

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Mateus Eduardo S. N. Bertoncini; Sérgio Urquhart de Cademartori – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-586-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito promoveu em Salvador, nos dias 13 a 15 de junho de 2018, o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, congresso inspirado no tema “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural. Novamente, professores, pesquisadores e estudantes brasileiros e estrangeiros, reunidos em 63 grupos de trabalho na tradicional Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, protagonizaram mais um evento da pós-graduação em Direito de grande sucesso científico e humano, ambientado na histórica, culturalmente diversa, luminosa e acolhedora cidade de Salvador, capital do Estado da Bahia.

Os participantes do GT 51, de Direito Administrativo e Gestão Pública, coordenado pelos professores doutores Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini (UNICURITIBA) e Sérgio Urquhart de Cademartori (UNILASALLE), assistiram as apresentações de 12 trabalhos científicos, seguidas de amplo e democrático debate, com a participação de todos os presentes, numa ambiência demarcada pela dialeticidade e harmonia, que só fez crescer e aprofundar as reflexões sobre os artigos previamente aprovados ao menos por dois avaliadores doutores do CONPEDI, frutos de pesquisas desenvolvidas em diversos programas de mestrado e doutorado em Direito no Brasil.

A relação de textos apresentados e respectivos autores é a seguinte: (1) “Legalidade, discricionariedade e boa-fé: a revisão de insalubridade do executivo federal”, de Anália Tâmara Câmara Santos Lemos e Fabiano André de Souza Mendonça; (2) “Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para temporários e comissionados: dever da Administração Pública ou descumprimento da Constituição Federal?”, de Renata Pinto Coelho Vello; (3) “Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional: existe de fato uma liberdade decisória do gestor público insindicável pela tutela jurisdicional?”, de Kate de Oliveira Moura Surini e Leonardo Medeiros Junior; (4) “Espaço de atuação discricionária reduzido nos atos de nomeação para cargos oriundos de concurso público”, de Raiano Tavares de Oliveira; (5) “Responsabilização do Estado em razão dos atos praticados por multidões”, de Fernanda Resende Severino e Bruno Martins Teixeira; (6) “A Teoria Neoinstitucionalista do processo e o controle processual da discricionariedade administrativa: conjecturas e proposições”, de Marcos Paulo Andrade Bianchini; (7) “Administração Pública, jurisdição constitucional e vedação ao nepotismo: a construção normativa do STF na Súmula Vinculante n. 13 e a salvaguarda dos princípios da moralidade e impessoalidade

administrativa”, de Vinicius Filipin; (8) “O direito de regresso na responsabilidade civil extracontratual do estado”, de Ana Paula Marques de Souza e Ana Paula Pimentel Araújo; (9) “A responsabilização empresarial na Lei Anticorrupção à luz do princípio do non bis in idem”, de Eduardo Martins de Lima e Flávia Cristina Mendonça Faria Da Pieve; (10) “As relações entre Estado e empresas no Brasil na perspectiva do regime jurídico de licitações: burocracia e formalismo no interesse da atividade empresarial”, de Francisco Cardozo Oliveira e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini; (11) “Repercussões da reforma do Poder Judiciário sobre a Administração Pública federal”, de Diogo Lopes Cavalcante e Higor Oliveira Fagundes; e (12) “Mediação na Administração Pública municipal: aplicação da Lei 13.140/2015 às municipalidades”, de Giovani da Silva Corralo e Danubia Desordi.

Discricionariedade, agentes públicos, improbidade administrativa, concurso público, responsabilidade do Estado, controle, nepotismo, Lei Anticorrupção, princípios da Administração Pública, licitações, relações público-privadas firmadas pelo Estado e mediação na Administração Pública foram os temas sensíveis discutidos no Grupo de Trabalho, a indicar a permanente transformação do Direito Administrativo brasileiro desde o advento da Constituição de 1988, disciplina jurídica que não mais se satisfaz com verificações puramente normativas, mas que se revela em toda a sua complexidade também a partir de análises filosóficas, sociológicas, antropológicas, pragmáticas, dialéticas, sistêmicas e críticas, conforme o leitor denotará apreciando os trabalhos apresentados, em mais esta autorizada publicação do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

Boa leitura a todos!

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A RESPONSABILIZAÇÃO EMPRESARIAL NA LEI ANTICORRUPÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM

CORPORATE RESPONSIBILITY IN THE ANTICORRUPTION LAW IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF NON BIS IN IDEM

Eduardo Martins de Lima ¹

Flávia Cristina Mendonça Faria Da Pieve ²

Resumo

Os atos tipificados como de corrupção pelo art. 5º, bem como as respectivas sanções administrativas (art. 6º) e judiciais (art. 19) da Lei nº 12.846, de 2013 repetem, dentre outros, ilícitos e sanções previstos nas Leis de Licitações e Contratos e de Improbidade Administrativa, impondo-se como objetivo deste artigo a análise da aplicabilidade do princípio do non bis in idem previsto no art. 8º, Pacto de São José da Costa Rica, versando que ninguém será processado e condenado em mais de um processo pelos mesmos fatos. O método básico de pesquisa será o dedutivo e se valerá da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Lei anticorrupção brasileira, Responsabilização empresarial, Identidade de atos tipificados, Princípio do non bis in idem, Conformação legislativa

Abstract/Resumen/Résumé

Brazilian Anti-Corruption Law, which typifies corruption and its judicial sanctions, among others, are ruled repeatedly in multiple legislation texts. eg. Law n. 8.666/1993 and Law 8.429 /1992. The identical content of the typified offenses and respective penalties, found in more than one legal instrument, rises the discussion concerning the possibility of a given Legal Entity being sanctioned various times for a single given illicit act. Such conundrum surfaces the application of the non bis in idem principle: Pact of San José-Costa Rica art. 8, banning prosecution and conviction in more than one case for the same facts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian anti-corruption law, Business responsibility, Identity of the typified, Non bis in idem principle, Legal certainty

¹ Bacharel em Direito pela FUMEC; Mestre em Ciência Política pela UFMG; Doutor em Sociologia e Política pela UFMG.

² Mestre em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual Civil. Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Público do Centro de Atualização em Direito/Universidade FUMEC.

1. INTRODUÇÃO

Em 1º de agosto de 2013, foi sancionada a Lei nº 12.846, chamada de Lei Anticorrupção Empresarial, ou Lei da Empresa Limpa, ou Lei Anticorrupção brasileira, cuja eficácia, em face da *vacatio legis* a que foi submetida, teve início em 29 de janeiro de 2014.

A Lei Anticorrupção brasileira, a despeito de ter como objetivo suprir um vazio legislativo para responsabilizar as pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção, soma-se a vários outros diplomas legais brasileiros, que tem como escopo coibir atos lesivos ao interesse público, tais como a Lei de Licitações e Contratos, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei da Ficha Limpa e a Lei de Acesso à Informação.

