



POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE APLICAÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO PARA AS ENTIDADES DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA QUANDO ESTAS FOREM SOCIEDADES EMPRESÁRIAS ESTATAIS

Rogério Gesta Leal¹

Caroline Fockink Ritt²

Resumo

O presente artigo científico procurou responder sobre a possibilidade, ou não, da aplicação da Lei Anticorrupção às entidades da administração pública indireta, quando estas assumem a forma de sociedades empresárias estatais. Com relação à possibilidade de punição das pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública Indireta por atos que são tipificados na Lei Anticorrupção, analisamos as duas correntes jurídicas de entendimento: uma defende a não possibilidade, pois seria incompatível a punição destas pessoas jurídicas e a aplicação das responsabilizações previstas na Lei perante as sociedades estatais que atuem no domínio econômico. E na outra corrente, alguns dispositivos constitucionais não deixariam dúvidas acerca da possibilidade de aplicação das responsabilizações da Lei às pessoas jurídicas de direito privado, pois as sociedades empresárias estatais estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Analisando os argumentos jurídicos e após estudo das referidas responsabilizações, concluímos

¹ Rogério Gesta Leal é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito. Prof. Titular da UNISC. Professor da UNOESC. Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. E-mail: rleal@unisc.br

² Caroline Fockink Ritt é doutoranda em Direito na UNISC, Mestre em Direito e Professora de direito penal da UNISC. Coordena o Grupo de Pesquisa: Fundamentação e formatação de políticas de combate à corrupção no Brasil: responsabilidades compartilhadas entre espaço público e privado. Autora de vários artigos em revistas jurídicas especializadas e coautora do livro o Estatuto do Idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais, em coautoria com Eduardo Ritt, pela Editora Livraria do Advogado, em 2008. Organizadora do livro eletrônico: Temas atuais no direito penal e processual penal; juntamente com os colegas Eduardo Ritt e Edison Botelho, pela EDUNISC. E-mail: rittcaroline@unisc.br

que as penalizações previstas na Lei Anticorrupção deverão ser aplicadas com cautela. A jurisprudência é que irá trazer muitas respostas e defende-se que se baseará, e muito, na razoabilidade.

Palavras-chaves: administração pública indireta, corrupção, Lei Anticorrupção, sociedades empresárias estatais

Abstract

This scientific article sought to answer on whether or not the application of the Anti-Corruption Law to entities of indirect administration, when these take the form of state-owned commercial companies. Regarding the possibility of punishment of legal entities of private law Public Administration Indirectly acts that are typified in the Anticorruption Law, we analyzed the two legal currents of understanding: one advocates no possibility, for the punishment of those legal entities and the application would be incompatible the accountabilities under Law before the state companies operating in the economic domain. And in another chain, some constitutional provisions would not let doubts about the possibility of applying the accountabilities of Law to legal entities of private law because the state commercial companies are subject to the legal regime of private companies, including with respect to civil rights and obligations, commercial, labor and tax. Analyzing the legal and after study of these accountabilities arguments, we conclude that the penalties provided for in the Anti-Corruption Law should be applied with caution. The case law is that it will bring many answers and argues that to base, and in reasonableness.

Keywords: indirect public administration, corruption, anti-corruption law, companies state entrepreneurs

1 Notas Introdutórias

O presente trabalho de pesquisa tentará responder ao seguinte questionamento: é possível a aplicação da Lei Anticorrupção às pessoas jurídicas da

administração pública indireta, quando estas assumem a forma de sociedades empresárias estatais?

Abordaremos alguns pontos da Lei Anticorrupção, as razões e tratados internacionais que justificaram a sua aprovação para vigor em nossa legislação, trazendo algumas definições e um estudo do que é a administração pública indireta e a diferença entre as entidades de tal administração, de direito público e privado, principalmente quando estas assumem a forma de sociedades empresárias.

Analisando as posições de vários juristas, e após estudo das consequências da aplicação das responsabilizações previstas na Lei Anticorrupção, entende-se que as penalizações previstas na referida Lei devem ser analisadas e aplicadas com cautela. A jurisprudência é que irá trazer muitas respostas e defende-se que se baseará, e muito, na razoabilidade. Vale dizer: em relação a elas, o juízo de razoabilidade e proporcionalidade das sanções deve considerar as suas finalidades públicas e o interesse público que buscam realizar. Em contrapartida, pela mesma razão, a responsabilização individual, deve ser mais rigorosa.

