próprio modo de ser do homem, o modo de compreender e conhecer o texto, valorizando-se a linguagem e a pré-compreensão do objeto interpretado, de sorte que na dialética entre passado e presente a bagagem histórica e as experiências do **intérprete devem servir não à fossilização da norma em nome de uma imaginada intenção de seu autor, mas sim para a construção de condições para realização do Direito, conforme a realidade atual da sociedade e as necessidades da situação concreta focalizada.**¹⁶

Mitigou-se, assim, a adoção dos critérios para solução de antinomias jurídicas. A tendência (que permanece atual, registra-se) era promover a harmonia e coordenação entre as normas ao revés da exclusão. Idealizava-se um novo instrumento hermenêutico hábil a solucionar problemas de conflitos e aplicação entre normas, superando-se antinomias por meio da integração efetiva do ordenamento jurídico.

Surge, nesse contexto, a Teoria (ou Método) do Diálogo das Fontes, concebida inicialmente por Erik Jayme:

Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual 'pluralismo pós-moderno' de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo (*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours*, II, p. 60 e 251 e ss.). **O uso da expressão do mestre, 'diálogo das fontes', é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente**

15 Vide Bobbio, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999. Pág. 199 e seguintes.

16 SOARES, Evanna. **Hermenêutica Jurídica**: a superação da vontade do legislador na busca do sentido atual da norma. Disponível em: https://evannasoares.wordpress.com/2010/08/12/hermeneutica-juridica-a-superacao-da-vontade-do-legislador-na-busca-do-sentido-atual-da-norma/#_ftn1. Acesso em 03 de Outubro de 2017.

14 FERRAZ, Luciano. **Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público privadas** – Lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2015/05/lei-anticorrupcao-artigo-luciano-ferraz.pdf>. Acesso em 04 de outubro 2017. Pág. 35-36.

das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada' (cohérence dérivée ou restaurée), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não coerência'.¹⁷ (Grifos nossos).

A Teoria do Diálogo das Fontes, para Flávio Tartuce, é caracterizada por traços da pós-modernidade e invocada diante do quadro de relações marcadas pela hipercomplexidade, sobretudo pelo pluralismo, em razão da era da comunicação.¹⁸

Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de 'le retour des sentiments', sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. **O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a imploração dos sistemas genéricos normativos ('Zerspielerung'), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o 'double coding', e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos 'espaços de excelência'.**¹⁹ (Grifos nossos)

A essência do método, conforme magistério de Cláudia Lima Marques, é que as normas jurídicas **não se eliminam, mas se complementam**, propiciando (a tão almejada) visão unitária do Ordenamento Jurídico. Bruno Miragem complementa explicando que o "Diálogo das Fontes se constitui em método aplicável **em qualquer ramo do direito**, com base em razões de duas ordens: como método de interpretação adequado ao caráter sistemático do direito e por ser conduzido pelo sistema de valores constitucionais voltados à concretização dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana"²⁰.

Flávio Tartuce, citando Cláudia Lima Marques, amestra que há três possíveis formas de diálogos a partir da teoria

exposta. A primeira consiste na aplicação simultânea das duas leis, sendo que uma serve de base conceitual para a outra (Diálogo Sistemático de Coerência). A segunda, quando há aplicação coordenada de duas leis e uma completa a outra de forma direta (Diálogo de Complementaridade) ou indireta (Diálogo de Subsidiariedade). Por fim, a terceira ocorre quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências da outra (Diálogo de Coordenação e Adaptação Sistemática ou Diálogos de Influências Recíprocas Sistemáticas)²¹.

Nessa senda, a reverberação da teoria no âmbito dos microssistemas normativos é inegável, a exemplo do que se vê no microssistema de tutela coletiva, onde várias leis (como a Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular) interagem de modo tal a propiciar maior efetividade à proteção dos direitos que resguardam. Para os adeptos, a admissão da aplicação coordenada de normas implica em possibilitar ao intérprete a concretização de postulados diversos de assento constitucional.

Exemplificando, a composição das Leis nº 8.429/1992 e 12.846/2013 num mesmo contexto fático propiciaria não somente sanção ao corruptor pessoa física e pessoa jurídica, respectivamente, mas principalmente a materialização de valores essenciais consagrados na Constituição da República, como a moralidade e a segurança jurídica.

Em outras palavras, para os que abraçam a teoria, a compreensão de Ordenamento Jurídico em diálogo supera o método clássico de superação de antinomias porque confere estabilidade e congruência suficientes para harmonizar todo o sistema, propiciando soluções mais justas e promovendo o caráter humanista ao Direito.

Seguirei aqui novamente a teoria de Erik Jayme, que propõe – em resumo – no lugar do conflito de leis a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo das fontes. **Uma coordenação flexível e útil (effet utile) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência. Muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do 'monólogo' de uma só norma (a comunicar a solução justa), à convivência destas normas, ao 'diálogo' das normas para alcançar a sua, ratio, a finalidade visada ou narrada em ambas.** Este atual e necessário 'diálogo das fontes' permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva.²² (Grifos nossos).

Assim, a depender da teoria adotada, é possível fundamentar a aplicação conjunta de ambos os diplomas (Lei de Improbidade Administrativa e Lei de Improbidade Empresarial) ou a impossibilidade.

17 MARQUES, Cláudia Lima apud TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. **Manual de direito de Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Método, 2016. Pág. 31.

18 TARTUCE, Flávio. MARTOS, José Antonio de Faria. **O Diálogo das Fontes e a Hermenêutica Consumerista no Superior Tribunal de Justiça**. In: Viviane Coêlho de Séllos Knoerr; Frederico da Costa Carvalho Neto; Ronaldo Alves de Andrade. (Org.). XXII Encontro Nacional do CONPEDI/ NINOVE: Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do direito na contemporaneidade. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 156-188.

19 MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIM, Antonio Herman. APUD MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3.ed. São Paulo: RT, 2010. Pág. 30

20 MIRAGEM apud SAMPAIO, João Carlos Medrado. CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Diálogo das Fontes sob a perspectiva hermenêutica da construção dos sentidos da justiça fiscal**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/

bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.45.03.pdf. Acesso em 03 de outubro de 2017.

