



M U K A I  
A D V O G A D O S  
A S S O C I A D O S

## RESPONSABILIDADE OBJETIVA ADMINISTRATIVA NA LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013.

\* *Sylvio Toshio Mukai*

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, veio a dispor sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira.

O referido diploma legal dispõe sobre quais são os atos considerados lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira, a possibilidade de acordo de leniência, bem como a responsabilização administrativa e a judicial.

O presente estudo é feito em razão da impropriedade praticada pelo legislador ao utilizar-se do conceito de responsabilização objetiva para tratar de forma equivalente temas dispares, quais sejam: o de responsabilização objetiva por ato lesivo, e o de sancionamento pela prática dos referidos atos.

Ora, no Capítulo III da referida Lei nº 12.846/2013, que trata da responsabilização administrativa, observa-se no artigo 6º que na esfera administrativa serão aplicadas às pessoas jurídicas que praticarem os assim considerados pelo referido diploma legal como atos lesivos uma série de sanções.

Ocorre que, no *caput* do art. 2º, restou estabelecido que a pessoa jurídica será responsabilizada **objetivamente**, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos no referido diploma legal praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

O ponto crucial aqui é que a responsabilização por eventuais danos causados pela prática de atos ilícitos não pode se confundir com a sanção estatal pela violação da ordem legal.

De fato, enquanto o primeiro busca-se impor ao agente que praticou o ato ilícito o dever de indenizar àqueles que foram prejudicados por tal prática; enquanto que no segundo objetiva-se punir àquele que não observa as normas legais.

Neste sentido, ressalte-se o que leciona Sergio Cavaliere Filho<sup>1</sup>:

**“O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima.** Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, **repõe-se a vítima à situação anterior à lesão.**” (g.n)

Observa-se que a responsabilidade está ligada a necessidade de reparar o dano causado, ou seja, não basta a mera ocorrência de um ato ilícito, faz-se necessário que de tal ato decorra um dano à alguém, que por isso deve repará-lo.

Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira<sup>2</sup> esse entendimento fica mais claro, como se verifica:

*“A responsabilidade civil* consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação ao sujeito passivo da relação jurídica que se forma. **Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.**

**Não se importa se o fundamento é a culpa, ou independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.**” (g.n)

Evidencia-se, portanto, que a responsabilidade civil está imbricada com a existência de um dano, que origina uma obrigação ao seu causador de repará-lo. Ou seja, a responsabilidade nasce de um dano, e não apenas da ocorrência de um ato ilícito.

<sup>1</sup> “Programa de Responsabilidade Civil”, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 24.

<sup>2</sup> “Responsabilidade Civil – De acordo com a Constituição de 1988”, 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 11.

Afinal, a prática de um ato ilícito necessariamente não implica na ocorrência de um dano que precise ser reparado.

Tomemos como exemplo uma das disposições da própria Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, mais precisamente o inciso I do artigo 5º do referido diploma legal, que estabelece o dispositivo citado que constitui ato lesivo à administração pública, nacional ou estrangeira:

**“I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;”**

Ora, pela simples leitura do dispositivo fica claro que o ato ilícito é constituído por prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente uma vantagem indevida a agente público, ou a uma outra pessoa a ele relacionada. Ocorre que, sem que tal vantagem se transforme em efetiva lesão ao patrimônio ou interesse público não há que se falar em dano.

Se não, vejamos.

Um determinado empreendedor oferece ao agente público uma vantagem para que esse, ignorando a ordem legal e a situação fática, licencie determinado empreendimento. Porém, antes que o ato de licença seja efetivamente concretizado, o que por óbvio causaria dano ao interesse público, ocorre um fato impeditivo para que esta seja expedida.

Fica evidente a ocorrência um ato ilícito, porém, o dano efetivo ao interesse público não se concretizou.

Assim, estaríamos diante de um fato que merece ser devidamente sancionado pelo Poder Público, porém, não demandará daquele que cometeu o referido ato ilícito o dever de repará-lo, já que não ocorreu efetivo dano.

Dessa forma, evidencia-se que a responsabilização por um determinado dano em alguns casos não se coaduna com a aplicação de sanção por ocorrência de ato ilícito.

A impropriedade de se utilizar o conceito de responsabilidade objetiva para tratar de forma equivalente tanto a reparação por um dano causado pela prática de um ato lesivo, quanto a aplicação de sanções para reprimir tal conduta, encontra-se justamente no fato de que em determinadas situações a conduta do agente não causará efetivo dano, seja pela ação diligente do Poder Público, ou por outro motivo relevante, o que afastaria qualquer possibilidade de reparação, porém, a conduta infracional continuará a merecer a devida repressão.