2 Lei Anticorrupção como instrumento jurídico para prevenção e combate da corrupção

O Brasil assumiu um compromisso de combate à corrupção, tanto diante a comunidade internacional, com também diante a seus cidadãos, os quais têm o direito natural a um governo honesto. Analisando-se o plano constitucional, conclui-se que todas as Constituições anteriores (1824, 1891, 1934 e 1937, 1946, 1967, 1969) exigiram probidade na administração pública. Em especial, a nossa Constituição de 1988 ampliou a escala axiológica de respeito à legalidade e à moralidade administrativa, bem como apresentou instrumentos de controle e repressão à corrupção. (QUEIROZ, 2015, p. 283-284)³

³ E, na esfera infraconstitucional, inúmeras são as leis que abordam o tema da corrupção no Brasil, em diferentes perspectivas e finalidades, podendo-se citar as principais normas em vigor, na seguinte ordem cronológica: Código Penal Brasileiro, Lei do *Impeachment* (Lei 1.079/1950); Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65); Código Eleitoral (Lei 4.737/1965); Crimes de Prefeitos (Decreto-Lei 201/67); Regime Jurídico dos servidores públicos federais (Lei 8.112/90); Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar 64/90); Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992); Lei de Licitações (Lei 8.666/93); Lei Geral das Eleições (Lei 9.504/1997); Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998); Lei de Compra de Votos (Lei 9.840/1999); Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000); Lei de Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2000); Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010); Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011); Lei de Conflito de Interesses na Administração Pública Federal (Lei 12.813/2013) e Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

A referida lei em estudo foi editada com a finalidade de regular a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, tanto nacional como estrangeira, quando ocorresse: lesão ao patrimônio público nacional ou estrangeiro; violação de princípios da administração pública; violação de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Até o advento da Lei Anticorrupção, as pessoas jurídicas que fossem flagradas em situações dessa natureza eram punidas apenas com o impedimento de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com a Administração Pública, através de suspensão ou declaração de inidoneidade. (BITTENCOURT, 2014, p. 21)

Aderindo ao regime global de proibição da corrupção, o Brasil assinou, aprovou e ratificou a Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA); a Convenção Internacional contra a Corrupção (ONU); a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da *Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico* – OCDE.⁴ (QUEIROZ, 2015, p. 284)

É muito grande a influência da ratificação da Convenção da OCDE - *Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico*, tanto no que se refere à tipificação da corrupção ativa praticada por pessoas físicas em transações comerciais internacionais, que incidiu na aprovação da Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, que incluiu os artigos 333 B, C e D no Código Penal Brasileiro, como também quanto à propositura pelo Poder Executivo Federal, em 2010, do Projeto de lei que objetiva a responsabilização também de pessoas jurídicas – futura Lei nº 12.846/2013. (CAPANEMA, 2014, p. 13-14)

Observa-se que a *Lei Anticorrupção* (Lei 12.846/2013), não surgiu por acaso. Correspondeu à necessidade latente de se completar, preencher as lacunas do ordenamento jurídico brasileiro. Atende aos anseios da Constituição Federal, ao dar mais uma ferramenta jurídica ao Estado para mais eficientemente punir ilícitos da espécie. Também deu meios mais aptos e eficazes para que o Estado cumpra o seu papel de protetor de direitos fundamentais e de valores objetivos que, geralmente,

⁴ Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Diário Oficial da União da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º de dezembro de 2000.

são afetados com os atos corruptos. Ela representaria muita esperança no combate e na punição da corrupção.

Com um inimigo tão forte, tão ramificado e com tanto poder de causar estrago, que a todo momento se reinventa e articula modos de mais eficazmente auferir maiores louros da corrupção, o Estado só tem como enfrentá-lo adequadamente e coibi-lo, reprimindo-o, a ponto de fazê-lo recuar, se possuir “armas” para superá-lo, não apenas tornando certo a responsabilização dos agentes envolvidos em tais atos, mas também se antecipando a essas investidas, barrando-as na origem ou pelo menos, procurando evitar que elas se consumem ou que tenham decorrências tão danosas. (ARAÚJO, 2015, p. 189-194)

Observando-se esses pontos, da necessidade de combate à corrupção, considera-se a Lei Anticorrupção um importante avanço, uma vez que prevê instrumentos legais anticorrupção que viabilizam a responsabilização administrativa dos corruptores – preenchendo, assim, o vácuo repressivo de que se falou, e que incentivava, por inação, a atuação dos corruptos, certos da inoperância estatal. E isso pode representar o início de uma mudança dessa conjuntura. (ARAÚJO, 2015, p. 201)

Agora o Estado Brasileiro tem mais ferramentas legais para sancionar direta e de forma rigorosa aqueles que cometem atos de corrupção, previstos na referida Lei.

