

8

PROCESSO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS: A ACUMULAÇÃO DAS PENALIDADES PREVISTAS NA LEI DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E NA LEI ANTICORRUPÇÃO NA HIPÓTESE DE FRAUDE EM LICITAÇÃO E CONTRATOS PÚBLICOS PRATICADA POR EMPRESAS ASSOCIADAS NA FORMA DE CARTEL.¹

Liability Process of Legal Entities: the accumulation of penalties provided for in the Law of the Brazilian System for the Defense of Competition and in the Anti-Corruption Law in the event of fraud in bidding and public contracts practiced by associated companies in the form of a cartel

Vítor César Silva Xavier ²

Controladoria-Geral da União (CGU) – Belo Horizonte/MG, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: o microsistema jurídico de combate a corrupção é o conjunto de normas jurídicas que prevê penalidades para aqueles que se apropriam do Estado, corrompendo agentes públicos, para lograr benefícios próprios. Fazem parte desse microsistema diversas leis, dentre as quais a Lei n. 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) e a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e a Controladoria-Geral da União (CGU) têm competências fixadas nessas leis, as quais se pressupõem válidas, e, conseqüentemente, essas instituições têm o poder-dever de punir os agentes infratores em situações previamente determinadas.

Considerando esse contexto, existe relevante controvérsia sobre a possibilidade de que as empresas

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648392251476133>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 30/01/2023 **Aceito em:** 12/06/2023 **Publicado em:** 31/07/2023

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003) e em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2002). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005) e doutor em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (2022). Atualmente é auditor federal na Controladoria-Geral da União (CGU), desempenhando a função de Presidente de Comissão de Processo Administrativo Disciplinar. Foi professor do IBMEC, da Escola de Administração Fazendária (ESAF), da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) e da Faculdade de Direito da UFMG, dentre outras instituições. Autor do livro "Lei de Acesso à Informação: teoria e prática". **E-mail:** vitor.xavier@cgu.gov.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8330872431608261>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-7448-1511>.

que fraudam licitações e contratos associadas em cartel possam ser apenadas concomitantemente pelo Cade e pela CGU. Há autores que alegam que a aplicação conjunta e concomitante dessas sanções configuraria abuso da pretensão punitiva estatal, contrariando em especial os princípios do *non bis in idem*, da proporcionalidade e da razoabilidade. Por outro lado, este artigo defende o dever de se aplicar a dupla punição, na situação em questão, justamente em razão dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Objetivo: avaliar a possibilidade de aplicação conjunta das sanções previstas na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção em situações de fraude em licitações e contratos públicos praticados por pessoas jurídicas associadas na forma de cartel, considerando as diretrizes estabelecidas pelos princípios do *non bis in idem*, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Método: o artigo foi produzido a partir de pesquisa documental, em especial incidente sobre a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Lei Anticorrupção. Além disso, o artigo também se baseou em pesquisa jurisprudencial e bibliográfica, inclusive com a utilização de diversos institutos jurídicos reconhecidos pela doutrina.

Conclusões: o Direito Administrativo Sancionador não possui uma resposta específica e expressa para dosar a multiplicidade de penalidades aplicáveis a uma mesma pessoa jurídica por uma conduta ou um conjunto de condutas infratoras do microsistema jurídico anticorrupção. Dentro da hipótese de fraude em licitação e contratos públicos praticada por pessoas jurídicas associadas na forma de cartel, verificou-se que a aplicação acumulada das sanções previstas na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção é medida razoável e proporcional, não havendo *bis in idem* haja vista serem condutas autônomas que atingem valores sociais diferentes.

Palavras-chave: Acumulação de Penalidades – Princípio da Proporcionalidade – Princípio da Razoabilidade - Princípio do *non bis in idem* – Concurso de Infrações.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: the legal microsystem for combating corruption is the set of legal norms that provides for penalties for those who appropriate the State, corrupting public agents, to achieve their own benefits. Several laws are part of this microsystem, among which Law n. 12,529/2011 (Brazilian Competition Defense System Law) and Law no. 12,846/2013 (Anti-Corruption Law). The Administrative Council for Economic Defense (CADE) and the Comptroller General of the Union (CGU) have competences established in these laws, which are assumed to be valid, and, consequently, these institutions have the power-duty to punish the offending agents in situations previously determined.