Régis Fernandes de Oliveira<sup>3</sup> posiciona bem essa diferença entre a ocorrência de dano e a potencialidade de que isso aconteça, como se pode verificar de suas lições:

“Em toda ação ou omissão há um resultado (dano) ou a potencialidade de que ocorra (perigo). O resultado constitui-se na modificação do mundo exterior devido a conduta do agente. O perigo é a probabilidade do resultado perigoso. Em senso jurídico, esclarece Montoro Puerto que **“dano é a subtração ou diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse alheio garantido pela norma jurídica”**. O **“perigo, ou a conduta (como vimos ocorria na hipótese antes referida) truncada supõe a possibilidade do dano”**.”

O entendimento esposado pelo citado autor leva a outra consideração relevante, desta feita considerando o **elemento subjetivo**:

“Tendo em vista o *elemento subjetivo*, podem as infrações ser **dolosas (quando se quer a prática do comportamento ilícito)**, *culposas* (quando há mera previsibilidade do evento danoso) ou de mero **comportamento (quando basta a voluntariedade do infrator)**.” (g.n)

---

<sup>3</sup> “Infrações e sanções administrativas”. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 52.

Observa-se no art. 5º da Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre quais são os atos considerados lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira, que o dito elemento subjetivo, ou seja, a intenção do agente ao violar a norma jurídica, é fundamental para caracterizar os citados atos, já que em todos é fundamental estar presente a intenção de cometer um dos referidos atos para obter uma vantagem espúria, como se pode verificar:

“Art. 5º. 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. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

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

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

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

IV - no tocante a licitações e contratos:

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

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

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

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

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

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

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

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

(...)"

Evidencia-se que em todos os chamados atos lesivos estabelecidos pelo referido diploma legal encontra-se presente o elemento subjetivo, já que é clara a presença da intenção do agente em cometer o ato ilícito para obter uma vantagem, seja uma contratação com a administração pública, seja uma autorização ou licença para prática de determinado ato, ou qualquer vantagem indevida em detrimento do interesse público.

E esse é outro ponto que deve ser ressaltado sobre a impropriedade de considerar o termo responsabilidade, ainda mais objetiva, para tratar da reparação de dano e também da sanção pela prática do ato lesivo, já que o legislador ao estabelecer que a responsabilidade seria objetiva excluiu qualquer possibilidade de verificação do elemento subjetivo, quando da consideração sobre a reparação do dano causado.

Porém, como exposto, quando da apuração e posterior sancionamento pela prática de ato lesivo é fundamental a análise e verificação do elemento subjetivo, para que fique devidamente caracterizado a ocorrência do que a lei em comento convencionou denominar como ato lesivo.

De certa forma, o próprio legislador considerou a necessidade da existência de dois processos administrativos distintos, um para definir a existência ou não da prática de ato lesivo e a aplicação da necessária sanção, e outro para reparação integral do dano (art. 13).

E nem poderia ser diferente, pois como demonstrado, a apuração da existência ou não da existência de ato lesivo não pode ser feita nas mesmas bases em que é apurado o *quantum* que aquele que causou um dano deve repará-lo, ainda mais se considerarmos que adotou-se a responsabilidade objetiva nos casos de reparação de danos originários de atos contra a Administração Pública nacional e estrangeira.

É importante lembrar que a responsabilidade objetiva encontra-se totalmente dissociada de qualquer noção de culpa do agente, basta a comprovação do nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano causado, para que àquele que lesou a outrem tenha a obrigação de reparar o dano causado.

Paulo Sergio Gomes Alonso<sup>4</sup> deixa isso mais claro no que leciona:

---

<sup>4</sup> “Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva”. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, p. 40.

**“A teoria objetiva desvinculou a obrigação de reparação do dano sofrido da ideia de culpa, baseando-se no risco, ante a dificuldade da prova da culpa pelo lesado para obter a reparação.” (g.n)**

Aliás, esse é um ponto extremamente interessante, a responsabilidade objetiva fundamenta-se no risco da atividade exercida pelo agente. Não importa aqui indagarmos em qual teoria de risco se filiou o legislador, mas sim considerar que no caso de práticas de atos lesivos contra a Administração Pública não há que se falar em risco, pois o que se tem é sim a prática de atos ilícitos.

Ora, o contratado que atua em consonância com as disposições contratuais, e dos ditames legais, não pode ter a sua atividade como sendo de risco pela prática de atos lesivos.

A prática de atos lesivos aqui em comento está umbilicalmente ligada a intenção de obter determinado ganho ou vantagem com a prática de atos contrários aos ditames da lei e do interesse público, seja pela atuação fraudulenta contra a Administração Pública, e isso, por óbvio, está ligado a vontade do agente, ou pela intenção de obtenção do referido ganho ou vantagem por meio de uma relação indevida com o agente público, ou terceiros a ele conectados.