21 TARTUCE, 2016. Pág. 33.

22 MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes**: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22388/superacao_antinomias_dialogo_fontes.pdf. Acesso em 04 de outubro de 2017. Pág. 30.

2.2 Âmbito de Aplicação das Leis nº 8.429/1992 e 12.846/2013. Peculiaridades

2.2.1 Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/1992

Fábio Medina Osório é incisivo ao afirmar que “a corrupção é causa de improbidade administrativa, pois revela ilegalidade comportamental de agentes públicos”²³. Evidentemente, a improbidade é a antítese do bem jurídico tutelado pela Constituição da República, probidade administrativa.

De um modo geral, não obstante existência de divergências, a doutrina equipara a probidade administrativa à moralidade, princípio explícito no texto constitucional (Art. 37, *caput*). Pondera-se que o princípio corresponde não à moralidade social (noção de certo ou errado ou bem e mal), mas sim à moralidade jurídica ou administrativa, que equivale sucintamente à ideia de **correção de atitudes qualificada por regras de boa administração**.

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal menciona, entre outros, o princípio da moralidade, que não pode ser senão o da moralidade administrativa. De sorte que o princípio da moralidade administrativa tem hoje status constitucional. Diz Hauriou, seu sistematizador, que o princípio da moralidade administrativa extrai-se do conjunto de regras de conduta que regulam o agir da Administração Pública; tira-se da boa e útil disciplina interna da Administração Pública. **O ato e atividade da Administração Pública devem obedecer não só a lei, mas à própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos. Para Hely Lopes Meirelles, apoiado em Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, a moralidade administrativa está ligada ao conceito de bom administrador, aquele que, usando de sua competência, determina-se não só pelos preceitos legais vigentes, como também pela moral comum, propugnando pelo que for melhor e mais útil para o interesse público.** Por essa razão, veda-se à Administração Pública qualquer comportamento que contrarie os princípios da lealdade e da boa-fé.²⁴ (*Grifos do autor*) (Grifos nossos).

E:

A categoria ético-normativa que se designa como improbidade – já utilizada no direito comparado e na literatura estrangeira, conquanto revestida de matizes – guarda relações com a ideia de honra no setor público, no marco de uma moralidade institucional republicana, abrangendo as patologias de graves desonestidades e graves ineficiências funcionais dos homens públicos, como espécie de má gestão pública. A honra profissional pode ser afetada não apenas por atos dolosos, mas também por atos culposos. Desonrado, no setor público, pode ser tanto o desonesto, quanto intoleravelmente ineficiente. **O fenômeno que designamos como improbidade administrativa, no direito administrativo brasileiro, desenhado no art. 37, § 4º, da CF, no marco da Lei 8.429/92, define-se como a má gestão pública gravemente desonesta ou gravemente ineficiente, por ações ou omissões, dolosas ou culposas, de agentes públicos no exercício de suas funções ou em razão delas, com ou sem a participação dos particulares, observados os pressupostos gerais**

de configuração típica e de imputação. A improbidade é espécie do gênero “**má gestão pública**”.²⁵ (Grifos nossos).

Na mesma esteira, complementa Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, boa-fé, de regras que assegurem boa administração e a disciplina interna na Administração Pública”²⁶.

Em sede infraconstitucional, a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, disciplina a matéria. Além de definir os atos que configuram a improbidade administrativa (arts. 9º a 11), o diploma previu os procedimentos administrativo e judicial e as sanções aplicáveis (perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios).

Fábio Medina Osório, ao analisar o âmbito de incidência normativa, explica que “a lei não apanha apenas os atos de corrupção pública, aqui entendida como uso de poderes públicos para fins privados, mas também distorções inerentes à desorganização administrativa, ao desgoverno e à ineficiência endêmica”.²⁷

Lei 8.429/1992 – Art. 1º Os **atos de improbidade** praticados por **qualquer agente público**, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Art. 2º **Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.**

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, **àquele que, mesmo não sendo agente público**, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. (Grifos nossos).

O conceito de agente público, para os fins da Lei de Improbidade Administrativa, é amplo, compreendendo agentes políticos, agentes autônomos, servidores públicos e particulares em colaboração com o poder público. Abrange, igualmente, o terceiro que estimula a prática ímproba.

Com efeito, contempla **todas as pessoas físicas** que, de qualquer modo, com ou sem vínculo empregatício, definitiva ou provisoriamente, exerçam alguma função pública ou de interesse público, remunerada ou não, dos entes da Federação (...) A extensão da lei a particulares refere-se a duas situações distintas: a participação no ato de improbidade e a auferição

23 OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa**: observações sobre a Lei 8.429/92. Porto Alegre: Síntese, 1997. Pág.70

24 GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Págs. 63-64.

25 OSÓRIO, Fábio Medina. **Conceito de Improbidade Administrativa**. Revista JUS I Belo Horizonte, ano 43, n. 26, p. 23-51, jan./jun. 2012. Pág. 48.

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pág. 823.

27 OSÓRIO, 2012. Pág. 25.

de benefício decorrente de tal ato. Um particular que tenha praticado ato de improbidade em conjunto com agente público (como hipótese de celebração de contrato de locação a preço inferior ao mercado em virtude de conluio – art. 10, IV) será alcançado pela lei. Esta participação, é claro, depende da intenção, do dolo, do má-fé do particular. No outro caso, quando se fala em benefício auferido está se pretendendo atingir aqueles que, mesmo não participando da prática do ato (lembre-se que na celebração de contratos o particular participa efetivamente da prática do ato).²⁸ (Grifo nosso).

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves explicitam que, na condição de terceiro, é perfeitamente possível que uma pessoa jurídica responda por ato de improbidade administrativa:

Também as pessoas jurídicas poderão figurar como terceiros na prática dos atos de improbidade, o que será normalmente verificado com a incorporação ao seu patrimônio dos bens públicos desviados pelo ímprobo. Contrariamente ao que ocorre com o agente público, sujeito ativo dos atos de improbidade e necessariamente uma pessoa física, o art. 3º da Lei de Improbidade não faz qualquer distinção em relação aos terceiros, tendo previsto que “as disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público...”, o que permite concluir que as pessoas jurídicas também estão incluídas sob tal epígrafe.²⁹

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC INOCORRENTE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Não há violação do artigo 535 do CPC quando o acórdão, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo recorrente, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não adotando a tese defendida pelo recorrente, manifestando-se, de maneira clara e fundamentada, acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, inclusive em relação às quais o recorrente alega contradição e omissão.

