

NOTA TÉCNICA CAOPAM/MPBA Nº 01/17

Fornece subsídios para que os promotores de justiça fomentem a implementação das sanções administrativas previstas na Lei Federal nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção Empresarial) pelos municípios.

O Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Proteção à Moralidade Administrativa (CAOPAM), no desempenho das funções previstas no art. 8º, II e VII, do Ato Normativo nº 027/2014, da Procuradoria-Geral de Justiça, e respeitada a independência funcional dos membros da instituição, emite a presente nota técnica relativa à implementação da Lei Federal nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção Empresarial).

1. A ATUAÇÃO PREVENTIVA NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

1.1. No desempenho de sua missão institucional de defesa do patrimônio público¹, cabe ao Ministério Público adotar providências de cunho preventivo e repressivo. Assim, além de buscar a punição dos eventuais infratores, compete aos agentes ministeriais interceder para que as infrações não sejam cometidas ou, caso venham a ser praticadas, possam ser detectadas com maior facilidade.

1.2. As ações preventivas no combate à corrupção são preconizadas por acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário, cabendo citar a Convenção

¹Constituição Federal:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Interamericana Contra a Corrupção² e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção³. Ainda no que diz respeito ao combate à corrupção, a ENCCLA 2017 contemplou ação voltada para o reforço de mecanismos preventivos⁴. Além disso, as ações de caráter preventivo inserem-se no âmbito do paradigma de atuação resolutiva do Ministério Público, expressamente previsto na Recomendação nº 54/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que “Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro”⁵.

Dentre as providências abrangidas pelo paradigma de ação preventiva, encontra-se o fomento à edição de regras que aperfeiçoem os mecanismos de controle da Administração Pública e causem desestímulo à prática de ilícitos contra o erário. Nessa conformidade, ao verificarem eventual lacuna normativa incompatível com a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, os promotores de justiça possuem atribuição para instaurar procedimentos de apuração com o propósito de demandarem aos órgãos competentes o suprimento da omissão.

2 Promulgada pelo Decreto Federal nº 4.410/02, que estabelece: “Artigo II – Os propósitos desta Convenção são: I. promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção;” (...) “Artigo III – Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer: (...) 10. Medidas que impeçam o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, tais como mecanismos para garantir que as sociedades mercantis e outros tipos de associações mantenham registros que, com razoável nível de detalhe, reflitam com exatidão a aquisição e alienação de ativos e mantenham controles contábeis internos que permitam aos funcionários da empresa detectarem a ocorrência de atos de corrupção.”

3 Promulgada pelo Decreto Federal nº 5.687/06, que estabelece: “Artigo 1 – A finalidade da presente Convenção é: a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção;” (...) Artigo 5 – 1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas. 2. Cada Estado Parte procurará estabelecer e fomentar práticas eficazes encaminhadas a prevenir a corrupção.” (...) Artigo 12 –1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas.”

4 “Ação 1 - Propor normatização para melhoria dos processos de governança e gestão a serem adotados em todos os Poderes e esferas da Federação, com foco no combate à fraude e à corrupção”

5 “Art. 1º (...) §1º Para os fins desta recomendação, entende-se por atuação resolutiva aquela por meio da qual o membro, no âmbito de suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, problema ou a controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses para cuja defesa e proteção é legitimado o Ministério Público, bem como para prevenir, inibir ou reparar adequadamente a lesão ou ameaça a esses direitos ou interesses e efetivar as sanções aplicadas judicialmente em face dos correspondentes ilícitos, assegurando-lhes a máxima efetividade possível por meio do uso regular dos instrumentos jurídicos que lhe são disponibilizados para a resolução extrajudicial ou judicial dessas situações.”



2. A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 12.846/13 NO ÂMBITO DOS MUNICÍPIOS

2.1. Com o advento da Lei Federal nº 12.846/13, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com marco normativo voltado para a coibição de atos lesivos à Administração Pública, praticados por pessoas jurídicas de direito privado. Essa lei conjuga-se com outras, como a Lei Federal nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Combate à Improbidade Administrativa), integrando o microsistema jurídico de defesa do patrimônio público⁶.

A responsabilidade estabelecida na Lei Anticorrupção Empresarial é de natureza objetiva⁷ e voltada diretamente contra a pessoa jurídica, independentemente da responsabilização individual de seus dirigentes ou membros⁸. Posto isso, a Lei Federal nº 12.846/13 constitui importante inovação no campo da responsabilização de terceiros por ilícitos contra o Poder Público, agregando a possibilidade de imposição de sanções sem necessidade de discutir aspectos de dolo ou culpa na conduta da pessoa jurídica infratora.

O propósito desse diploma legal é estabelecer punições às empresas que praticarem atos de:

- (a) corrupção de agentes públicos,
- (b) frustração de procedimento licitatório, ou
- (c) fraude contra a Administração Pública⁹.

6 GARCIA, Emerson & Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa*, 7ª ed., 2013, São Paulo:Saraiva, p. 843.

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

8 “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.”

9 “Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei,

Para isso, estabelece a aplicação de penalidades administrativas¹⁰ e cíveis¹¹.