Logo, o estudo da Lei nº 12.846, de 2013, de âmbito nacional, deve ser feito de forma sistêmica e harmônica no ordenamento jurídico brasileiro, sem se esquecer, é claro, de sua importância para enfrentar e combater, em uma nova fase, a corrupção no Brasil.

O sujeito ativo da Lei Anticorrupção brasileira é a pessoa jurídica, nos termos do art. 1º. O art. 2º da Lei nº 12.846, de 2013, prevê a responsabilização objetiva, nos âmbitos administrativo e civil, das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, sendo esse ponto objeto de questionamento de sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF) (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.261. Disponível em: < www.stf.jus.br >. Acesso em: 05 abr. 2018).

Já o art. 5º da Lei Anticorrupção brasileira tipifica, em rol taxativo, os atos considerados lesivos à Administração Pública e que poderão ensejar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas.

Contudo, os atos descritos taxativamente no art. 5º, não se configuram verdadeira inovação, repetindo, dentre outros exemplos, a tipificação de atos tidos como de improbidade administrativa pela Lei nº 8.429, de 1992, bem como de atos ilícitos descritos pela Lei nº 8.666, de 1993.

Por essa razão, o legislador optou por explicitar, nos arts. 29 e 30 da Lei Anticorrupção brasileira, que a prática dos atos tipificados pelo art. 5º, e que poderão ensejar a responsabilização administrativa e civil objetiva, não inibe outras reprimendas a recair sobre a pessoa jurídica ou sobre as pessoas físicas de seus sócios e dirigentes decorrentes da aplicação de outros diplomas legais em outras esferas.

O problema central deste artigo é investigar se o fato de as condutas descritas no art. 5º, da Lei Anticorrupção brasileira serem semelhantes às condutas ilícitas tipificadas em outros

diplomas legais, especialmente na Lei de Improbidade Administrativa (inciso I, do art. 30, da Lei nº 12.846, de 2013) e nas normas de licitações e contratos (inciso II, do art. 30, da Lei nº 12.846, de 2013), poderá acarretar a aplicação cumulada de responsabilização mediante a instauração de diversos processos a tramitarem em órgãos distintos (Administração Pública, Tribunais de Contas e Poder Judiciário).

Indaga-se sobre a aplicação, ou não, do princípio *non bis in idem* à Lei Anticorrupção brasileira, princípio esse que tem força de norma jurídica e é reconhecido no Brasil, por meio do art. 8º, do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, que dispõe que “[...] o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017).

Será utilizada como marco teórico a afirmação de Fábio Medina Osório de que “[...] o alcance desse princípio [*non bis in idem*], bem como seu conteúdo, indicam variações notáveis, ainda que também revelem traços históricos comuns no percurso do devido processo” (OSÓRIO, 2015, p. 292). Segundo o autor, “[...] tal princípio, em nosso sistema, está constitucionalmente conectado às garantias de legalidade, proporcionalidade e, fundamentalmente, devido processo legal, implicitamente presente, portanto, no texto da CF/88” (OSÓRIO, 2015, p. 293-294).

Cumpra analisar se a mesma conduta, tipificada como ilícita em mais de um diploma legal, que acarrete sanções de igual ou diferente natureza, é passível de ser apurada (a conduta) e aplicada (a sanção) em processos administrativos e/ou judiciais por órgãos de controle interno, de controle externo e pelo Poder Judiciário, sem ferir a legalidade, proporcionalidade, devido processo legal e segurança jurídica.

Em que pesem as diversas normas jurídicas existentes no Brasil com o objetivo de criar padrões de condutas estabelecidos pelo Direito, que sejam capazes de combater a corrupção, tais regras precisam ser estudadas e analisadas com a verticalidade e profundidade que o tema merece, sob pena de as regras vigentes serem consideradas meras repetições e, conseqüentemente, ineficazes.

Justifica-se, também, a escolha do tema proposto o fato de não ter ocorrido, antes da edição da Lei Anticorrupção brasileira, debate entre o Executivo, Congresso Nacional, órgãos de controle interno e externo e, até mesmo, com a sociedade, que fosse capaz de conferir subsídios técnicos para afastar, por exemplo, as dúvidas sobre a eventual intercessão de competências entre o Tribunal de Contas da União (TCU) e as novas competências da Controladoria Geral da União (CGU), razão pela qual o tema será aqui enfrentado (Processo

legislativo

disponível

em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5E877A2F42ECB80F860C52E1E00E2EA0.proposicoesWebExterno2?codteor=970659&filename=Tramitacao-PL+6826/2010>. Acesso em: 24 nov. 2017).

Se houve a intenção de aumentar a eficiência e a profundidade das investigações, bem como a intenção de colocar o Brasil, sob a alegação de lacuna legislativa, entre os grandes países que visam afastar a prática de atos de corrupção, a ausência de debate prévio entre as instituições, e até mesmo com a sociedade, demonstra a imperiosidade de as condutas tipificadas como ilícitas e as sanções empresariais previstas serem objetos de investigação científica, a fim de dirimir eventuais dúvidas na sua correta aplicação.

O estudo das sanções empresariais é imprescindível para conscientizar o Poder Público e as empresas sobre a necessidade de estabelecer mecanismos de governança corporativa a fim de evitar a prática de atos de corrupção.

A complexidade e a necessidade de alinhamento com o ordenamento jurídico obrigarão os servidores públicos, que terão que conduzir o processo administrativo de responsabilização, a adentrar nos difíceis temas sobre direito empresarial e administrativo. Vale registrar que servidores públicos deverão ser designados para a condução do processo de responsabilização, quando avaliarão e recomendarão às autoridades competentes a aplicação de graves sanções, que podem culminar com multas elevadas e declaração de inidoneidade.

Nesse contexto, é importante avaliar os pressupostos objetivos que irão lastrear a responsabilização objetiva, destacando-se que, no Brasil, a responsabilidade objetiva era utilizada tão somente para fins de impor, como responsabilidade civil objetiva, o dever de indenizar em decorrência do Código Civil, leis ambientais e do próprio art. 37, § 6º, da Constituição da República.

Justifica-se, ainda, o aprofundamento no presente tema, pois, além do tema/problema já exposto, a Lei Anticorrupção será aplicada pela primeira vez na “Operação Lava Jato”¹, ou seja, será inaugurada em um complexo *leading case*, já considerado o caso mais complexo e com tantas ramificações de corrupção envolvendo inúmeros agentes públicos e políticos, empresários e empresas no Brasil.