Considering this context, there is a relevant controversy over the possibility that companies that defraud bids and contracts associated with cartels can be punished concurrently by CADE and CGU. There are authors who allege that the joint and concomitant application of these sanctions would constitute an abuse of the state's punitive intention, contravening in particular the principles of *non bis in idem*, proportionality and reasonableness. On the other hand, this article defends the duty to apply double punishment, in the situation in question, precisely because of the principles of proportionality and reasonableness.

Purpose: evaluate the possibility of joint application of the sanctions provided for in the Brazilian



System Law for the Defense of Competition and in the Anti-Corruption Law in situations of fraud in bids and public contracts practiced by legal entities associated in the form of a cartel, considering the guidelines established by the principles of non bis in idem, proportionality and reasonableness.

Method: the article was produced from documentary research, in particular incident on Law n. The article was produced from documentary research, in particular incident on the Law of the Brazilian System of Defense of Competition and the Anti-Corruption Law. In addition, the article was also based on jurisprudential and bibliographical research, including the use of several legal institutes recognized by the doctrine.

Conclusions: Sanctioning Administrative Law does not have a specific and express answer to measure the multiplicity of penalties applicable to the same legal entity for a conduct or a set of infringing conducts of the anti-corruption legal microsystem. Within the hypothesis of fraud in bidding and public contracts practiced by legal entities associated in the form of a cartel, it was verified that the cumulative application of the sanctions provided for in the Law of the Brazilian System of Defense of Competition and in the Anti-Corruption Law is a reasonable and proportional measure, not if there is bis in idem, given that they are autonomous behaviors that affect different social values.

Keywords: Accumulation of Penalties – Principle of Proportionality – Principle of Reasonability – Principle of non bis in idem – Concurrent Infractions.

Classificação JEL: K21; K42

Sumário: 1. Introdução; 2. Enquadramento das Infrações Disciplinares; 3. Da Política Legislativa Brasileira Relativamente à Acumulação de Sanções; 4. Dos Mecanismos de Contenção do Abuso da Pretensão Punitiva do Estado; 5. Da Cumulatividade das Sanções da Lei n. 12.529/2011 e Lei n. 12.846/2013; 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República e a legislação infraconstitucional estabelecem o poder-dever do Estado de punir, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, aqueles que praticam condutas atentatórias aos valores juridicamente protegidos. Nesse sentido, junto com as normas prescritivas da conduta desejada, que contêm as respectivas sanções, o Direito brasileiro prevê diversos mecanismos jurídicos para limitar a ação do Estado e impedir punições injustas.

Com base nesses limites jurídicos, no Direito Administrativo Sancionador, é recorrente a alegação de abuso da pretensão punitiva do Estado em situações de cumulatividade de sanções. Essa discussão sobre a acumulação de sanções, feita na prática em procedimentos administrativos de responsabilização e também no Poder Judiciário, considera basicamente duas situações distintas: a) quando há uma única conduta enquadrável numa pluralidade de sanções, estabelecidas pelo Poder Legislativo em um ou diversos textos legais; ou b) quando existem mais de uma conduta cujas consequências são igualmente estatuídas em uma ou mais de uma lei. Assim, além da possibilidade teórica de uma única ação ofender uma única norma que possui duas ou mais sanções, não raramente uma mesma situação concreta ofende dois ou mais valores jurídicos diferentes ao contrariar dois mandamentos diversos.

Considerando essas duas hipóteses teóricas para acumulação de sanções, num primeiro momento, no âmbito do processo legislativo e pautando-se em especial nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, deve-se considerar a autonomia do Poder Legislativo para estabelecer as consequências advindas do descumprimento das normas proibitivas, isto é, aquelas penalidades derivadas da conduta juridicamente não desejada. Para além das questões políticas, não há dúvidas que a função legislativa deve ser exercida em conformidade com a Constituição da República, o que implicaria seguir os princípios implícitos do *non bis in idem*, da proporcionalidade e da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário o controle direto e indireto de constitucionalidade sobre as leis aprovadas. Num segundo momento, a análise de conformidade do exercício do poder punitivo estatal deve considerar a aplicação da lei pelas autoridades públicas competentes, em processos de natureza judicial ou administrativa, a quem compete sobretudo interpretar a lei e julgar o caso concreto. O enquadramento legal da conduta ou condutas ao tipo é igualmente essencial para a atribuição das consequências legalmente estabelecidas; nessa atividade, o aplicador do Direito também deve se atentar para a existência de limites constitucionais e legais, tais como os anteriormente citados.