2. Considerando que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios.

3. Recurso especial não provido. (Grifos nossos)³⁰.

Detalhe importante que resta pacificado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores é o de que para o enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, além de outros fatores importantes (tais como o elemento subjetivo retro abordado, e o ato danoso³¹), é **inarredável a presença do agente público no polo passivo da demanda.**

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

PROPOSTA APENAS CONTRA PARTICULAR. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AUSÊNCIA DE AGENTE PÚBLICO NO POLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. PRECEDENTES.

I – A abrangência do conceito de agente público estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa encontra-se em perfeita sintonia com o construído pela doutrina e jurisprudência, estando em conformidade com o art. 37 da Constituição da República.

II – Nos termos da Lei n. 8.429/92, podem responder pela prática de ato de improbidade administrativa o agente público (arts. 1º e 2º), ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3º).

III – A responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público.

IV – Inviável a propositura de ação de improbidade administrativa contra o particular, sem a presença de um agente público no polo passivo, o que não impede eventual responsabilização penal ou ressarcimento ao Erário, pelas vias adequadas. Precedentes.

V – Recurso especial improvido.³²

O paradigma é fruto de deliberação da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2015. Na ocasião, debateu-se sobre o conceito de agente público e sua reverberação na Lei de Improbidade Administrativa para, ao final, concluir, por maioria, que é inviável a ação de improbidade administrativa sem que figure no polo passivo um agente público responsável pelo ato.

expressão refere-se não somente às hipóteses de prejuízo material, mas abrange aquelas correspondentes à ofensa lato sensu à Administração e ao Patrimônio Público. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella de Pietro: “É exatamente o que ocorre ou pode ocorrer com os atos de improbidade previstos no art. 11, por atentado aos princípios da Administração Pública. A autoridade pode, por exemplo, praticar ato visando fim proibido em lei ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I do art. 11); esse ato pode não resultar em qualquer prejuízo para o patrimônio público, mas ainda assim constituir ato de improbidade, porque fere a moral da instituição, que abrange as ideais de honestidade, boa-fé, lealdade e imparcialidade. O mesmo pode ocorrer nas hipóteses do art. 9º, em que a improbidade é caracterizada pelo enriquecimento ilícito; o fato de uma pessoa enriquecer ilícitamente no exercício de função pública pode não acarretar necessariamente dano ao patrimônio econômico-financeiro; por exemplo, se uma pessoa receber propina para aceitar praticar um ato que realmente é de sua competência ou para dispensa a licitação quando esta era obrigatória, esses atos podem não ocasionar prejuízo ao erário e ainda assim propiciar enriquecimento ilícito. Nesse caso, também, é o patrimônio moral que está sendo lesado. Quanto a esse aspecto, muito precisa é a lição de Marcelo Figueiredo (1997:101), quando ensina: ‘**Entendemos que se pretendeu afirmar que a lei pune não somente o dano material à administração, como também qualquer sorte de lesão ou violação à moralidade administrativa, havendo ou não prejuízo no sentido econômico.** De fato, pretende a lei, em seu conjunto, punir os agentes ímprobos, vedar comportamentos e práticas usuais de corrupção (sentido leigo)’. DI PIETRO, 2011. Pág. 840. Grifamos.

32 REsp 1405748/RJ. Rel. Ministra Marga Tessler – Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região. Rel. para Acórdão Ministra Regina Helena Costa. 1ª Turma. Julgado 21/05/2015. DJe 17/08/2015

28 PAZZAGLINI FILHO, 2011. Pág. 9 e 12.

29 GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. Pág. 282

30 REsp 970393/CE. Ministro Relator Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Data do Julgamento: 21/06/2012. DJe: 29/06/2012

31 Como “ato danoso” deve-se entender o enquadramento em um dos atos tipificados nos artigos 9º, 10º, 10-A e 11 da Lei 8.429/1992. Assim, a

A Corte seguiu o entendimento esposado em outros julgados, a exemplo REsp1282445/DF, REsp1171017/PA ambos de 2014 e REsp1181300/PA, de 2010. **Reafirmou-se o entendimento que o particular não pode ser processado sozinho, devendo haver pelo menos um agente público responsável pelo ato reputado ímprobo.**

Nessa senda, trechos do voto vencedor, prolatado pela Ministra Regina Helena Costa:

A questão federal sob exame diz com a amplitude do conceito de agente público, para fins de responsabilização de particular por ato de improbidade administrativa, bem como a possibilidade de o particular ser responsabilizado pela prática de ato de improbidade sozinho, isoladamente, ou seja, sem ter atuado em conjunto com alguma gente público. (...) O dispositivo transcrito deixa claro que a responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, em apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido como agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público. **Impende anotar que as condutas consistentes em induzir e concorrer, não podem ser praticadas sem outra pessoa; quem induz, induz alguém; e quem concorre, só pode concorrer com a conduta de outrem, que no caso, tem que ser agente público. Por seu turno, a expressão aquele que tenha se beneficiado, direta ou indiretamente, também diz com benefício advindo da conduta de outrem, que, como repisado, só pode ser um agente público.** Em resumo, nos expressos termos da Lei n. 8.429/92, podem responder pela prática de ato de improbidade administrativa o agente público (arts.1º e 2º), ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art.3º). Da interpretação sistemática e teleológica da Lei n. 8.429/92, verifica-se que os conceitos de agente público e ato de improbidade administrativa estão necessariamente atrelados, de sorte que não existe a possibilidade de imputação exclusiva, a quem não seja agente público, da prática de ato de improbidade administrativa. (Grifos nossos).