De qualquer forma, evidencia-se a total impropriedade de se utilizar o instituto da responsabilidade objetiva, seja na esfera civil, seja na esfera administrativa, já que, na aplicação de sanções pela prática de atos lesivos por pessoas jurídicas contra a Administração Pública nacional e estrangeira, será necessário na apuração do ato ficar evidenciada a intenção do agente em não observar os ditames legais, ou a prática daqueles atos considerados lesivos pelo diploma legal em comento, para só depois responsabilizar a pessoa jurídica pela eventual reparação do dano causado.





M U K A I  
A D V O G A D O S  
A S S O C I A D O S

Ou seja, não basta a instalação de procedimento administrativo ou processo judicial com mera alegação de ocorrência de dano, com um nexo causal entre o referido dano e a atuação da pessoa jurídica, para possibilitar a sanção e a necessária reparação do mesmo, já que como visto na aplicação da sanção é imprescindível a caracterização da prática de um dos atos lesivos relacionados na lei, e não apenas o resultado de tal atuação.

Entender de outra forma é fragilizar a estrita observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois apenas nas hipóteses de exclusão de responsabilidade poderiam fundamentar a defesa, o que, por óbvio, é totalmente incompatível com a necessidade da pessoa jurídica demonstrar que sua conduta não se enquadra em um dos denominados atos lesivos estabelecidos pela lei.

Outrossim, mesmo considerando que a lei distingue os procedimentos administrativos para apuração e sancionamento pela prática do ato lesivo, daquele necessário para reparação do dano, não parece ser possível a aplicação do conceito de responsabilidade objetiva na esfera administrativa esposada pelo diploma legal em comento.

Isso pelo fato de que, mesmo considerando que a prática de ato lesivo já ficou caracterizado em outro procedimento administrativo, a apuração do valor a ser reparado referente ao dano causado no mais das vezes necessitará de um instrumental que é incompatível com a própria natureza de um processo administrativo em nosso país.

De fato, se pensarmos que a própria Lei 12.846/2013 estabelece no Parágrafo único do art. 21 que: “A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.”; fica claro que a apuração do valor do dano não será algo que possa ser feito sem a devida instrução.



M U K A I  
A D V O G A D O S  
A S S O C I A D O S

E aqui tem-se o ponto que leva a considerar a impossibilidade de utilização do conceito de responsabilidade objetiva na esfera administrativa, pois, por mais que tenhamos a observância estrita dos princípios que informam todo e qualquer processo, seja ele judicial ou administrativo, fato é que, nesse caso específico, àquele que diz ter sofrido um dano, no caso a Administração Pública, mesmo considerando ser o referido dano ao interesse público primário, imporá à pessoa jurídica o obrigação de reparar um dano no mais das vezes utilizando-se de critérios arbitrários para definir o *quantum* deve ser reparado.

Ora, a necessária imparcialidade daquele que julga, por óbvio, no referido caso não estará presente, já que a Administração Pública em última análise foi a parte que sofreu a lesão, e seria ela a determinar em decisão final qual o valor a ser reparado.

Lembrando que o valor da reparação não se confunde com o valor referente a sanção de multa que eventualmente poderá ser aplicada, e que por óbvio já se encontram definida na lei e, posteriormente, em seu regulamento.

E ainda, que a natureza dos atos lesivos em vários casos não permitem uma definição apriorística do dano, já que dentre vários dos já elencados atos considerados lesivos pela lei em comento não se limitam a licitações ou contratos administrativos, onde se poderia ter como base o valor do contrato ou do valor estimado do objeto licitado.

Em vários casos a estimativa do dano necessitará de uma instrução, e, conseqüentemente, uma imparcialidade incompatível com o processo administrativo, principalmente se contarmos que a responsabilidade no caso seria objetiva, cuja uma das excludentes de responsabilização é a culpa da vítima.

Ora, se a vítima é a Administração Pública como essa pode ocupar a função de quem definirá o valor da reparação pelo dano?



M U K A I  
A D V O G A D O S  
A S S O C I A D O S

Conclui-se, portanto, que o legislador utilizou de forma imprópria o conceito de responsabilidade objetiva para tratar de atos lesivos cometidos em desfavor da Administração Pública nacional e estrangeira, já que no caso da apuração da prática de tais atos se deverá demonstrar a intenção da pessoa jurídica em comete-los para obter alguma vantagem ou ganho.

E no tocante a aplicação do conceito de responsabilidade objetiva na esfera administrativa, seja pela necessidade de existência de comprovação prévia da prática de ato ilícito, seja pela total incompatibilidade da referida modalidade com o processo administrativo, torna-se claro que tal disposição legal é inconstitucional, já que viola claramente os princípios da ampla defesa, do contraditório, e em última análise do devido processo legal, já que sujeitaria a pessoa jurídica que supostamente cometeu o ato lesivo ao arbítrio da Administração Pública que teria em tese sofrido a lesão.

*\*Mestre e Doutorando em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.*