Sendo qual for a situação de acumulação de sanções, Vianna e Souza (2022) manifestam preocupação com a proliferação de penalidades administrativas no microssistema anticorrupção. Dada a falta de estudos quanto aos efeitos dessas sanções no Brasil, os autores defendem que não se pode presumir que a simples imposição de punições cada vez mais rigorosas são capazes de reprimir adequadamente a prática de ilícitos. Indo além, esses autores questionam a constitucionalidade da acumulação de sanções estabelecidas no microssistema anticorrupção, situação que ofenderia os princípios do *non bis in idem*, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Dentro do contexto apresentado, a proposta deste artigo é justamente avaliar a possibilidade de aplicação conjugada especificamente das sanções previstas na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção na situação de fraude em licitações e contratos públicos praticada por pessoas jurídicas associadas na forma de cartel.

Para a solução do problema proposto, será realizada uma análise sistemática das leis supracitadas dentro do contexto normativo vigente, considerado os limites da atividade punitiva do Estado, os cânones da hermenêutica e a ideia de tipificação, apoiando-se ainda nos consagrados conceitos do concurso de infrações que se originaram no Direito Penal, mas que podem ser aplicados de forma suplementar ao Direito Administrativo Sancionador.

2. DO ENQUADRAMENTO DAS INFRAÇÕES DISCIPLINARES

Toda norma jurídica é composta basicamente por duas partes, uma descrição da conduta idealizada ou indesejada, que possui como pano de fundo um valor socialmente relevante, e a correlata consequência atribuída pelo Estado no caso dessa expectativa ser cumprida ou descumprida (KELSEN, 2011). A descrição da conduta se consubstancia num tipo que possui como núcleo um verbo e ainda elementos secundários objetivos e subjetivos, tais como o ânimo do agente, a finalidade da conduta, as circunstâncias de tempo e lugar. A consequência estatuída pelo Direito é chamada de sanção, a qual pode ser de caráter punitivo ou premial.

É um equívoco imaginar que uma norma jurídica corresponda necessariamente a um artigo



ou a um inciso ou mesmo a uma lei. De acordo com Kelsen (2011), a norma jurídica é o sentido de um ato de vontade que ultrapassa qualquer texto e é resultado final de um processo de interpretação do que seria o Direito em um sentido mais amplo, enquanto ordenamento jurídico. Dito de outra forma, a norma jurídica pode até corresponder a interpretação literal extraída isoladamente de um único artigo, alínea ou inciso, mas não raramente o sentido vai além da literalidade e é dado pelo conjunto normativo que é objetivado em diversos textos diferentes, sendo inclusive possível que o tipo esteja em uma lei diversa daquela que contém a sanção.

O enquadramento da conduta praticada efetivamente pelo infrator ao tipo legalmente estatuído é condição essencial para a aplicação da penalidade. Para existir esse enquadramento, é preciso que todos os elementos legalmente estabelecidos no tipo estejam na conduta concreta do agente, sendo que a ausência de qualquer dos elementos do tipo afasta a aplicação da sanção punitiva.

Dito isso, o fato é que existe uma pluralidade de infrações diferentes previstas nos ordenamentos jurídicos, o que coloca como questão central a possibilidade que o Direito preveja múltiplas penalidades para exatamente uma mesma e única conduta e também para as situações em que existe uma pluralidade de condutas infracionais, ligadas ou não a um mesmo objetivo.