3 Administração Pública Indireta: breves apontamentos e a distinção entre as pessoas jurídicas que a compõem

A Administração Indireta é definida como sendo o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada. O objetivo da Administração Indireta do Estado é a execução de algumas tarefas de seu interesse por outras pessoas jurídicas. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 463)

A Administração Indireta é o próprio Estado executando algumas de suas funções de forma descentralizada, seja porque o tipo de atividade tenha mais pertinência para ser executada por outras entidades, seja para obter maior celeridade, eficiência e flexibilização em seu desempenho, o certo é que tais atividades são exercidas indiretamente, ou seja, de forma descentralizada.

O critério para a instituição de pessoas da Administração Indireta, com vistas ao desempenho de funções, é de ordem administrativa. O Estado é o exclusivo juiz da conveniência e da oportunidade em que deve ser descentralizada esta ou aquela

atividade e, em consequência, criada (ou extinta) a entidade vinculada. Não há dúvida, no entanto, de que, criada essa entidade, a atividade a ser por ela exercida será descentralizada. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 464)

Compõem a Administração Pública Indireta:

a) Autarquias: que pode ser definida como sendo pessoa de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado, ou seja, de capacidade exclusivamente administrativa. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 474)

b) Fundações instituídas pelo Poder Público: caracteriza-se por ser um patrimônio, total ou parcialmente público, a que a lei atribui personalidade jurídica de direito público ou privado, para consecução de fins públicos. Quando tem personalidade pública, o seu regime jurídico é idêntico ao das autarquias, sendo, por isso mesmo, chamada de autarquia fundacional, em oposição à autarquia corporativa; outros preferem falar em fundações públicas de direito público; as fundações de direito privado regem-se pelo Direito Civil em tudo o que não for derogado pelo direito público. (DI PIETRO, 2002, p. 365)

c) Sociedade de economia mista: é pessoa jurídica criada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de *sociedade anônima*, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou à entidade de sua Administração indireta, sob remanescente acionário *de propriedade particular*. (MELLO, 2015, p. 202-203)

d) Empresa pública. É pessoa jurídica de direito privado com capital inteiramente público, criada por lei específica, para realizar atividades de interesse da Administração instituidora nos moldes da iniciativa particular. Podem revestir qualquer forma e organização empresarial. São as mais modernas instituições paraestatais, geralmente destinadas à prestação de serviços industriais ou atividades econômicas em que o Estado tenha interesse próprio ou considera convenientes à coletividade (MEIRELLES, 1991, p. 319)

Dessas entidades, a autarquia é pessoa jurídica de direito público; a fundação pode ser de direito público ou privado, dependendo do regime que lhe for atribuído pela lei instituidora e as demais são pessoas jurídicas de direito privado. (DI PIETRO, 2002, p. 361)

3.1. As entidades de Administração Pública Indireta consideradas como sociedades empresárias

Muitas das entidades da administração pública indireta podem assumir a formação de sociedade empresária estatal. Necessário analisar e compreender se a referida sociedade empresária estatal possui natureza de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado.

As sociedades empresárias podem ser definidas como pessoas jurídicas de direito privado que atuam no âmbito de seu objeto social e que visam à exploração da atividade empresarial. São as primeiras destinatárias da Lei nº 12.846/2013, Lei Anticorrupção. A finalidade da norma foi a de alcançar a outra ponta da relação de corrupção, que é justamente a empresa corruptora, que pratica atos lesivos à administração pública em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

A Lei em estudo se aplica às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou do modelo societário que foi adotado. Também se aplica quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território nacional, constituídas de direito ou de fato, conforme artigo primeiro e o parágrafo único da Lei Anticorrupção. Observa-se que as empresas estatais que exercem atividades econômicas sujeitam-se a Lei Anticorrupção. (MEIRELES, 2015, p. 124)

A Lei Anticorrupção procurou conferir o maior alcance possível sobre as pessoas jurídicas (art. 1º)⁵, englobando as sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações ou entidades de pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

⁵ 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.