¹Operação deflagrada pela Polícia Federal do Brasil, em 17/03/2014, que investiga, dentre outros, os crimes de corrupção ativa e passiva, gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro e recebimento de vantagem indevida. A operação fora nomeada “Lava Jato” pela Polícia Federal já que, em sua origem, foi utilizado um posto de combustíveis para a movimentação de dinheiro de origem ilícita, comprovando-se a ligação entre o doleiro Alberto Youssef e o ex-diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa, presos durante a operação. A operação “Lava Jato” perdura até o momento com inúmeras prisões, conduções coercitivas e delações premiadas envolvendo nomes de políticos de variados partidos políticos, agentes públicos em sentido amplo, empresas e empresários.

Diante disso, cabe analisar se poderá ser aplicado ou não o princípio do *non bis in idem*, a partir da demonstração de integração do ordenamento jurídico vigente, sob a ótica da ponderação de interesses, conformação legislativa e independência das instâncias. Nessa oportunidade, será apresentado o princípio do *non bis in idem* na Espanha em razão de sua atual interpretação ser oposta ao entendimento adotado no Brasil.

O método básico de pesquisa será o dedutivo, acionando-se as técnicas de pesquisa bibliográfica com as discussões e reflexões sobre o material colhido junto a especialistas que se dedicam a pesquisar a matéria objeto deste artigo.

2. O PRINCÍPIO DO *NON BIS IN IDEM*: MECANISMO DE CONTENÇÃO DO PODER DE PUNIR DO ESTADO

2.1 O princípio do *non bis in idem* na Espanha

O entendimento atual do princípio do *non bis in idem* na Espanha é o oposto do que se aplica hoje no Brasil, que, por sua vez, é o entendimento que prevaleceu na Espanha até 1981, razão de seu apontamento no presente estudo.

O ordenamento jurídico espanhol veda a imposição de múltiplas sanções quando se estiver diante da prática de um mesmo ato tido como ilícito, praticado pelo mesmo sujeito e sob o mesmo fundamento, esse último analisado sob o aspecto material.

Dessa maneira, tem-se a unicidade do poder de punir do Estado espanhol a partir da limitação de imposição de sanção no plano interno de cada ramo, bem como da prevalência pela aplicação de sanções penais em detrimento ao poder administrativo sancionador.

Em regra, existe a primazia do Direito Penal na Espanha diante de uma evidente subordinação entre o Poder Judiciário, que decide pela aplicação da sanção penal, e a atuação do Direito Administrativo sancionador, o que é comemorado pela doutrina espanhola e apontado como retificação do entendimento que lá prevaleceu até 1981:

Durante toda a vida do nosso contencioso até o próprio momento da Constituição, a jurisprudência utilizou a doutrina de que, tratando-se de dois ordenamentos diferentes, as sanções administrativas eram perfeitamente compatíveis e inclusive independentes em relação às penais, diante dos mesmos fatos. De modo que era cabível que, em função dos mesmos fatos, se sofresse uma dupla punição (administrativa e penal) e o que resultava mais chocante ainda, os mesmos fatos poderiam ser julgados de uma forma pelo juiz penal e de outro completamente diferente ou até contraditório pela autoridade administrativa sancionatória.

Hoje esta tese foi retificada pelo Tribunal Constitucional a partir de uma de suas primeiras Sentenças, a de 30 de janeiro de 1981, que estabeleceu, ao contrário, o princípio radicalmente contrário, o do *non bis in idem*, princípio este que, de acordo com o Tribunal Constitucional, está intimamente vinculado aos princípios da

legalidade e tipicidade recepcionado no art. 25 da Constituição e, portanto, participa da natureza de direito fundamental. Doutrina reiterada: Sentenças constitucionais de 27 de novembro de 1985, 23 de maio de 1986, 18 de junho de 1990, etc. Assim, consolidou-se o critério da unidade repressiva entre sanções administrativas e penas judiciais, que, de fato, o art. 25 da Constituição impõe. O art. 133 LPC hoje proclama-o de forma expressa (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2014, p. 208)

Na Espanha, diversamente do que ocorre no Brasil, a aplicação de uma sanção pela prática de certa infração esgotará a reação punitiva, sob pena de ofender o princípio da proporcionalidade.

Tal entendimento, acaso adotado no Brasil, seria considerado um retrocesso, pois afrontaria a independência e autonomia das instâncias administrativa, civil e penal, como será demonstrado adiante.

2. 2 O princípio do *non bis in idem* no Brasil

O Brasil promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969), por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 23 ago. 2017).

O art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica, ao cuidar das garantias judiciais, dispõe em seu item 4 que “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2017).

O STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 466.343, consolidou entendimento no sentido de atribuir o caráter de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos, como é o caso do Pacto de São José de Costa Rica. Em outras palavras, apesar de o princípio do *non bis in idem* não constar expressamente da Constituição da República, diante de sua especialidade, sobrepõe-se às normas infraconstitucionais (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2017).

Por outro lado, é certo afirmar que o *non bis in idem* está implicitamente inserido nos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, devido processo legal, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica.

Assim, ganha relevo o princípio do *non bis in idem*, importante mecanismo de contenção do poder de punir do Estado, que visa proibir que o Estado sancione duas ou mais

vezes a mesma pessoa (*ne bis*), pela prática de um mesmo ato (*idem*), tal como dita a Súmula 19 do STF: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira” (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100>. Acesso em: 23 ago. 2017).

No Brasil, o princípio do *non bis in idem* precisa ser compatibilizado com as principais premissas decorrentes da consagrada independência e autonomia das instâncias administrativa, civil e penal, onde é preconizado que um mesmo ato pode ser tipificado como ilícito penal, ilícito civil, ilícito de improbidade administrativa e infração administrativa².

Decorre do princípio da separação dos poderes e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, a divisão do poder de punir do Estado, especialmente, entre as instâncias judicial (civil e criminal) e administrativa. Em outras palavras, o princípio da independência das instâncias afasta qualquer dúvida sobre a possibilidade de uma mesma pessoa ser processada, sancionada ou não, nas esferas cível, criminal e administrativa sobre um mesmo fato.

Excepcionalmente, se a pessoa for absolvida criminalmente, tendo como fundamento a inexistência do fato ou a negativa de autoria, não poderá ser condenada nas instâncias civil e administrativa, obviamente, pelos mesmos fatos, nos termos dos arts. 125 e 126 da Lei nº 8.112,

²Classificação de Daniel Ferreira constante de sua obra Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988 (FERREIRA, 2009, p. 231).

de 1990; art. 935, do Código Civil e arts. 65 a 67 do Código de Processo Penal³. A não ser no caso de aplicação da denominada falta residual, que está prevista na Súmula 18 do STF⁴.

Florivaldo Dutra de Araújo ressalta a importância da prevalência do juízo criminal nas hipóteses de inexistência do fato ou negativa de autoria com fundamento em duas premissas, quais sejam, segurança jurídica e imparcialidade do juiz:

[...] o poder público não pode simultaneamente afirmar e negar a existência de um mesmo fato ou de sua autoria, sob pena de cair no descrédito perante os cidadãos. Vigora, aí, um dever de coerência imposto aos pronunciamentos estatais, como corolários dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da segurança jurídica (Lei Federal nº 9.784/1999, art. 2º).