Lado outro, a penalização da pessoa física ou pessoa jurídica **baseia-se na responsabilidade subjetiva do agente (inclusive da pessoa jurídica – nesse caso, a responsabilidade subjetiva de seu respectivo gestor ou administrador)**, razão pela qual a comprovação do dolo genérico ou da culpa (esta exclusivamente para atos que causem prejuízo ao erário) é imprescindível. Nesse sentido a lição de Fábio Medina Osório, senão vejamos:

A ideia de responsabilidade subjetiva, que permeia toda a aplicação do regime jurídico de Direito Sancionador, incluindo Direito Administrativo Sancionador, envolve um juízo sobre a imputabilidade geral do sujeito. No mesmo viés segue a noção obrigatória de causalidade normativa adequada. Esta causalidade remete ao vínculo entre o desvalor da conduta e o resultado normativamente esperado, vínculo que há de ser comprovado e narrado, ao menos em tese, na própria inicial acusatória. Daí porque a lei apanha atos decisórios e requer uma ampla compreensão sobre a teoria das competências administrativas.³³

Também é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. SÚMULA 7/STJ. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. DOLO GENÉRICO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967.

1. Trata-se na origem de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra o recorrente. Narra a inicial que o recorrente, na qualidade de Presidente da Câmara Municipal de Jataí/GO, utilizou-se dos serviços dos Procuradores Jurídicos daquela Casa Legislativa para apresentação de defesa pessoal em outra Ação Civil Pública. (...).

3. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é indispensável demonstrar o elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

4. É pacífico no STJ que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

5. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. (...).

8. Recurso Especial parcialmente conhecido e nessa parte não provido.³⁴ (Grifos nossos).

Dessa forma, tanto a doutrina quanto a jurisprudência associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade e de má-fé do agente público e, por isso, “o enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto”.³⁵

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. HISTÓRICO DA DEMANDA

(...) 3. O entendimento do STJ é que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

4. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil,

34 REsp 1662580/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA. Julgado em 02/05/2017. DJe 10/05/2017

35 DI PIETRO, 2011. Pág. 843.

mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.³⁶ (Grifo nosso).

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO MUNICIPAL DE ÁGUAS FORMOSAS. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ALUGUEL DE VEÍCULOS. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL. DANO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. I. **Para que seja reconhecida a tipificação da conduta do agente político nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), revela-se imprescindível a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.**

II. A ação de improbidade deve servir para punir o administrador desonesto, afastando-se a possibilidade de condenação com amparo na atuação do mal administrador ou em contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, sobretudo quando demonstrado que as contratações eram necessárias para execução de serviços essenciais à comunidade e que os valores dos contratos não foram superfaturados pela empresa contratada.³⁷ (Grifamos).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO DO MUNICÍPIO DE IPATINGA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO. CONDUTA AMPARADA EM LEI MUNICIPAL. MÁ-FÉ. PROVA. AUSÊNCIA. DOLO, AINDA QUE GENÉRICO, NÃO CONFIGURADO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AFASTADA. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO 1. A necessidade de prévia aprovação em concurso público para o exercício de cargo ou emprego público é expressamente prevista constitucionalmente, salvo as exceções legais, quais sejam, cargos em comissão e contratações realizadas em caráter temporário e observado o excepcional interesse público. 2. Como já definido pelo Superior Tribunal de Justiça em precedente versando justamente sobre contratações realizadas no Município de Ipatinga sem concurso público prévio, mas amparadas em Legislação Municipal (nº 1.610/98), “a contratação de servidores públicos sem concurso público baseada em legislação local não configura improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei 8.429/1992, por ausência do elemento subjetivo (dolo) necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública” (AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 614.048 - MG, Julgado em 07/0/2017).

3. A configuração do ato de improbidade administrativa demanda imprescindível presença da culpa ou dolo na conduta do agente, ainda que genérico. Em outras palavras, a improbidade traduz ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, não podendo, portanto, se confundir improbidade com simples ilegalidade.

4. A inabilidade do agente público, muitas vezes desprovido do necessário conhecimento de gestão pública, não pode conduzir ao reconhecimento da situação de improbidade quando ausente a prova de má-fé e da deslealdade no exercício do cargo público, mormente quando existente lei

municipal vigente à época e que amparava a realização de contratações sem concurso público.³⁸

Na mesma esteira, o Tribunal Regional Federal da 4ª região editou, recentemente, o seguinte enunciado sumular: “A tipificação do ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, exige apenas o dolo genérico, consistente na vontade de praticar a conduta.”

Destarte, as particularidades da Lei de Improbidade Administrativa são: (i) prática do ato de improbidade com a concorrência de ao menos um agente público; (ii) comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa, esta no caso do Art. 10) por parte do sujeito ativo.

2.2.2 Improbidade Administrativa Empresarial – Lei nº 12.846/2013

2.2.2.1 Da Responsabilização Objetiva da Pessoa Jurídica e da Possibilidade de Exclusão do Nexo Causal

A Lei de Improbidade Empresarial adveio para suprir a lacuna que existiu no sistema normativo pátrio, viabilizando a responsabilização das pessoas jurídicas e dos respectivos dirigentes ou administradores, sempre que praticados atos em prejuízo da administração pública, nacional ou estrangeira, como se depreende das disposições gerais do diploma:

Lei 12.846/2013 – Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de **pessoas jurídicas** pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

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

(...)

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

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

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

A norma, tal qual a Lei 8.429/1992, detém natureza cível e administrativa e visa sancionar e inibir a prática da improbidade contra a administração pública. Todavia, destina-se precipuamente a punir as pessoas jurídicas, sem excluir a responsabilidade individual dos respectivos dirigentes.

36 REsp 1674354/RS. Rel. Ministro Herman Benjamin. 2ª Turma. Julgado em 22/08/2017. DJe 13/09/2017

37 TJMG. Apelação Cível 1.0009.04.001090-3/001. Relator(a) Des.(a) Washington Ferreira. 1ª Câmara Cível. Julgamento em 26/09/2017. DJe 04/10/2017

38 TJMG. Ap Cível/Rem Necessária 1.0313.07.211472-8/003. Relator(a) Des.(a) Carlos Roberto de Faria. 8ª Câmara Cível. Julgamento em 24/08/2017. DJe em 11/09/2017

A responsabilização da pessoa jurídica não é novidade no Direito Positivo Brasileiro. No âmbito cível, o Código Civil de 1916 já previa responsabilidade extracontratual dos entes fictícios³⁹. A Constituição da República de 1988 disciplinou a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público e, na seara administrativa e ambiental, a lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 disciplinou a responsabilidade das pessoas jurídicas, de direito público ou privado (as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua – art. 3º).