Nesses termos, considera-se que, em teoria, uma única conduta do acusado poderia se enquadrar em uma única infração sujeita a uma ou mais penalidades ou essa conduta singular poderia ser teoricamente enquadrada em mais de uma infração prevista na legislação, podendo igualmente atrair diferentes tipos de penalidades, tais como as administrativas, cíveis e criminais. Além disso, em muitos casos concretos, o infrator pratica diversos atos para alcançar seus objetivos ilícitos, os quais também podem se enquadrar em numa pluralidade de condutas tipificadas como infração, ensejando a aplicação de uma multiplicidade de sanções.

Por tudo isso, quanto a aplicabilidade de sanções, saliente-se que tanto faz para a Ciência do Direito se a conduta é uma infração prevista como tal em uma única lei ou duas leis diferentes, o que importa, ao menos num primeiro momento, é se a conduta se enquadra ou não em tipos infracionais. Assim, a aplicação de mais de uma sanção ao infrator decorre do Ordenamento Jurídico e não da interpretação isolada de uma lei; contudo, ressalte-se que a aprovação de leis e a eventual aplicação de uma pluralidade de sanções precisam ser analisadas a partir da legislação específica de cada Estado, considerando a eventual existência de limites aplicáveis ao legislador ou à autoridade pública responsável pela aplicação da lei, o que será feito a seguir neste trabalho.

3. DA POLÍTICA LEGISLATIVA BRASILEIRA RELATIVAMENTE À ACUMULAÇÃO DE SANÇÕES

A análise da política legislativa brasileira relativamente a acumulação de sanções deve partir da Constituição nacional; é certo dizer que não há previsão específica e expressa sobre o assunto. Por isso, a doutrina corrobora majoritariamente o entendimento de que pode o Poder Legislativo atribuir uma multiplicidade de sanções, alternativas e acumulativas, a uma mesma conduta infracional ou a condutas infracionais diversas. Nesse sentido, cite-se que Ferreira (2001, p. 133) reconhece a possibilidade de aplicação de múltiplas penalidades administrativas para uma única conduta praticada pelo administrado em razão de não existir proibição constitucional ou legal. Vitta (2003, p.

119) também reconhece a possibilidade de “ser imposta mais de uma penalidade administrativa ao infrator ou responsável, quando ocorre descumprimento de um mesmo dever, porém, explicitamente, a norma determina a imposição, concomitante, de diferentes penalidades administrativas”.

A despeito da omissão autorizativa constitucional, destaca-se que a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), a qual possui a finalidade de orientar a interpretação de todo o Direito pátrio e é dirigida inclusive aos legisladores, admitiu expressamente a sobreposição de penalidades sobre um mesmo agente:

Art. 22. [...]

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato (BRASIL, 1942, grifo nosso).

Destaca-se que, conforme previsto expressamente na LINDB, a pluralidade de penalidades aplicadas em conjunto pode ter inclusive a mesma natureza³; ou seja, há autorização da LINDB para que o Poder Legislativo estabeleça a pluralidade de sanções administrativas que for necessária para a repressão das condutas indesejadas.

Confirmando a orientação geral estabelecida na LINDB, verifica-se que o Direito brasileiro é rico em situações em que uma única conduta atrai múltiplas penalidades, sejam elas de mesma natureza ou não, estando em textos jurídicos distintos ou em uma mesma lei. A título de exemplo, cite-se: o Código Penal prevê diversas hipóteses de restrição de liberdade cumulada com o pagamento de multa penal⁴; o Código de Trânsito Nacional prevê acumulação das penas administrativas de multa e suspensão do direito de dirigir⁵; a prática de homicídio atrai, além de sanções criminais, o dever de indenizar a vítima e a família previsto no Código Civil⁶; o artigo 12 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) estabelece expressamente diversas sanções que podem ainda se

3 Além disso, a natureza da sanção não pode ser motivo para dúvida quanto à possibilidade de acumulação de sanções. A diferença básica entre as sanções penais e administrativas é a autoridade que a impõe. Em sua essência, as sanções possuem as mesmas finalidades, a diferença é que a administrativa é fixada pela Autoridade Pública no exercício da função administrativa e, assim, dentro de um processo administrativo, conforme entende Mello (2019, p. 898): “reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la”. A igualdade de natureza das sanções a serem acumuladas sobre uma única conduta ou mesmo sobre condutas diferentes não determina por si só o grau de reprimenda que a infração exige do Poder Legislativo e, por isso, é possível se acumular sanções de mesma natureza para se punir mais duramente as ofensas mais graves aos valores sociais, mas igualmente se pode acumular sanções de natureza diversa para combater as condutas indesejadas, se assim entender o Poder Legislativo. Na verdade, a aplicação de sanções de natureza diversa é tão somente um desdobramento da independência inquestionável das instâncias penal, administrativa e civil.