Em seguida, tratando-se de responsabilização punitiva, a prevalência da decisão judicial sobre a esfera administrativa explica-se pela pressuposta imparcialidade do juiz face aos envolvidos na lide: o acusador – quase sempre o Estado, representado pelo Ministério Público – e o réu. Diferentemente, na esfera administrativa, o mesmo órgão do poder público que instaura o processo é quem irá decidir a controvérsia, ou outro órgão dentro da mesma estrutura hierárquica.

Ademais, é próprio da função jurisdicional – atividade-fim do poder judiciário – decidir as lides de modo definitivo, ou seja, fazendo coisa julgada.

Da conjunção dessas duas premissas é que resulta imperativo dar prioridade à manifestação do juízo criminal perante a instância penal administrativa (ARAÚJO, 2012, p.62-63).

Os efeitos da condenação criminal repercutem também no Direito Administrativo sancionador, quando da aplicação do art. 92, do Código Penal:

Art. 92 - São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

3 Lei nº 8.112, de 1990:

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública. (Incluído pela Lei nº 12.527, de 2011)

Código Civil:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Código de Processo Penal:

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

⁴Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

É importante registrar que a independência e autonomia das instâncias pressupõem que as instâncias civil e administrativa não precisarão suspender a tramitação dos respectivos processos para aguardar o julgamento na esfera criminal.

Contudo, a autoridade responsável pelo julgamento, se entender oportuna e/ou conveniente⁵, pode determinar a suspensão do processo civil ou administrativo, a fim de evitar divergência diante de eventual absolvição penal pela negativa de autoria ou inexistência de fato. Destaca-se não ser obrigatória tal suspensão, vez que, na hipótese de absolvição em processo criminal por negativa de autoria ou inexistência de fato, após eventual condenação nas esferas cível e/ou administrativa, caberá ação rescisória⁶.

Seguindo o entendimento até aqui exposto é que o art. 18, da Lei nº 12.846, de 2013, dispõe que a responsabilização da pessoa jurídica na instância administrativa não afasta a possibilidade de sua responsabilização na instância judicial, seja ela civil ou penal. Assim, de maneira elucidativa, não há falar em ofensa ao princípio do *non bis in idem* ao se processar e julgar a mesma pessoa pelo ilícito previsto na alínea *a*, do inciso IV, do art. 5º, da Lei Anticorrupção brasileira (nas esferas cível e administrativa) e pelo ilícito penal do art. 90, da Lei de Licitações e Contratos.

2.3 (Im)possibilidade de acumular sanções administrativas aplicadas por órgãos diversos: (in)existência de *bis in idem*

Afastada a incidência do *non bis in idem* diante da consagrada autonomia e independência das instâncias administrativa, civil e penal, passa-se a analisar a possibilidade, ou não, de serem acumuladas sanções administrativas por órgãos diversos. Em outras palavras, é preciso verificar se órgãos distintos, do mesmo ente federativo, ou não, poderão aplicar sanções administrativas à mesma pessoa pela prática do mesmo ilícito administrativo.

⁵ Tal juízo de oportunidade e/ou conveniência geralmente é previsto em normas jurídicas que regulamentam processos administrativos disciplinares de servidores públicos ou de outros processos administrativos instaurados para aplicação de sanções.

⁶ A ação rescisória a ser proposta em face de decisão proferida em processo judicial cível está prevista nos arts. 966 a 975 do CPC. Já a ação rescisória a ser proposta em face de decisão proferida em processo administrativo é prevista em normas jurídicas que regulamentam processos administrativos instaurados para aplicação de sanções.

É importante registrar que o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que não se configura ofensa ao princípio do *non bis in idem* quando uma mesma pessoa sofre sanção de natureza administrativa, ainda que idêntica, pelo mesmo fato, por órgãos e fundamentos distintos:

O fato de não figurar, no precedente mencionado pela agravante, órgão estatal no exercício de atividade judicante não significa, por si só, a superação da jurisprudência citada na decisão agravada. Naquela ocasião, observou o Relator que a hipótese - sem previsão constitucional, sob a perspectiva da natureza eminentemente administrativa dos conflitantes - envolvia órgãos de membros diversos da federação (Ministério Público da União *versus* Ministério Público estadual), atraindo a competência originária do Supremo devido à alínea f do inciso I do artigo 102 da Constituição.

Ora, o precedente citado não afasta a orientação fixada nos julgamentos referidos na decisão agravada (CA 16 e CA 24), pois considerado fato suficiente para a instauração da competência deste Tribunal, inexistente neste e naqueles casos: o envolvimento de órgãos de membros diversos da federação. II De qualquer forma, o exame da questão dependeria da existência do próprio conflito, que penso não ocorrer na espécie. É que, conforme ressaltai na decisão agravada, são diversas e inconfundíveis as áreas de atuação dos requeridos. Vale recordar a lição do saudoso Victor Nunes Leal sobre o papel do Tribunal de Contas da União e a sua relação com a Administração Pública: ‘...Cumprir notar, porém, que a doutrina mais segura, baseando-se na natureza de sua principal atribuição, não o considera integrante do aparelhamento administrativo em sentido estrito: coloca-o acima da administração propriamente dita, pela ação fiscalizadora que sobre ela exerce. (...)

Nas palavras de Francisco Campos, ‘...as funções de controle exercidas pelo Tribunal de Contas, ele, as exerce em nome, por autoridade e com a sanção do Parlamento. São, conseqüentemente, pela sua natureza e seus efeitos, funções congressionais ou parlamentares. Não é o seu controle um controle administrativo, mas constitucional’. ‘O que torna ainda mais manifesta - escreve Guimarães Menegale - a natureza parlamentar ou congressional das funções do Tribunal de Contas é o fato de que a lei o coloca em relação direta com o Congresso, cominando-lhe a obrigação de a ele referir imediatamente os conflitos ocorridos entre o Tribunal e o Executivo’. O Tribunal de Contas - diz Castro Nunes - ‘não é uma jurisdição administrativa, senão em certo sentido, sem confusão possível, entretanto, com as instâncias administrativas que funcionam como órgãos subordinados do Poder Executivo (...)’.

Vê-se dos esclarecimentos do preclaro mestre - amparado em pronunciamentos de juristas de escol - que a atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre do controle interno ínsito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (art. 70 da Constituição Federal).