Para além das normas positivadas, foram concebidos mecanismos para inibir o uso da pessoa jurídica de forma indevida, a exemplo da Desconsideração da Personalidade Jurídica (*Disregard of legal entity*), instrumento perfilhado ao Direito do Consumidor, Cível e Falimentar.

Em 2013, em consonância aos compromissos internacionais assumidos, a Lei de Improbidade Empresarial incrementou o sistema anticorrupção, permitindo a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, constituídas de fato ou de direito.

O parágrafo único do art. 1º dispõe o rol de sujeitos ativos da Improbidade Empresarial. Afora as pessoas jurídicas tipicamente empresariais, estão incluídas as pessoas jurídicas com fins não econômicos, inclusive entidades do terceiro setor. A previsão legal abrange todas as pessoas que de um modo ou de outro se relacionem com a administração pública, alcançando também organizações religiosas, partidos políticos, sindicatos, cooperativas e empresas individuais de responsabilidade limitada, porque consideradas entidades de pessoas.⁴⁰

Entendemos que a responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção foi opção política decorrente da necessária proteção constitucional do direito fundamental à probidade administrativa. A insuficiência da responsabilização subjetiva para inibir os atos ilícitos contra a coisa pública ensejou a adoção do sistema mais rigoroso de responsabilização objetiva, principalmente porque, não raro, os atos ilícitos são praticados sem comando expresso e individual da pessoa jurídica e mesmo à sua revelia. No atual contexto de grandes corporações globalizadas, de elevada complexidade organizacional, é comum que atos ilícitos sejam praticados por segmentos, gerentes e empregados sem conhecimento dos administradores de determinadas pessoas jurídicas. (...) Diante desse panorama, as empresas não poderão alegar ausência de culpa in elegendo ou vigilando, mostrando-se importante, por conseguinte, instituírem sistemas de controle sobre as condutas de seus agentes (art. 7º, VIII, compliance), criando, com isso, barreiras de prevenção à prática de comportamentos que violem a moralidade administrativa. As sanções

são várias, indo desde a multa, passando pela proibição de receber incentivos do Estado e suspensão de atividades, até a dissolução compulsória da empresa corruptora.⁴¹

Ponto fulcral é a responsabilização objetiva da pessoa jurídica no contexto da Lei 12.846/2013. Doravante, **não se perquire mais o elemento subjetivo por parte da entidade, bastando que fique constatado um dos atos irregulares descritos no artigo 5º da Lei**, realizados no interesse ou benefício do ente, para gerar o efeito jurídico de imposição das sanções previstas do diploma.⁴²

Destarte, a responsabilidade baseia-se no binômio **dano e nexa causal**.

Como a responsabilidade civil objetiva prescinde da culpa, restando comprovado o fato, o resultado e o nexa causal, a pessoa jurídica será responsabilizada. A mera configuração desses elementos ensejará a responsabilização da empresa, independente da pessoa natural que realmente tenha praticado o ato prejudicial à Administração Pública. Logo, não é necessário comprovar a culpa ou o dolo de agentes específicos, mas simplesmente a atuação genérica da empresa inclinada à fraude, sem necessidade de individualização de conduta ou comprovação do elemento subjetivo de pessoas a ela vinculadas. A Lei nº. 12.846/2013 também é enfática ao afirmar que dirigentes e administradores que tenham concorrido para o ilícito praticado serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade, isto é, somente serão responsabilizados se restar comprovado que agiram com culpa ou dolo de lesionar a Administração Pública nacional ou estrangeira. No entanto, enfatiza-se que a responsabilização de dirigentes e administradores independerá da responsabilização (objetiva) da pessoa jurídica. Além de dolo ou culpa, entende-se que os seguintes critérios também devem ser observados para aferir a culpabilidade dos dirigentes e administradores que lesionaram a Administração Pública, a fim de proporcionar-lhes uma sanção adequada: (i) os motivos que os levaram à prática do ato; (ii) as circunstâncias e as consequências do ato lesivo; (iii) o comportamento concorrente da Administração Pública nacional ou estrangeira para o evento danoso; (iv) a reiteração da conduta do agente; (v) os riscos que a conduta danosa causou aos direitos da empresa; (vi) o montante do lucro auferido; e (vii) a colaboração do dirigente ou administrador durante a apuração do ilícito. A observância dos critérios acima possibilitará a análise profunda da conduta do indivíduo, permitindo que se estabeleça de forma apropriada o grau de reprovabilidade do ato ilícito praticado e, em seguida, a aplicação adequada da sanção. Dessa forma, é possível a seguinte afirmação: enquanto a pessoa jurídica é responsabilizada objetivamente pelos atos ilícitos praticados, os dirigentes e administradores da pessoa jurídica penalizada terão suas condutas analisadas sob o prisma da responsabilidade subjetiva, pois a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de quaisquer pessoas naturais. (...) Outro aspecto que deve ser analisado é o fato de a aplicação das sanções previstas na Lei nº. 12.846/2013

39 Código Civil de 1916 – Art. 1.522. A responsabilidade estabelecida no artigo antecedente, nº III, abrange as pessoas jurídicas.

40 CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee. **Lei Anticorrupção Empresarial**. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. Pág. 28.