4 Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa (BRASIL, 1940).

5 Art. 174. Promover, na via, competição, eventos organizados, exibição e demonstração de perícia em manobra de veículo, ou deles participar, como condutor, sem permissão da autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes), suspensão do direito de dirigir e apreensão do veículo; [...]

Art. 306 Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (BRASIL, 1997).

6 Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima (BRASIL, 2002).



acumular com outras sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica; o artigo 87, §2º, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), permite expressamente a imposição conjunta de multa com a advertência, a suspensão temporária ou a declaração de inidoneidade, tal como a Nova Lei de Licitações.

Especificamente sobre a questão levantada neste trabalho acadêmico, tem-se que a Lei n. 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) estabelece em seu artigo 36 uma pluralidade de sanções que expressamente podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente entre si, independentemente de culpa e em conformidade com a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, mesmo nas situações em que houve apenas uma única conduta punível: multa; publicação extraordinária da decisão condenatória, às expensas do infrator; proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação; inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. Por seu turno, a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) igualmente prevê, em seu artigo 6º, o pagamento de multa cumulado com a publicação extraordinária da decisão condenatória, às expensas do infrator, na hipótese de cometimento das infrações previstas no seu artigo 5º. Além disso, em seu artigo 30, a Lei Anticorrupção prevê expressamente a acumulação de suas sanções administrativas com a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e com a Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações, em processo de substituição pela nova Lei de Licitações – n. 14.133/21)⁷ e, em seu artigo 19, estabelece a possibilidade de acumulação das sanções de multa e publicação extraordinária com outras sanções, de natureza judicial, as quais somente podem ser impostas pelo Poder Judiciário. Então, ao menos isoladamente, não há dúvidas quanto a pluralidade de sanções, inclusive administrativas, que decorrem da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e da Lei Anticorrupção.

Assim, os exemplos de acumulação de sanções para uma ou mais condutas previstas em uma mesma lei ou em leis diferentes são incontáveis no Direito brasileiro e, considerando que a norma é o sentido de um ato de vontade, o local textual de onde se origina a sanção é um mero detalhe. Confirmada a possibilidade de aplicação de uma pluralidade de sanções para uma única conduta infracional, não deve haver dúvidas de que o Direito Administrativo Sancionador pode também prever mais de uma penalidade quando há a prática de duas ou mais condutas indesejadas. E definitivamente a acumulação de penalidades não depende da natureza da sanção, que por si só pouco diz sobre a maior ou a menor necessidade de repreensão da conduta que depende também do tipo da sanção (aspecto qualitativo).

4. DOS MECANISMOS DE CONTENÇÃO DO ABUSO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO

Os princípios do *ne bis in idem*, da proporcionalidade e da razoabilidade integram a

⁷ A Controladoria-Geral da União (CGU) entende que é possível a acumulação de penalidades administrativas previstas na Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93) com a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), mesmo estando as sanções em textos diferentes, conforme consta de seu Manual de Responsabilização de Entes Privados (BRASIL, 2022, p. 68): “A responsabilização administrativa de entes privados tem respaldo de múltiplas fontes normativas. [...] As penalidades previstas nos diplomas podem ser cominadas aos infratores de modo isolado ou cumulado, dependendo da subsunção do caso concreto num ou em mais de um dispositivo legal, o que evidencia a necessidade de diálogo das normas para harmonia do sistema”.

Constituição da República Federativa do Brasil de forma implícita, são pressupostos lógicos estabelecidos a partir de outras regras constitucionais vigentes e respaldados nos cânones da ciência do Direito e na hermenêutica jurídica.