E, inclusive, com o objetivo de evitar qualquer ato de dissimulação para fugir da persecução do Estado, subsiste a responsabilidade de pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, conforme art. 4º da Lei. (QUEIROZ, 2015, p. 307)

Então, sociedades empresárias compreende-se como sendo as pessoas jurídicas de direito privado que atuam e que visam à exploração da atividade empresarial. Ressalta-se que são as primeiras destinatárias da Lei nº 12.846/2013, Lei Anticorrupção, que justamente foi editada com a finalidade de regular a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos corruptivos.

4 Possibilidade (ou não) de aplicação da Lei anticorrupção para as entidades da Administração Pública Indireta, quando estas forem sociedades empresárias estatais

Surgem questionamentos quanto à possibilidade de sujeição à Lei das sociedades empresárias estatais, ou seja, aquelas entidades da administração pública indireta que atuam no domínio econômico. Ocorre que não temos consenso na doutrina referente a este aspecto. Vamos abordar algumas posições, procurando trazer as opiniões diversas, com base na melhor argumentação jurídica.

Seria possível punir as pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública Indireta, que exercem função de sociedade empresária estatal, atuando no domínio econômico, por atos de corrupção que são tipificados na Lei Anticorrupção? Ou seja, a Lei Anticorrupção poderia alcançar as sociedades de economia mista ou as empresas públicas, que são entidades da administração pública indireta e que possuem a natureza jurídica de serem pessoas jurídicas de direito privado?

Na busca da resposta para tal questionamento, parte-se de duas metodologias hermenêuticas, que vão nos dar embasamentos totalmente opostos.

Levando-se em conta o chamado *método finalístico-pragmático*: pela estruturação jurídica dessas duas entidades, bem como pela teleologia do artigo 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei Anticorrupção, seria incompatível sua punição. Ministras as sanções dos artigos 6º e 19, mesmo perante as sociedades estatais que atuem no domínio econômico, poderia levar a uma situação que não poderia ser seguida e até considerada ilógica, como vamos abordar.

A situação não parece das mais razoáveis quando se pensa em criar pessoas jurídicas deste porte para atuar diante dos “*imperativos da segurança nacional*” ou do “*relevante interesse coletivo*” (art. 173, caput, da Constituição Federal de 1988), alocando-se – ainda que em parte – recursos públicos a este fim. As penas de perdimento de bens, multa e ressarcimento justamente fariam retornar este mesmo investimento ao local de origem, ou seja, ao erário da Administração Pública direta, conforme artigo 24⁶, da Lei nº 12.846/2013. Esse fator esvaziaria o caráter pedagógico da Lei Anticorrupção, criando até uma situação sem nenhuma efetividade. (HEINEN, 2015, p. 47)

Além disso, a possibilidade de se determinar a extinção da pessoa jurídica estatal ou a interdição de suas atividades, ainda que seja ela uma entidade de direito privado que atua no livre mercado, permitiria que o Poder Judiciário subjugasse a vontade do legislador, que autoriza a criação destas pessoas na forma do artigo 37, inciso XIX⁷, da Constituição Federal de 1988. Sem contar que essas medidas ou a contrapropaganda iriam ao encontro justamente das razões consideradas substanciais da criação destas sociedades, ou seja, dos motivos do artigo 173 *caput*⁸ da Constituição Federal.

Nesta linha de raciocínio, podemos argumentar também que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o artigo 173 da Constituição Federal⁹, quando o Estado cria as entidades mencionadas, na verdade está atuando na condição de agente empresarial, ou seja, está explorando, de forma direta, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos do citado art. 173 aplicam-se observando o comando que está no *caput*, de modo que, antes de mais nada, é o Estado que está por detrás dessa atividade. E a manutenção ou não desta exploração tem íntima ligação com os motivos externados no próprio artigo 173 *caput*, como também interpretou o Supremo Tribunal Federal.¹⁰

⁶ Art. 24. A multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.

⁷ 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: XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

⁸ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

⁹ STF, RE nº 407.099, Voto do Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 22/06/2004.

¹⁰ STF, ADI nº 234, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, j. 22/6/95.