Daí porque o poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8443/92), não se confunde com o dispositivo presente na Lei das Licitações (art. 87), que - sendo dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) - é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente, conforme esclarece a doutrina: ‘...Mesmo na hipótese de se acreditar que o artigo 46 da Lei nº 8.443/92 não tenha sido derogado pela Lei nº 8.666/93, deve-se entendê-lo como de aplicação restrita ao TCU, em sua atuação fiscalizadora, e nunca como paradigma hermenêutico da declaração de inidoneidade nos moldes hoje postos no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93.

A uma, porque trata apenas de fraudes praticadas nos processos licitatórios, sem se preocupar com os ilícitos que possam ocorrer durante a execução do contrato, ou mesmo da contratação com dispensa e inexigibilidade.

A duas, porque estabelece o prazo da sanção, no caso por até 5 anos, enquanto a Lei nº 8.666/93 determina que a sanção durará até que seja promovida a reabilitação junto a Administração.

Como se percebe, a norma é outra e o espírito da lei é outro.' Não se exime, sob essa perspectiva, a autoridade administrativa sujeita ao controle externo de cumprir as determinações do Tribunal de Contas, sob pena de submeter-se às sanções cabíveis. Certo, ainda, que a discussão sobre a possibilidade de aplicação de sanção - genericamente considerada - pelo Tribunal de Contas, no exercício do seu poder de fiscalização, prescinde da existência de conflito de atribuição com outra autoridade administrativa, sendo, portanto, indiferente para a solução do caso e passível de questionamento por outros meios processuais.

III

De tudo, nego provimento ao agravo: é o meu voto.' PET 3528, Pleno, M. Aurélio, DJ 3.3.06 (PET 3528, Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ 03/03/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24%2ESCLA%2E+E+3528%2ENUME%2E%29+OU+%28Pet%2EACMS%2E+ADJ2+3528%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/axgaff9>>. Acesso em: 23 ago. 2017).

Seguindo o entendimento consolidado pelo STF no julgado acima, o Tribunal de Contas da União – TCU também pacificou a matéria ao admitir que o poder sancionatório do TCU, que lhe foi outorgado por sua Lei Orgânica não se confunde e não afasta o poder sancionatório da Administração Pública. É que a sanção aplicada pelo TCU decorre da competência legal de controle externo atribuída ao TCU, enquanto a sanção imposta pela Administração Pública, seja ela federal, estadual ou municipal, ainda que pelo mesmo fato e à mesma pessoa, decorre do poder administrativo sancionador, do poder-dever de autotutela da Administração Pública e das atribuições constitucionais e infraconstitucionais atribuídas ao sistema de controle interno. Por oportuno, destaca-se a seguinte decisão do TCU:

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 027.014/2012-6

Natureza: Administrativo

Interessado: Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO: ADMINISTRATIVO. ART. 46 DA LEI 8.443/1992. ESTUDOS SOBRE O ALCANCE E O LIMITE TEMPORAL DA CUMULAÇÃO DE DECLARAÇÕES DE INIDONEIDADE, IMPOSTAS PELO TCU, A UM MESMO AGENTE. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SANÇÃO ÀS LICITAÇÕES PROMOVIDAS POR ESTADOS E MUNICÍPIOS, CUSTEADAS COM RECURSOS PROVENIENTES DE TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS DA UNIÃO. CUMPRIMENTO SUCESSIVO DAS PENALIDADES. LIMITAÇÃO DO CONJUNTO DE CONDENAÇÕES A CINCO ANOS, COM BASE NA APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS PARÁGRAFOS 1º E 2º DO ART. 75 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. FIXAÇÃO DE ENTENDIMENTO. DETERMINAÇÃO DE CARÁTER NORMATIVO.

1. A declaração de inidoneidade, emanada de decisão do TCU, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, abrange as licitações e contratações diretas promovidas por estados e municípios, cujos objetos sejam custeados por recursos oriundos de transferências voluntárias da União.

2. As sanções de declaração de inidoneidade impostas pelo TCU a um mesmo agente deverão ser cumpridas sucessivamente.
3. Aplica-se analogicamente os procedimentos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 75 do Código Penal Brasileiro, para limitar o cumprimento do conjunto das sanções ao limite de cinco anos.
4. Sobrevindo condenação, após o encerramento da execução, a nova sanção deve ser cumprida integralmente.
5. Cabe à Controladoria Geral da União – CGU aplicar os critérios estabelecidos nos §§ do art. 75 do CPB para estabelecer o tempo de cumprimento do conjunto de sanções.

40. Entendimentos já proferidos por este Tribunal (Acórdão 1.287/2007-TCU-Plenário) e pelo Supremo Tribunal Federal (Petição 3.606/DF) esposam não haver conflito de competência entre os referidos institutos legais quanto à declaração de inidoneidade de empresas licitantes.

41. Isso porque a competência conferida ao TCU emana de sua função como órgão auxiliar do Congresso Nacional no controle externo, enquanto a sanção prevista na Lei 8.666/1993 é aplicada pela própria Administração Pública, como resultado da atividade fiscalizatória decorrente do exercício do controle interno insito a cada Poder.

42. Desse modo, assente o argumento de que há independência entre o TCU e a esfera administrativa *stricto sensu*, não existindo óbice à atuação da Corte de Contas mesmo em situações em que outras instâncias administrativas já tenham atuado. [...]

44. Em que pese tal fato não constituir, em si, impeditivo para a atuação do Tribunal, por se tratar de apenações decorrentes de dispositivos legais distintos e em razão de competências também distintas, há que se ponderar, como já feito nestes autos, que ambas as hipóteses produzem os mesmos efeitos práticos, qual seja, o impedimento da empresa de licitar e contratar com a Administração Pública. [...]

46. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade impõem ao poder público o dever de ponderar, no caso concreto, a dosimetria adequada aos fatos que resultam em medidas sancionadoras. No que concerne aos presentes autos, considera-se que seria razoável, como apontado pelo *Parquet*, que a atuação do TCU considerasse, em eventual declaração de inidoneidade, a sanção prévia imputada pela CGU.

Ressalta-se que o julgado do TCU sinaliza a obrigatoriedade de se observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na dosimetria da sanção, indicando que o órgão que for aplicar a sanção, no caso em tela, o TCU, leve em consideração a sanção já aplicada pela CGU, até mesmo para se evitar a aplicação das denominadas penas cruéis (art. 5º, XLVI, ‘e’, Constituição da República).