41 CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee, 2017. Pág. 26.

42 PIMENTEL FILHO apud CUNHA, Pág. 33.

não afetarem os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes das Leis nº. 8.429/1992, nº. 8.666/1993 e nº. 12.462/2011. Ao analisar os atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, verifica-se que as condutas ilícitas se assemelham, e muito, com os tipos previstos na Lei de Licitações, de Improbidade, de Defesa da Concorrência e do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). (...) É o que leciona Marrara e Nohara (2009, p. 451), a Administração somente está autorizada a cumular sanções administrativas quando houver autorização legal expressa. Em nenhum caso, poderá a autoridade aplicar duas sanções administrativas idênticas em razão da mesma conduta. Não poderá, tampouco, multiplicar os processos administrativos para sancionamento da mesma conduta, devendo extinguir o processo sancionatório novo quando a conduta que lhe serve de objeto já tiver dado causa a sanção administrativa do administrado ou do servidor público. **Assim, no tocante à Lei Anticorrupção, a autoridade competente deverá verificar se a infração cometida pela empresa também é punível por outras leis. Caso seja, em se tratando das Leis nº. 8.429/1992, nº. 8.666/1993 e nº. 12.462/2011, averiguar se não há sanção idêntica já cominada ou em processo de sancionamento.** Se já houver, deverá extinguir o processo sancionatório. Se não houver, poderá iniciar o processo administrativo. Caso porém se trate de outras leis, a Administração não deverá proceder à abertura de processo administrativo, eis que não há previsão legal de cumulação de sanções administrativas para demais normas, sob pena de caracterização de bis in idem. ⁴³ (Grifos nossos).

Naturalmente que, perfilhado à lógica da Responsabilidade Civil, é possível que a pessoa jurídica demonstre excludentes de responsabilidade, comprovando a existência de circunstâncias que prejudiquem o nexo de causalidade ou que atestem a inocorrência do dano.

Tratemos do nexo causal. Em curtas palavras, corresponde ao elo que existe entre a conduta e o resultado, constituindo elemento indispensável para a responsabilização.

Sergio Cavalieri Filho explicita que é através da relação de causalidade que se pode concluir quem foi o causador do dano:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexo causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação

deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele. ⁴⁴

Nesse íterim, as excludentes do nexo de causalidade representam circunstâncias capazes de romper esse liame, de modo que a conduta, culposa ou dolosa, não é a razão da ocorrência do dano. Tais excludentes podem manifestar-se como fato da vítima, o fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior.

De outra banda, veja que a Lei 12.846/2013 incentiva a prática do “*Compliance*”, ao passo que, no âmbito federal, o Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015 ⁴⁵, regulamenta o Programa de Integridade:

Decreto 8.420/2015 – Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, **no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.** Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Aliás, um dos elementos levados em consideração na aplicação das sanções é a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, conforme art. 7º, inc. VIII, da Lei 12.846/2013.

Neste particular, posiciona-se Fábio Medina Osório no sentido de que “para ser excluída do nexo causal, ao ser investigada, a empresa tem que provar que reúne um conjunto de ferramentas para combater atos ilícitos e tem que buscar socorro nas normativas internas.” ⁴⁶

Outros estudiosos comungam da mesma ideia, a exemplo de Marcelo Ortolan:

Portanto, a categoria da responsabilidade objetiva aplicada ao Direito administrativo Sancionatório baseia-se na substituição da ideia de *culpa* pela ideia de *nexo de causalidade*. Assim, para a responsabilização do ente coletivo basta que sejam demonstrados (a) a prática de ato ilícito; (b) por agente da

44 FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 49

45 Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União elaborou e apresentou sugestões de minutas aos Municípios para a regulamentação da Lei. A Cartilha está disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/colecao-municipio-transparente/arquivos/cartilha-sugestoes-de-decretos-para-a-regulamentacao-da-lei-anticorruptao-nos-municipios.pdf>.

46 Palestra “Improbidade Empresarial” ministrada por Fábio Medina Osório aos membros do Ministério Público de Minas Gerais. Trecho retirado da notícia institucional publicada em maio de 2016 e disponível para consulta pública em <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/improbidade-empresarial-foi-o-tema-apresentado-pelo-jurista-fabio-medina-osorio-dentro-do-projeto-segunda-feira-18h.htm#.WdZHXbjSNlc>.

43 CAMPOS, Patrícia Toledo. **Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção**. Revista Digital de Direito Administrativo. V. 2, n. 1, p. 160-185, 2015. Págs. 163 e 173.

pessoa jurídica; (c) o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; (d) o dano. Na ausência de qualquer um desses elementos resta afastada a responsabilidade da pessoa jurídica. Uma vez deslocada a questão para o plano da causalidade, também incidem todas as hipóteses excludentes e atenuantes da responsabilidade, a saber: (i) caso fortuito ou força maior; (ii) culpa da vítima; (iii) culpa de terceiros; (iv) exercício regular de direito; (v) além de que “aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto”. Logo, se o ato lesivo foi causado por ato imputável à Administração Pública ou, de qualquer forma, por ato que não guarde nexo de causalidade com a pessoa jurídica, ela não será responsabilizada. Essas circunstâncias demonstram que a instituição de responsabilidade objetiva para a pessoa jurídica não importa em “absolutização” de sua culpabilidade. Em verdade, ocorre uma “objetivização” do elemento subjetivo da culpabilidade em favor da ideia de causalidade entre conduta e dano, o que se revela como a proposta mais adequada de responsabilização desses entes fictícios, destituídos de consciência e vontade própria.⁴⁷

Desse modo, demonstrando que inexistente relação de causa e efeito entre sua conduta e o resultado, não há que se falar em responsabilização. A Lei de Improbidade Empresarial não se baseia no “risco integral”, havendo balizas para que seja afastada a incidência normativa.

2.2.2.2 Penalidades e *Bis in Idem*

Inicialmente, diz a Lei da Improbidade Empresarial que:

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

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

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

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

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

II – atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime

Diferenciado de Contratações Públicas – RDC instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Com efeito, há tempos é diferenciado o regramento referente à responsabilização de dirigentes e administradores de sociedades. A título de exemplo, a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), estatui que “os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles” (Art. 158, inciso II).

Nessa temática, a Lei de Improbidade Empresarial **alargou** as hipóteses de responsabilização do administrador e do dirigente da pessoa jurídica, **permitindo a desconsideração da pessoa jurídica inclusive em sede administrativa**, nos termos do Art. 14: “a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, **sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa**”. (Grifamos).