Analisando a questão sob um foco finalístico e de efetividade, a conclusão é no sentido de que não se poderia concordar que o artigo 1º da Lei Anticorrupção pudesse ser aplicado para as sociedades estatais que atuam no domínio econômico, controladas pela Administração Pública. (HEINEN, 2015, p. 48)

Por outro lado, analisamos a questão levando-se em conta o *critério analítico-sistêmico*: partindo do texto expresso da Constituição Federal de 1988, alguns dispositivos não deixariam dúvidas acerca da possibilidade de aplicação da Lei Anticorrupção às pessoas jurídicas de direito privado, criadas e controladas pela Administração Pública indireta e que explorem atividade econômica.

As pessoas jurídicas de direito privado que são criadas pelo Poder Público, quando exploram atividade econômica de forma direta, conforme § 1º do artigo 173¹¹ da Constituição Federal de 1988, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (art. 173, §1º, inciso II¹², da CF/88). (HEINEN, 2015, p. 48)

Esse tipo de sociedade é bastante comum no mundo empresarial atual, inclusive no âmbito internacional, principalmente quando atua na área energética, de tecnologia e de transporte públicos, por exemplo. Devido à sua forte presença econômica e, principalmente, pela área em que atuam, muitas delas de evidente interesse coletivo, essas sociedades empresárias têm grande proximidade e interface com o Poder Público e podem ser sujeitos ativos da prática dos atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, previstos no art. 5º da Lei Anticorrupção. (PETRELLUZZI, 2014, p. 55)

Ademais, podemos traçar um paralelo com a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no que esse refere à fiscalização e ao sancionamento de abusos ilícitos praticados no domínio econômico. Essa autarquia já celebrou Termo de Compromisso de Cessação de prática abusiva com o Banco do Brasil S/A (sociedade de economia mista federal). Então, a referida autarquia não viu óbices para a autuação de pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública indireta, a fim de reprimir atos de concentração econômica catalogados na Lei nº 12.529/20011. (HEINEN, 2015, p. 49)

¹¹Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre

¹² II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

Não se pode esquecer, também, que no mundo globalizado atual sociedades empresárias estatais brasileiras acabam atuando além dos limites territoriais nacionais. Da mesma forma, vemos estatais de outros países atuando em território nacional, participando, inclusive, em licitações, algumas delas envolvendo grande volume de recursos. (PETRELLUZZI, 2014, p. 55)

Pode parecer de difícil verificação a prática, por parte de alguma sociedade empresária estatal, das condutas descritas no art. 5^o¹³ da Lei nº 12.846/2013, em nível nacional. Quando se trata da atuação internacional dessas sociedades tal possibilidade já não parece tão remota. De fato, não é difícil imaginá-la, a título de exemplo, na participação em cartel por parte de sociedades empresárias estatais na área da prospecção do petróleo. (PETRELLUZZI, 2014, p. 55)

¹³ Art. 5^o Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1^o, 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.

§ 1^o Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2^o Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3^o Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

Entende-se que, quando o Estado cria uma pessoa jurídica privada, ela surge com praticamente todas as características indicadas para as pessoas públicas, quais sejam: são criadas e extintas pelo Poder Público; elas não podem afastar-se dos fins para os quais foram instituídas; sujeitam-se a controle positivo do Estado; e recebem, às vezes, algumas prerrogativas autoritárias e até alguns “privilégios” estabelecidos legalmente pelo Estado.

Explica Di Pietro que é compreensível que seja assim, no sentido de que se o Estado necessita de uma pessoa jurídica para exercer determinada atividade, ele a coloca no mundo jurídico e dele retira quando lhe pareça conveniente ao interesse coletivo. É o Estado quem fixa os fins que ela deve perseguir, sem os quais não haveria justificativa para a sua existência e para obrigá-la a cumprir seus fins. E é o Estado também quem exerce sobre ela o controle que está estabelecido em lei. Para que ela atinja a esses fins, o Estado lhe outorga, na medida do que seja necessário, determinados privilégios do Poder Público. (DI PIETRO, 2002, p. 362-363)

Dentre esses “privilégios” está, por exemplo, a inaplicabilidade da Lei 11.101/2005 que versa sobre a “*recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*” em razão do que dispõe o art. 2º, I, do referido Diploma Legal. (MAFFINI, 2008, p. 231-231)

Foram excluídas da falência, da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, nos termos do artigo 2º, I, da Lei nº 11.1001/2005. Embora existam distinções, entre empresa pública e sociedade de economia mista, ambas têm em comum a criação por autorização legal e o fato de representarem meios de atuação estatal para a prestação de serviços públicos ou para a exploração de atividades econômicas.