Fábio Medina Osório adverte que é preciso tomar cuidado para que a independência não conduza ao isolacionismo entre as instâncias:

O sistema vigente valoriza, como vem fazendo, o princípio da independência das instâncias, numa perspectiva de separação de Poderes, em busca de um incremento das atuações estatais na proteção dos bens jurídicos ligados não apenas à probidade, mas a outros valores, dentro ou fora das relações de especial sujeição. A visão consolidada majoritariamente é restritiva, estimulando que um sujeito, por um mesmo fato, responda algumas possíveis intervenções punitivas, provenientes de instâncias diversas, a saber, exemplificativamente: sanção do Tribunal de Contas; sanção administrativa inerente ao Poder Executivo; sanção judicial por ato de improbidade; sanção judicial por crime ou contravenção. Estas sanções podem ser repetidas, dando lugar a que se discuta sobre os limites dessa repetição e da quantificação final das penas. Podem, no entanto, tais sanções, apresentarem-se de modo original, complementando-se. Assim como os processos punitivos são autônomos, também as

sanções acabam assumindo essa identidade. O máximo a que se tem chegado, dentro desse entendimento, é a redução de patamares de apenamento, seja pecuniário, seja em termos de prazos para suspensão ou restrição de direitos. Não deixa de ser um progresso, mas ainda reputado insatisfatório por discursos idôneos. Nessa linha de compreensão, ao fim e ao cabo, as sanções acabam compatibilizando-se, diante da unificação sancionatória em alguns pontos, v.g., suspensão dos direitos políticos, multas, restrições de direitos. Por aí tem transitado tanto a ideia de proporcionalidade quanto, em maior medida, uma hermenêutica restrita e limitada em torno ao princípio do *non bis in idem* na jurisprudência e na doutrina brasileiras, ainda predominando o ideário ínsito à independência das instâncias, como corolário da separação de Poderes, em detrimento de outras alternativas igualmente legítimas. E vale destacar que a radicalização dessa independência das instâncias tem conduzido, não raro, ao isolacionismo das instâncias, à falta de harmonia entre os Poderes e à insegurança jurídica, em muitos níveis relevantes (OSÓRIO, 2015, p. 301-302).

Na Lei nº 12.846, de 2013, está legitimada a aplicar as sanções administrativas a autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, nos termos do art. 8º⁷.

O § 2º, do mesmo art. 8º, admite, no âmbito do Poder Executivo Federal, que a CGU tenha a competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para lhes corrigir o andamento.

Quando o sujeito passivo for a Administração Pública estrangeira, a CGU será competente para apurar, processar e julgar as pessoas jurídicas pela prática dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção, como determina o art. 9º da Lei nº 12.846, de 2013⁸.

No tópico 4.3.1 do presente trabalho, demonstrou-se a identidade entre as tipificações dos atos considerados ilícitos administrativos e de suas respectivas sanções. O ato tendente a fraudar licitações públicas, por exemplo, é tipificado como ilícito pelas Leis nº 12.846, de 2013, (alíneas *c*, *d*, *e*, do inciso IV, do art. 5º), nº 12.529, de 2011 (alínea *d*, do inciso I, do § 3º, do art. 36) e nº 8.666, de 1993 (art. 82).

Seguindo o entendimento pacificado pelo STF e TCU, não haverá *bis in idem*, pois a sanção administrativa prevista na Lei nº 12.529, de 2011, será aplicada pelo Conselho

⁷ 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.

§ 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.

§ 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

⁸ Art. 9º Competem à Controladoria-Geral da União - CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no Artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) no exercício de sua competência institucional, não excluindo a competência e área de atuação da própria Administração Pública.

Já as sanções a serem aplicadas pela Administração Pública em decorrência de atos tipificados como ilícitos em mais de uma norma jurídica, o Decreto Federal nº 8.240, de 2015, que regulamentou a Lei nº 12.846, de 2013, dispõe, em seu art. 12⁹, que a apuração seja feita de forma conjunta, a fim de evitar decisões divergentes, o *bis in idem* e até mesmo o excesso de punição.

2.4 (In)ocorrência de *bis in idem* quando da aplicação das sanções judiciais previstas nas Leis Anticorrupção e de Improbidade Administrativa

Frise-se que não há se falar em *bis in idem* entre as sanções aplicadas separadamente nas esferas administrativa e judicial, como demonstrado nos tópicos 5.2 e 5.3. Já foi visto que é possível, também, afastar o *bis in idem* quando as sanções administrativas são aplicadas por órgãos distintos, cujas competências institucionais autorizam áreas distintas de atuações, o que foi analisado especificamente no tópico 5.3, restando agora a análise de sua ocorrência quando da aplicação das sanções da Lei Anticorrupção brasileira e da Lei de Improbidade Administrativa.

Alguns autores sustentam a inexistência de *bis in idem* de forma genérica na Lei Anticorrupção brasileira, como é o caso de Rogério Gesta Leal e Caroline Fockink Ritt:

No que é principal, em nosso estudo, a Lei Anticorrupção, que prevê as referidas responsabilidades, aprovada também como decorrência dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para enfrentamento e combate à corrupção. Procuramos responder a indagação de que se a previsão e a punição do agente, em várias esferas de responsabilização, previstas na Lei Anticorrupção, estaria, ou não, configurando uma situação de *bis in idem*, compreendido como sendo a dupla penalização do agente pelo mesmo fato corruptivo cometido. Concluímos pela não ocorrência do *bis in idem*, e tal conclusão deve-se ao fato de termos a previsão constitucional de independência de instâncias. Cada esfera tem a autonomia e previsão específica para suas responsabilizações, julgamentos e consequentes penalizações. Somente em situações excepcionais, previstas em lei, que

⁹ Art. 12. Os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.

§ 1º Concluída a apuração de que trata o *caput* e havendo autoridades distintas competentes para julgamento, o processo será encaminhado primeiramente àquela de nível mais elevado, para que julgue no âmbito de sua competência, tendo precedência o julgamento pelo Ministro de Estado competente.

§ 2º Para fins do disposto no *caput*, o chefe da unidade responsável no órgão ou entidade pela gestão de licitações e contratos deve comunicar à autoridade prevista no art. 3º sobre eventuais fatos que configurem atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013.

o julgamento em uma instância poderá trazer reflexos em outra, impedindo discussão sobre o assunto, com base em coisa julgada, conforme explicado no presente texto (LEAL, Rogério Gesta; RITT, Caroline Fockink. A aplicação das responsabilizações previstas na Lei Anticorrupção e a não ocorrência de *bis in idem*. XI Seminário Nacional: Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. I Mostra Nacional de Trabalhos Científicos. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. ISSN 2447-8229. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14298/2748>>. Acesso em: 28. ago. 2017).

Analisando-se sistematicamente o ordenamento jurídico brasileiro, com respeito aos autores que sustentam a inexistência de *bis in idem* de forma genérica na Lei Anticorrupção brasileira¹⁰, é precipitado concluir que não ocorrerá *bis in idem* quando da aplicação das responsabilizações judiciais previstas na Lei nº 12.846, de 2013, sem levar em consideração sua interface com a Lei nº 8.429, de 1992.

Como já demonstrado no Capítulo 4, várias condutas tipificadas como ilícitos e passíveis de serem sancionadas judicialmente, com fundamento na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 2013), repetem atos tipificados como de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429, de 1992.