2.2. A responsabilização judicial para a imposição de sanções cíveis pode ser buscada pelo Ministério Público, ao passo que as penalidades administrativas devem ser aplicadas pelo órgão público ou ente que foram lesados pela prática ilícita¹².

Embora a Lei Federal nº 12.846/13 estabeleça o rol de punições administrativas aplicáveis, o procedimento para imposição dessas penalidades

todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

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

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

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

IV - no tocante a licitações e contratos:

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

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

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

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

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

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

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

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

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

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

II - publicação extraordinária da decisão condenatória."

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

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

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

depende de regulamentação pelos órgãos públicos federais, estaduais e municipais respectivos, dentro de sua esfera de atribuições. No âmbito do Poder Executivo Federal, esse procedimento foi regulamentado através do Decreto nº 8.420/15.

Assim, com o propósito de se promover a aplicação integral da Lei Anticorrupção, é imperioso que o procedimento administrativo para imposição de penalidades seja regulamentado por todas as esferas de Poder, através de decreto¹³.

Note-se que a atividade de regulamentar as leis de eficácia limitada é dever-poder que incide sobre as autoridades administrativas¹⁴, dever esse que encontra assento na Constituição Federal¹⁵ e do qual os administradores públicos não podem se eximir. Aliado a isso, no que diz respeito especificamente ao dever de adoção de medidas de combate à corrupção, tem-se que a atividade regulamentar é atributo inerente à competência administrativa municipal, sendo certo que a Constituição Federal outorga aos Municípios competência administrativa para zelar pelo patrimônio público¹⁶. Nessa conformidade, a falta de regulamentação da Lei Anticorrupção Empresarial no âmbito local configura descumprimento do dever de zelar pelo patrimônio público, imposto aos entes municipais, no âmbito de suas competências administrativas, pelo texto

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.”

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

13 ALTOÉ, Marcelo Martins, “Desafios na Implementação da Lei de Proibição Empresarial pelos Estados e a Experiência da Secretaria de Estado de Controle e Transparência do Espírito Santo”, in MUNHÓS, Jorge & Ronaldo Pinheiro de Queiroz (orgs.), *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance*, 2ª ed., Salvador:Jus Podivm, 2017, p. 305.

14 STF – RE 673681, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 05/12/2014, publicado em Dje-246, DIVULG 15/12/2014, PUBLIC 16/12/2014).

15 “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”

Essa norma é extensível aos demais entes federativos, por força do princípio da simetria. Nesse sentido, além do julgado citado na nota de rodapé acima: CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo:Atlas, 2014, p. 58; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo:Atlas, 2014, p. 92.

16 “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;”

constitucional.

Posto isso, verifica-se lacuna normativa a ser preenchida naqueles casos em que o Poder Executivo municipal não regulamentou o procedimento para imposição das penalidades administrativas previstas na Lei Federal nº 12.846/13.

3. A ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ATUAR PREVENTIVAMENTE NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

3.1. A ausência de regulamentação concernente à imposição das penalidades administrativas elencadas na Lei Federal nº 12.846/13 no âmbito municipal configura mora¹⁷ lesiva à defesa do patrimônio público. Isso porque, ao não regulamentar a lei federal, o Poder Público local está abdicando de cumprir a Lei Anticorrupção Empresarial na esfera municipal, o que lhe é vedado, com esteio no princípio da proibição da proteção deficiente, albergado pelo Supremo Tribunal Federal em sedes diversas¹⁸.

Tendo em vista que essa omissão diz respeito a deficiência na implementação de medida concernente à defesa do patrimônio público, compete aos promotores de justiça com atribuição nessa matéria a adoção das providências objetivando a edição de decreto regulamentador no âmbito dos Municípios sob sua responsabilidade, cabendo-lhes, para tanto:

(a) Verificar se a aplicação das sanções administrativas da Lei Federal nº 12.846/13 encontra-se regulamentada no âmbito do Poder Público municipal, de forma a possibilitar a aplicação das penalidades cabíveis;

(b) Caso não exista decreto regulamentador no âmbito municipal, instaurar

17 TJMG - Apelação Cível nº 1.0120.11.001227-1/001, Relator: Des. Versiani Penna, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/03/2015, publicação da súmula em 07/04/2015.

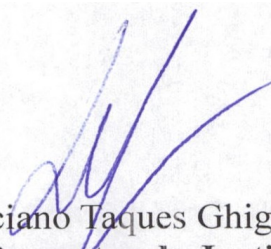
18 STF - RE nº 778889, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, Dje-159, DIVULG 29-07-2016, PUBLIC 01-08-2016; HC 123971, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Relator p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO, Dje-123, DIVULG 14-06-2016, PUBLIC 15-06-2016; MS 33340, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em



inquérito civil objetivando apurar eventual deficiência na proteção ao direito fundamental à probidade administrativa;

(c) Expedir recomendação, celebrar compromisso de ajustamento de conduta ou ajuizar ação civil pública, objetivando firmar a obrigação do Poder Público local em regulamentar a aplicação das sanções administrativas previstas na Lei Federal nº 12.846/13.

Salvador, 12 de julho de 2017.



Luciano Taques Ghignone
Promotor de Justiça
Coordenador de CAOPAM

26/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO, Dje-151, DIVULG 31-07-2015, PUBLIC 03-08-2015.