A falência não é uma obrigação mercantil e, por isso, não existe a obrigação de submissão das empresas estatais à falência. Empresas estatais são entendidas como: empresas públicas e sociedades de economia mista. A regra contida na lei 11.101/2005 é perfeitamente constitucional, no sentido de que: se a criação da empresa estatal decorre de Lei específica, que lhe autoriza a instituição, somente outra Lei poderá determinar sua extinção. (TOMAZETTE, 2012, p. 22)

Então, os “privilégios” que são estabelecidos legalmente pelo Estado, não dizem respeito à aplicação ou não da Lei Anticorrupção. As sociedades empresárias estatais não ficariam “imunes” à aplicação da Lei Anticorrupção, como por exemplo, quando se tratar de uma situação de corrupção, prevista no art. 5º da Lei, já

transcrito, praticada por sociedades de economia mista, que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas.

E, seguindo esse raciocínio, o § 5º do artigo 173 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro no sentido de referendar a possibilidade de aplicação da Lei Anticorrupção às pessoas jurídicas de direito privado controladas ou autorizadas pelo Estado e que atuem no domínio econômico. Ou seja, existe a possibilidade de punição das pessoas jurídicas de direito privado, na hipótese de estarem envolvidas em atos corruptivos, previstos na Lei Anticorrupção.

Art. 173...

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Então, concluindo, o artigo transcrito da Constituição Federal de 1988 é bastante claro no sentido de referendar a possibilidade de aplicação da Lei Anticorrupção às pessoas jurídicas de direito privado, que são controladas ou autorizadas pelo Estado e que atuem no domínio econômico.

4.1 Aplicação da Lei Anticorrupção para as sociedades empresárias estatais que prestam serviços públicos

Por outro lado, não podemos deixar de analisar, abrindo uma exceção neste entendimento, no sentido de que as pessoas jurídicas de direito privado, criadas ou controladas pela Administração Pública indireta, mas que prestem serviços públicos¹⁴, não poderiam ser punidas pela Lei Anticorrupção. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 329)

O Supremo Tribunal Federal, em inúmeros julgados, faz uma diferenciação clara entre as sociedades estatais que atuam no domínio econômico e as que prestam serviços públicos. As penas previstas na Lei Anticorrupção e que eventualmente são aplicadas, simplesmente viriam a colocar em risco a própria satisfação das necessidades sociais, efetuada pela prestação do serviço público,

¹⁴ Serviço público poderá ser definido como toda a atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com o objetivo de satisfazer as necessidades essenciais e secundárias da coletividade. Como visam a um interesse público, os serviços públicos se incluem como um dos objetivos do Estado. Por isso é que são criados e regulamentados pelo Poder Público, a quem incumbe a fiscalização deles.

violando o princípio da continuidade dessas atividades. O entendimento é no sentido da não possibilidade de aplicação das punições previstas na Lei Anticorrupção para as sociedades de economia mista e as empresas públicas que, por ventura, prestem serviços públicos, sob pena de prejuízo ao princípio da continuidade, o que traria como consequência, um grande prejuízo social. (HEINEN, 2015, p. 49-50)

O princípio da continuidade, que rege a prestação dos serviços públicos, significa a impossibilidade da interrupção do serviço público e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido. (MELLO, 2015, p. 702).

Esse princípio indica que os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 339)

As empresas estatais que exercem atividades econômicas sujeitam-se a Lei Anticorrupção, mas, as sanções devem considerar que elas buscam um interesse público e envolvem capital público, e assim, não podem sofrer sanções que impeçam ou comprometam suas atividades. Vale dizer: em relação a elas, o juízo de razoabilidade e proporcionalidade das sanções deve considerar as suas finalidades públicas e o interesse público que buscam realizar. Em contrapartida, pela mesma razão, a possibilidade de responsabilização individual deve ser mais rigorosa. (MEIRELES, 2015, p. 124)