Enquanto a Lei Anticorrupção tem como sujeito ativo, única e exclusivamente, a pessoa jurídica, o sujeito ativo da Lei de Improbidade é o agente público, conforme previsto na ementa da Lei nº 8.429, de 1992, e em seu art. 1º¹¹.

Ao definir agente público, o art. 2º, da Lei nº 8.429, de 1992, dispõe que é “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”.

O art. 3º, da Lei nº 8.429, de 1992, amplia expressamente a abrangência da lei “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”, abarcando aqui as pessoas jurídicas.

Apesar de não seguir a melhor técnica legislativa, já que a Lei Complementar nº 95, de 1998, determina que o primeiro artigo de cada lei delimite seu objeto e abrangência, fato é que o art. 3º da Lei nº 8.429, de 1992, amplia a aplicabilidade da própria lei àqueles que praticam ou se beneficiam do ato tido como de improbidade.

Diferente do art. 3º, da Lei nº 12.846, de 2013, que, ao determinar que “a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes

¹¹ Frisa-se que a ementa resume o objeto da lei, enquanto o primeiro artigo delimita o objeto e abrangência, nos termos da Lei Complementar nº 95/1998.

ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”, exclui as pessoas físicas da abrangência da Lei Anticorrupção brasileira.

Luciano Ferraz defende, com propriedade, que a Lei nº 12.846, de 2013 e a Lei nº 8.429, de 1992, possuem o mesmo fundamento constitucional de validade, que é o § 4º, do art. 37, e que ambas se excluem, sob pena de acarretar o *bis in idem*:

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

O que se diz, em outros termos, é que a Lei nº 12.846, de 2013, vem complementar as disposições da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), para penalizar administrativa e judicialmente condutas exclusivamente empresariais (não condutas imputáveis a agentes públicos e forjadas em conluio com particulares), que, direta ou indiretamente, causem prejuízos financeiros ou éticos à Administração Pública nacional, estrangeira ou multilateral, terminando por colmatar lacuna até então existente no direito brasileiro (FERRAZ, 2014, p.35).

Assim, havendo identidade entre os atos tipificados como ilícitos e passíveis de serem sancionados judicialmente, tanto com base na Lei Anticorrupção brasileira, quanto na Lei de Improbidade Administrativa, caberá ao intérprete invocar a ponderação de interesses. É que, em tal hipótese, será caracterizada a antinomia, que é, segundo Maria Helena Diniz, o conflito entre duas normas, entre dois princípios ou entre uma norma e um princípio (DINIZ, 1998, p. 7).

É importante registrar que a ponderação de interesses não será aplicada privativamente quando houver conflito entre dois princípios, o que é mais comum, mas também quando houver conflito entre duas normas ou entre um princípio e uma norma, segundo os ensinamentos de Humberto Ávila (ÁVILA, 2004, p. 42).

Cumprido esclarecer que não se poderá admitir que a Lei nº 12.846, de 2013, por ser posterior, tenha revogado os dispositivos coincidentes da Lei nº 8.429, de 1992, justamente pela não coincidência total de seus sujeitos ativos, já que a Lei nº 12.846, de 2013 aplica-se exclusivamente às pessoas jurídicas, enquanto a Lei nº 8.429, de 1992 aplica-se preferencialmente aos agentes públicos, mas alcança pessoas jurídicas quando praticarem atos de improbidade ou forem beneficiadas pelos mesmos.

Por outro lado, é possível ponderar os interesses do legislador a partir da análise das estruturas lógica, intencional e teleológica das Leis Anticorrupção brasileira e de Improbidade Administrativa, como foi feito na presente pesquisa e que pode ser sintetizado da seguinte

maneira: a Lei Anticorrupção brasileira pretende aplicar, objetivamente, sanções administrativas e judiciais à pessoas jurídicas que praticarem atos tipificados como de corrupção no art. 5º.

Diante da identidade de atos tipificados (e suas respectivas sanções) pelas Leis Anticorrupção e de Improbidade Administrativa, a interpretação possível e capaz de afastar o *bis in idem* é apresentada da seguinte maneira por Cristiana Fortini:

Analisando especificamente a situação que configura ao mesmo tempo ato de improbidade e ato tipificado na lei anticorrupção, quer nos parecer, ao menos por enquanto, que há de se afastar a possibilidade da ação (e das sanções a ela correlatas) de que cuida a Lei nº 8.429/1992 quando inexistir ato ímprobo a envolver agente público. Se o ato ilícito for de autoria da pessoa jurídica, sem envolvimento de agente público, afasta-se a Lei nº 8.429/1992 e aplica-se a Lei nº 12.846, de 2013. Lado outro, se o ato envolver agente público, atrai-se a incidência da Lei nº 8.429/1992, afastando-se a Lei nº 12.846, de 2013. Aos que poderiam alegar que essa interpretação esvaziaria a lei anticorrupção, lembro que a Lei nº 12.846, de 2013, veio para suprir lacuna, onde o vazio existisse e que a interpretação aqui desenvolvida ainda reserva largo espaço para a punição nela fundada, na esfera administrativa (FORTINI, Cristiana. *Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>>. Acesso em 28 ago. 2017).

Em que pese a referida autora dizer que “[...] soluções outras podem ser consideradas”, não foi possível identificar melhor interpretação a fim de garantir a unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico na matéria em análise.

Em complemento à solução acima, inclui-se a possibilidade de o autor da ação a ser ajuizada optar pela propositura de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face do agente público e com fundamento na Lei nº 8.429, de 1992, e/ou outra ação civil pública baseada na Lei Anticorrupção brasileira contra a pessoa jurídica que praticou ato ilícito ou se beneficiou dele. Obviamente, tais ações serão conexas¹² a fim de se evitar decisões divergentes, bem como a responsabilidade será objetiva da pessoa jurídica e subjetiva do agente público.

3. CONCLUSÕES

No Brasil, a Lei Anticorrupção brasileira foi editada em uma época de intensas manifestações populares e alto índice de percepção da corrupção pela sociedade. Contudo, a

¹² O art. 55 do CPC dispõe que são conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. A identidade de partes não é imprescindível para a verificação da conexão.

análise de seu processo legislativo atrai a conclusão de que a sua origem está nos diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Tanto é que o primeiro compromisso foi a “Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais – Convenção da OCDE”, assinado em 1997, 16 (dezesesseis) anos antes da sua publicação e a tramitação do respectivo projeto de lei durou mais de 3 (anos).