Veja que, **entre os sócios**, a desconsideração da pessoa jurídica, **em sede de processo administrativo**⁴⁸, somente alcançará aqueles com poderes de administração.

Desse modo, é imperioso que se distinga com precisão os elementos fáticos para que se possa concluir qual o fundamento jurídico das penalidades a serem aplicadas (Lei 8.429/1992 – Lei 12.846/2013), haja vista que, quanto às sanções propriamente ditas, há semelhanças em alguns (poucos) aspectos, o que pode gerar situação de *bis in idem*. Assim, é necessária cautela para evitar penalidade dúplice pelo mesmo fato.

Nesse sentido, vide a seguinte comparação:

47 ORTOLAN, Marcelo. **A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pela prática de atos de corrupção**: norma penal ou administrativa? Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 8, n. 14, p. 151-166, jan./jun. 2016. Pág. 162 e 163.

48 Tratando-se de desconsideração da personalidade jurídica determinada judicialmente, nos moldes do art. 50 do Código Civil, seu alcance não se limitará apenas aos sócios com poderes de administração, já que essa salvaguarda aplica-se somente quando a desconsideração é implementada na seara administrativa.

Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992	Lei de Improbidade Empresarial Lei 12.846/2013
Conduta Punível: Descrição nos arts. 9º, 10º, 10-A e 11	Conduta Punível: Descrição no art. 5º.
Sanções (Art. 12) I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016) Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.	Sanções (Arts. 6º e 19) Sanções Administrativas: 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. Sanções Cíveis (Aplicáveis em sede judicial): I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

A par dessas considerações, mesmo constatado o **envolvimento de um agente público**, não há como ignorar que a **Lei de Improbidade Empresarial** é um facilitador da responsabilização da pessoa jurídica, pois a responsabilidade desta prescindirá do elemento subjetivo “culpa”. Além disso, há sanções específicas, como a aplicação de multa em sede administrativa ou, em sede judicial, como a dissolução compulsória. Lado outro, inarredável a conclusão de que sanções como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, previstas na **Lei de Improbidade Administrativa**, recaem exclusivamente sobre pessoas físicas. De toda sorte, a aplicação combinada de leis, a depender do caso concreto, pode ser subsidiada pela teoria do Diálogo das Fontes, bem como pelo Princípio da Proporcionalidade, **em especial quando visualizado sob a ótica da Proibição da Proteção Deficiente**⁴⁹.

Nessa toada, vejamos o seguinte exemplo citado por Eduardo Cambi, em “A Atuação do Ministério Público no Combate à Corrupção na Lei 12.846/2013”⁵⁰:

A Lei nº. 12.846/2013, ao tornar a responsabilidade civil e administrativa objetiva, facilita a responsabilização da pessoa jurídica, uma vez que basta ao autor demonstrar a prática do ato ilícito e do seu nexos de causalidade com os prejuízos causados. É, pois, ônus da prova do demandado comprovar as causas excludentes do nexos causal. No entanto, com o intuito de evitar a violação do postulado do *non bis in idem*, a mesma sanção não poderá ser aplicada duas vezes para o mesmo fato, ainda que possa ter repercussões diversas. Assim, poderá restar prejudicada, total ou parcialmente, a ação civil pública de responsabilização civil da pessoa jurídica, se a sanção já tiver sido aplicada na decisão judicial que reconhece definitivamente a prática de improbidade administrativa, ou vice-versa. Ademais, a Lei Anticorrupção, como bem reconhece o seu artigo 30, inc. II, não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ilícitos alcançados pelas regras que versam sobre licitações e contratos da Administração Pública. Assim, as sanções administrativas e/ou criminais contidas no Capítulo IV da Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações) ou da Seção V, do Capítulo I, da Lei 12.462/2011 (regime diferenciado de contratações públicas) não ficam excluídas. Por exemplo, o artigo 47, inciso V, da Lei 12.462/2011, preceitua que ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o

licitante que fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato. Por sua vez, o artigo 5º, inciso IV, letra “d”, da Lei 12.846/2013 conceitua como ato lesivo à Administração Pública, nacional ou estrangeira, fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente. Esta Lei Anticorrupção, ao tratar da responsabilização administrativa, no artigo 6º, prevê três sanções distintas, quais sejam: a aplicação de multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, a publicação extraordinária da decisão condenatória, e a obrigação de reparação integral do dano causado. Perceba-se que ambas as leis devem ser compatibilizadas, para que o valor da multa imposta observe os parâmetros dos artigos 6º, inc. I, e 7º da Lei 12.846/2013, mas também que incida o impedimento para licitar e contratar contido no artigo 47 da Lei 12.462/2011. **Apesar de a Lei nº 8.666/1993 e outras leis que versam sobre o tema das licitações e contratos administrativos, como a Lei 12.846/2013, já preverem sanções administrativas, a Lei Anticorrupção apresenta um complemento a esta previsão por meio de um novo rol de condutas passíveis de responsabilização objetiva, pela via administrativa, da pessoa jurídica.** Assim, as empresas que atentarem contra o patrimônio público, nacional ou estrangeiro, ou os princípios da Administração Pública, ou, ainda, os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, passam a ser responsabilizadas civil e administrativamente, de forma objetiva, por seus atos. Isto sem prejuízo da aplicação de outras penalidades previstas nas demais leis que versam sobre o tema das licitações e contratos administrativos, embora nestas a aplicação das sanções dependa da comprovação do dolo ou da culpa. Ainda que, nas sanções administrativas previstas no artigo 6º da Lei 12.846/2013 e nas sanções judiciais arroladas no artigo 19 da mesma lei, o legislador não tenha incluído a penalidade de impedimento da pessoa jurídica infratora de licitar e contratar com o Poder Público, por determinado prazo, tal efeito pode ser considerado natural e decorre de uma leitura mais atentada Lei Anticorrupção que criou o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP (art. 22) justamente para dar publicidade e inibir que essas empresas voltem a contratar com órgãos ou entidades públicos. Entretanto, tal interpretação esbarra no princípio da estrita legalidade, pelo qual não se pode impor sanções sem a prévia previsão legal (*nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*). Afirma o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Não obstante o princípio da tipicidade esteja se referindo a “crimes”, nada impede que seja estendido ao Direito Administrativo, que está sujeito ao princípio da legalidade (art.37, caput, CF), do qual decorre o da tipicidade. Este princípio também pode ser extraído do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, pelo qual os direitos e garantias constitucionalmente expressos não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados. A tipicidade é uma garantia para os administrados, porque permite que os cidadãos e as empresas saibam quais são as condutas proibidas e suas respectivas sanções. O princípio da tipicidade também impede que a Administração Pública atue de forma arbitrária, não podendo impor penas fora das hipóteses previstas na lei. Tal situação também viria a ferir os princípios da segurança e da confiança jurídicas, que exigem que a conduta proibida e a sanção pela sua não observância estejam descritas previamente na lei, para que a ação do poder público não cause surpresa aos administrados. Dessa forma, a não previsão pela Lei 12.846/2013 do impedimento de licitar e contratar com o poder público, por prazo determinado, ou da declaração de