A mesma compreensão, a respeito das pessoas jurídicas de direito privado, que são controladas ou autorizadas pelo Poder Público e prestadoras de serviço público, deve ser replicada àquelas que atuam em caráter monopolístico – como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), por exemplo. O Supremo Tribunal Federal não equipara este tipo de sociedade às empresas privadas, porque elas integram o conceito de fazenda pública. O STF conferiu certos privilégios às sociedades de direito privado da Administração Pública indireta que prestam atividade monopolisticamente (em um monopólio). Logo, elas não estão sujeitas às sanções da Lei Anticorrupção. (HEINEN, 2015, p. 50)

Em relação à sujeição passiva de estatais brasileiras à Lei Anticorrupção, a polêmica repousa nos riscos da alta intensidade do sancionamento administrativo a que essas entidades estariam expostas. É que, pelo menos por determinação constitucional, empresas públicas e sociedades de economia mista prestam serviços públicos essenciais à população e desempenham atividades econômicas relevantes

ao interesse coletivo ou imperativas à segurança nacional. Logo, dependendo da magnitude da punição recebida, estatais poderiam ficar inviabilizadas, trazendo mais prejuízos do que benefícios ao interesse público.

Então, além de observação do Princípio da Razoabilidade, principalmente devem ser observados os princípios da Legalidade, que as entidades da administração pública indireta são criadas por lei, e somente esta poderá extingui-la. E, conforme determinações constitucionais, sempre na apuração, e nas aplicações de sanções, devem ser respeitadas a Legalidade e os demais princípios constitucionais previstos para a Administração Pública Indireta, sob pena de estarmos diante de uma nulidade.

Entendimentos de que as sociedades empresariais estatais não podem receber todas as penalidades da Lei Anticorrupção têm trazido até críticas no seguinte aspecto. Esse posicionamento, na verdade, gera duas reflexões.

A primeira é se, por uma questão de isonomia, a imunidade às sanções máximas da Lei Anticorrupção seria extensível às empresas não estatais concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos e de atividades econômicas. Observa-se que o art. 173, § 1º, II, da Constituição do Brasil, determina que sim. (PRISCO, <http://www.apeop.org.br/>, 2016)

A segunda cogitação é se, num país como o Brasil, notório por possuir várias empresas estatais que são verdadeiras pleoras de improbidades, talvez não fosse melhor mesmo extingui-las. No mínimo, a “blindagem” contra punições extremas da Lei Anticorrupção para estatais em geral estaria causando um “risco moral”, mediante o qual governantes poderão nomear tranquilamente agentes corruptos para dirigir estatais, na certeza de que os bens e a existência da própria empresa serão sempre preservados em caso de eventual descoberta de desvios. Com isso, a pessoa jurídica se eterniza como instrumento de malfeitos, que é justamente o que a lei quer evitar e reprimir. (GRECO FILHO: RASSI, <http://politica.estadao.com.br/>, 2015)

Justamente a Lei Anticorrupção visa combater isso e considerar que as empresas estatais não possam ser penalizadas pela Lei Anticorrupção, o que acaba reforçando o argumento de banalização com relação à corrupção. (PRISCO, <http://www.apeop.org.br/>, 2016)

O que é fato é que casos concretos que envolvam entidades da administração pública indireta, tanto de natureza de direito privado ou de direito público, é que irão

provocar a jurisprudência para uma melhor interpretação da redação truncada, pouco clara e que até pode levar a equívocos, do artigo 1º da Lei Anticorrupção. Assim, os aplicadores e estudiosos da Lei Anticorrupção poderão ter um melhor entendimento da possibilidade (ou não) das penalidades da Lei Anticorrupção às pessoas jurídicas da administração pública indireta, principalmente quando estas assumem a forma de sociedades empresárias estatais. Sempre analisando o referido assunto com base nos princípios da razoabilidade e respeitando os princípios constitucionais da reserva legal, observação da continuidade do serviço público e demais princípios constitucionais que regem o nosso direito administrativo.

5. Conclusões

A Lei Anticorrupção, que prevê as responsabilizações, administrativa e judicial de pessoas jurídicas, envolvidas em atos corruptivos, foi aprovada como decorrência dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para enfrentamento e combate à corrupção. A punição que se busca, com a aplicação da Lei Anticorrupção, restringe-se às pessoas jurídicas de direito privado e, excepcionalmente, às pessoas naturais que venham a contribuir com as irregularidades, na medida de sua culpabilidade.