A análise do *rol* taxativo dos atos tipificados como de corrupção (art. 5º, da Lei nº 12.846, de 2013) demonstra que os bens e interesses jurídicos a serem tutelados são a moralidade administrativa, o patrimônio público nacional ou estrangeiro, os princípios da administração pública e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

É possível apontar como sujeitos passivos da Lei Anticorrupção brasileira a Administração Pública brasileira e estrangeira. Já os sujeitos ativos são as pessoas jurídicas que praticarem os atos tipificados pelo art. 5º, da Lei nº 12.846, de 2013. As pessoas físicas não serão, em regra, alcançadas pela Lei Anticorrupção brasileira. A única exceção para que as pessoas físicas sejam alcançadas é na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 14, da Lei nº 12.846, de 2013. Quando o art. 3º, da Lei nº 12.846, de 2013, prevê a possibilidade de pessoas físicas serem responsabilizadas está a se referir sobre o processamento em outra esfera.

A opção do legislador foi pela responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, sendo afastada a comprovação de que o ato a ser sancionado tenha sido praticado com culpa (*stricto sensu*) ou dolo, buscando-se, assim, preservar o patrimônio público (efeito imediato da responsabilidade objetiva).

A natureza jurídica dos atos tipificados como de corrupção e suas respectivas sanções são estipuladas pelo legislador. Assim, a Lei nº 12.846, de 2013, em seu art. 5º, tipifica ilícitos extrapenais, prevendo sanções administrativas (art. 6º) e judiciais (art. 19).

Os atos tipificados como de corrupção pelo art. 5º, da Lei nº 12.846, de 2013, podem ser classificados como ilícitos (gênero), ganhando a identidade de infrações administrativas (espécie), quando apurados em processo administrativo que possa culminar com aplicação de sanções administrativas, ou de ilícitos de improbidade, quando apurados em processo judicial que possa culminar com aplicação de sanções judiciais.

Vários atos tipificados como infrações administrativas na Lei Anticorrupção brasileira coincidem com infrações administrativas previstas nas Leis nº 12.846, de 2013; nº 8.666, de 1993; nº 10.520, de 2002; nº 13.303, de 2016 e nº 12.529, de 2011.

Da mesma maneira, é possível perceber a coincidência entre diversos atos tipificados como ilícitos na Lei Anticorrupção brasileira e na Lei de Improbidade Administrativa, identificando-se, ainda, sanções similares.

A partir do princípio do *non bis in idem*, cuja ideia básica é no sentido de que ninguém pode ser condenado ou processado duas ou mais vezes pelo mesmo fato, foi possível comprovar que o alcance e o conteúdo do referido princípio variam (referencial teórico apresentado na introdução). Logo, o princípio do *non bis in idem* precisa ser analisado não só como forma de contenção do poder de punir do Estado, mas também como ferramenta para compatibilizar o ordenamento jurídico.

O princípio da independência das instâncias afasta qualquer dúvida sobre a possibilidade de uma mesma pessoa ser processada e sancionada nas esferas cível, criminal e administrativa. Dessa maneira, não há óbice para que uma pessoa jurídica seja processada e sancionada pela prática do mesmo ato tipificado como ilícito, pela Lei Anticorrupção brasileira e/ou outras normas jurídicas, em mais de uma esfera.

Destacam-se como exceções a essa regra a absolvição criminal pela inexistência do fato ou a negativa de autoria, quando não poderá haver condenação nas instâncias civil e administrativa pelos mesmos fatos.

Não se configura, também, ofensa ao princípio do *non bis in idem* quando uma mesma pessoa sofre sanção de natureza administrativa, ainda que idêntica e pela prática do mesmo ato, quando o julgamento ocorre por órgãos e fundamentos distintos. Por exemplo, a Administração Pública pode processar e julgar uma pessoa jurídica por atos tipificados como ilícitos e passíveis de aplicação das sanções administrativas e essa mesma pessoa ser processada e julgada pela prática dos mesmos atos pelo Tribunal de Contas com fundamento em outra norma jurídica cujo ato tipificado como ilícito e/ou sua respectiva sanção coincida com aquele da Lei Anticorrupção brasileira. Em outras palavras, afasta-se o *bis in idem* quando as sanções administrativas são aplicadas por órgãos e competências distintos. Nesses casos, deverão ser observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A Lei Anticorrupção brasileira repete atos tipificados como de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429, de 1992.

Antes de concluir pela ocorrência ou não de *bis in idem* quando da aplicação das sanções previstas nas Leis Anticorrupção brasileira e de Improbidade Administrativa, impõem-se fixar as seguintes premissas:

- a Lei Anticorrupção brasileira tem como sujeito ativo, única e exclusivamente, a pessoa jurídica, enquanto na Lei de Improbidade Administrativa o sujeito ativo é

preferencialmente o agente público, mas poderá ser a pessoa jurídica que participou ou beneficiou-se do ato praticado;

- os bens e interesses jurídicos tutelados são os mesmos nas Leis Anticorrupção e de Improbidade;

- as Leis Anticorrupção e de Improbidade possuem o mesmo fundamento constitucional (art. 37, § 4º);

- os atos tipificados pelas Leis Anticorrupção e de Improbidade Administrativa são ilícitos de improbidade administrativa (espécie do gênero ilícito); e

- não se poderá admitir que a Lei Anticorrupção brasileira, por ser posterior, tenha revogado os dispositivos coincidentes da Lei de Improbidade Administrativa.

Fixadas tais premissas, diante da identidade de atos tipificados (e suas respectivas sanções) pelas Leis Anticorrupção e de Improbidade Administrativa, será possível ponderar os interesses do legislador a partir da análise das estruturas lógica e teleológica das duas leis para se concluir que existem 3 (três) caminhos capazes de afastar o *bis in idem*.

1º) quando a conduta for praticada exclusivamente por pessoa jurídica, será aplicada a Lei Anticorrupção brasileira;

2º) quando a conduta for praticada por agente público e pessoa jurídica, a presença do agente público atrairá a aplicação da Lei nº 8.429, de 1992; ou

3º) o legitimado a propor a ação judicial poderá ingressar com 2 (dois) processos distintos: contra o agente público com fundamento na Lei nº 8.429, de 1992, e/ou contra a pessoa jurídica com fundamento na Lei nº 12.846, de 2013.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Reflexos da decisão judicial penal na esfera administrativo-disciplinar por uma questão ampliada da questão. *In*: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula (Coord.). *Tendências e perspectivas do direito administrativo: uma visão da escola mineira*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 59-71.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editora, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Direito Administrativo II*. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld. Tradutor: José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Título original: Curso de Derecho Administrativo.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846, de 2013, e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, nº 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FORTINI, Cristiana. *Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>>. Acesso em 28 ago. 2017

LEAL, Rogério Gesta; RITT, Caroline Fockink. A aplicação das responsabilizações previstas na Lei Anticorrupção e a não ocorrência de *bis in idem*. *XI Seminário Nacional: Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. I Mostra Nacional de Trabalhos Científicos. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. ISSN 2447-8229. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14298/2748>>. Acesso em: 28/08/2017

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.