49 “Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. **No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção**”. STF. HC 102.087/MG. Relator Ministro Celso de Mello. 28/02/2012.

50 CAMBI, Eduardo. **A Atuação do Ministério Público no Combate à Corrupção na Lei 12.846/2013** in Revista do Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília. CNMP. n. 4. 2014. Disponível em: http://www2.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Revista_CNMP_WEB4e.pdf#page=12. Acesso em 13 de outubro de 2017. p. 11-45. Págs. 22-25.

idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública não pode conduzir a imposição destas sanções no processo administrativo de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas infratoras. Porém, como a aplicação das sanções previstas na Lei 12.846/2013 não afeta os processos de responsabilização e aplicação das penalidades contidas nas Leis 8.666/93 (arts. 86-88) e 12.462/2011 (art. 47), a autoridade administrativa deve impô-las às pessoas jurídicas infratoras que praticar os atos ilícitos ali descritos, embora tal responsabilização dependa da comprovação do dolo ou da culpa. **De qualquer forma, constatada omissão – total ou parcial – da autoridade administrativa na imposição plena das sanções administrativas previstas em lei, caberá ao Ministério Público ajuizar ação civil pública para promover a responsabilização administrativa integral da pessoa jurídica infratora (interpretação conjunta dos artigos 20 e 30 da Lei 12.846/2013).** (Grifo nosso).

Eu concluí o autor, pontuando que “a Lei n. 12.846/2013 deve ser interpretada sistematicamente com as Leis 8.429/92 e 8.666/93, e as demais regras que versem sobre licitações e contratos administrativos, podendo a pessoa jurídica ficar sujeita, no que couber, às sanções previstas nos artigos 12 da Lei de Improbidade Administrativa, 86-88 da Lei de Licitações e 47 da Lei 12.462/2013, embora a harmonização das sanções deva respeitar o critério adotado em cada legislação sobre a responsabilização objetiva ou subjetiva”.⁵¹

3 Da dúvida do Promotor de Justiça solicitante

Restringe-se a consulta sobre o âmbito de incidência das Leis nº 8.429/1992 e 12.846/2013, bem como sua aplicação simultânea às pessoas físicas e jurídicas que praticaram atos contra a administração pública.

Discorreu-se, ao longo da presente nota, sobre os aspectos basilares de ambos os diplomas, bem como o contexto que propiciou suas inserções no arcabouço jurídico pátrio, além da integração ao chamado “microssistema de tutela à probidade administrativa”.

O Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento que é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos artigos 9º, 10-A e 11 e de culpa ou dolo naqueles previstos no artigo 10.

Além disso, consignou também que é inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.

A Lei 12.846/2013 acresceu o sistema anticorrupção, suprimindo o vácuo legislativo na responsabilização de pessoas jurídicas, reprimindo o injusto cenário perpetrado há décadas e complementando o amparo à lealdade e honestidade na vida pública. Isso porque, conquanto a existência de prece-dentes que veiculassem a possibilidade da condenação de pessoas jurídicas por atos de improbidade (REsp 970393/CE 2012), não havia lei que regulamentasse a sanção dos entes coletivos de forma direta e autônoma.

Nesse íterim, perfilhado à Teoria do Diálogo das Fontes, visualiza-se claramente que o cenário atual é de aplicação coordenada e sistematizada de todas as leis que compõem o microssistema de tutela à probidade administrativa. O emprego de um dos diplomas não afastaria, por si só, a incidência do outro, a fim de garantir justiça e proteção efetiva à lealdade e honestidade na ambiência pública.

De todo modo, constata-se que as leis possuem diferenças práticas significativas, a exemplo de:

- (i) enquanto o polo passivo da ação por improbidade administrativa deva, necessariamente, contar com ao menos um agente público, a ação por improbidade empresarial (ou anticorrupção) não precisa ser movida em face de agentes públicos, podendo ser promovida apenas em face da pessoa jurídica;
- (ii) a responsabilidade, na Lei 8.429/1992, será sempre subjetiva, ao passo que, pela Lei 12.846/2013, será objetiva em relação à pessoa jurídica;

Por todas as considerações antes alinhavadas, resta inarredável a conclusão de não haver óbices a incidência das Leis n. 8.429/1992 e 12.846/2013 num mesmo contexto fático. Isso porque, além da própria dicção legal, no sentido de que a aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429/1992, há também teorias jurídicas que subsidiam a aplicação coordenada, como a Teoria do Diálogo das Fontes.

Outrossim, conforme alinhado alhures, algumas das sanções cominadas são semelhantes, a exemplo da multa (embora em uma haja possibilidade de aplicação em sede administrativa e na outra apenas na responsabilização judicial). Nesse caso, observando o Princípio da Proporcionalidade, em especial no que pertine à proibição ao excesso, deve-se afastar situações que possam configurar sanções dúplices pelo mesmo fato, conjugando razoavelmente os diplomas a fim de propiciar a justiça e a equidade no caso concreto.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, sem caráter vinculativo.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 06 de novembro de 2017

JOSÉ CARLOS FERNANDES JÚNIOR
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

⁵¹ CAMBI, Eduardo. Pág. 40-41