Trazendo algumas definições e um estudo do que é a administração pública indireta e a diferença entre as entidades de tal administração, de direito público e privado, acaba surgindo o questionamento: Seria possível punir as pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública Indireta, quando estas assumem a forma de sociedades empresárias, por atos de corrupção que são tipificados na Lei Anticorrupção?

Na busca da resposta para tal questionamento, foi necessário analisar duas metodologias hermenêuticas, que acabaram nos dando respostas totalmente opostas.

Para uma interpretação, conforme determinação do artigo 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei Anticorrupção, seria incompatível a punição das pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública Indireta por atos de corrupção que são tipificados na Lei Anticorrupção.

A aplicação das sanções previstas nos artigos 6º e 19 da Lei Anticorrupção, perante as sociedades estatais que atuem no domínio econômico, levaria a uma

situação pouco razoável no sentido de tais entidades serem criadas pelo Estado, que quando pensa em criar pessoas jurídicas deste porte, acaba alocando recursos públicos para isso. E se aplicadas a estas entidades da administração indireta, as penas de perdimento de bens, multa e ressarcimento justamente fariam retornar este mesmo investimento ao local de origem, ou seja, ao erário da Administração Pública direta. Para esta linha de interpretação hermenêutica, tal situação, pouco razoável, esvaziaria até, o caráter pedagógico da norma.

Além disso, a possibilidade de se determinar a extinção da pessoa jurídica estatal ou a interdição de suas atividades, ainda que seja ela uma entidade de direito privado que atua no livre mercado, permitiria que o Poder Judiciário atingisse a vontade do legislador, que autoriza a criação destas pessoas, conforme determinação constitucional.

Numa outra linha de interpretação, partindo do texto expresso da Constituição Federal de 1988, alguns dispositivos não deixariam dúvidas acerca da possibilidade de aplicação da Lei Anticorrupção às pessoas jurídicas de direito privado, criadas e controladas pela Administração Pública indireta e que explorem atividade econômica.

Conforme artigo 173 da Constituição Federal, as sociedades empresárias estatais estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Dessa forma, considera-se inafastável admiti-las como sujeitos ativos da prática de atos lesivos à administração pública.

Então, os privilégios que possam ser estabelecidos por lei, pelo Estado, como é o caso da não decretação de falência, por exemplo, não inclui a não aplicação da Lei Anticorrupção às entidades da administração pública indireta, de direito privado.

Observando a seguinte limitação, que parece ser consenso na doutrina, as pessoas jurídicas de direito privado, criadas ou controladas pela Administração Pública Indireta, mas que prestem serviços públicos, não podem ser punidas pela Lei Anticorrupção. As penas que eventualmente são aplicadas, simplesmente viriam a colocar em risco a própria satisfação das necessidades sociais, efetuada pela prestação do serviço público, violando o princípio da continuidade dessas atividades. Esse princípio indica que os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares.

Assim, os que concordam que as empresas estatais que exercem atividades econômicas sujeitam-se à Lei Anticorrupção, também defendem que as sanções devem considerar que elas buscam um interesse público e envolvem capital público e, assim, não podem sofrer sanções que impeçam ou comprometam suas atividades. Vale dizer: em relação a elas, o juízo de razoabilidade e proporcionalidade das sanções deve considerar as suas finalidades públicas e o interesse público que buscam realizar. Em contrapartida, pela mesma razão, a responsabilização individual, deve ser mais rigorosa.

As penalizações previstas na Lei Anticorrupção devem ser analisadas e aplicadas com cautela. A jurisprudência é que irá trazer muitas respostas e defende-se que se baseará, e muito, na razoabilidade.

Referências

- ARAÚJO, Kleber Martins de. Responsabilização Administrativa da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, J. M.; QUEIROZ, R.P. de.; (org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2015.
- BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, M. D. do. (Org.). *Lei Anticorrupção empresarial aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. rev.e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D.; *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade das Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013) – Atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELES, H.; L.; ALEIXO, D.B.; BURLE FILHO, J.E; *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. atual. pela Constituição de 1988, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização Judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, J. M.; QUEIROZ, R.P. de.; (org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2015.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*, vol. 3: falência e recuperação de empresas 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PRISCO, Alex Vasconcellos. *Lei Anticorrupção e empresas estatais*. Disponível em: <http://www.apeop.org.br/apeop/noticia/licitacoes-874/lei-anticorruptao-e-empresas-estatais-16>. Acesso em: 10 jan. 2016.