Em relação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não há dúvidas que possuem um alcance imenso tanto como orientação para a atividade legislativa como para a aplicação da norma jurídica. Especificamente no que se refere a fixação legal das penalidades, esses princípios não vedam que o Poder Legislativo estabeleça a aplicação de uma pluralidade de sanções. Contudo, o Poder Legislativo deve considerar a necessidade da ação dissuasória e pedagógica do Estado no combate a ofensa aos valores sociais, prevendo penalidades razoáveis e proporcionais para se atingir a finalidade do *ius puniendi* estatal. Assim, condutas mais graves devem ser punidas mais duramente e isso pode exigir a aplicação de diferentes tipos de sanção. Há certas condutas extremamente ofensivas aos valores sociais que exigirão penalidades cumulativas para sua repreensão, por outro lado, há situações em que a pluralidade de sanções visa conferir a autoridade pública alternativas sancionatórias para combater com efetividade a infração perpetrada, de modo que se possa selecionar as consequências mais adequadas ao tratamento do caso, sejam as penas mais brandas ou as mais duras.

Já no momento da aplicação do Direito, com base nesses princípios, é preciso citar que aquele que comete duas ou mais infrações não poderia, por razoabilidade e proporcionalidade, ser punido igual àquele que praticou uma única dessas mesmas infrações. Para justificar a pluralidade de punições nessas situações de concurso de infrações, Zanobini (1924, p. 156) defende que “se a pessoa tinha um duplo dever de não cometer o fato, cometendo-o, viola duas diversas obrigações e deve suportar as consequências da dupla transgressão”. Ademais, também no momento de aplicação das penalidades e por razoabilidade, com base no § 3º do artigo 22 da LINDB, é preciso reconhecer a possibilidade de detração das penas, de modo que pode ser feito abatimento da aplicação de uma pena imposta por uma determinada autoridade pública na penalidade fixada por outra autoridade de exatamente mesma natureza e com base na mesma conduta e base legal, situação diversa daquela retro mencionada em que existem dois deveres distintos⁸.

Já o princípio *ne bis in idem* é um mecanismo específico de contenção do abuso da pretensão punitiva do Estado, desdobramento do princípio da legalidade e da correlata exigência de tipicidade prévia à punição. Ao contrário dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que limitam a ampla discricionariedade do legislador e do aplicador do Direito, o princípio *ne bis in idem* é uma diretriz voltada restritiva e primordialmente àqueles que aplicam o Direito. Nesse sentido, no âmbito administrativo, Mello (2007, p. 210-211) entende que o princípio do *non bis in idem* é uma orientação dirigida para a autoridade pública que processa e pune seus agentes. Esse princípio proíbe o duplo enquadramento no mesmo tipo a atrair a dupla punição de um agente pela prática de um único ato, afastando a possibilidade de que o enquadramento seja feito duas vezes em um mesmo tipo penal, administrativo ou civil. Nakayoshi e Bandeira de Mello (2022) concluem, após vasta revisão bibliográfica, que haveria *bis in idem* quando duas ou mais punições possuem a tríplice identidade de sujeito infrator, fatos e fundamentos. Assim, de acordo com esse princípio, a sanção ou o conjunto de sanções previstas numa norma descumprida somente pode incidir uma única vez para cada

8 O Tribunal de Contas da União já reconheceu em seus julgados, conforme consta no Acórdão 977/2023 – Plenário, a possibilidade de detração: “que fosse considerada a detração do tempo da penalidade aplicada pela CGU, pois, nos dois casos citados, as sanções desta e do TCU seriam de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”, que seria a existência de “fraudes em licitações para obras de implantação da Refinaria do Nordeste (Rnest)” (BRASIL, 2023).



conduta delituosa efetivamente praticada.

Consequentemente, a duplicidade de punição que o princípio *ne bis in idem* evita é aquele em que uma ou mais autoridades de julgamento aplicam a uma mesma conduta exatamente a mesma norma (em termos de tipificação e sanção) duas ou mais vezes⁹. Outro desdobramento do princípio em comento é a não possibilidade de nova punição por norma posterior que revogou norma anterior que justificou uma primeira punição, seja a segunda mais grave ou não. Além disso, a regra do *ne bis in idem* proíbe que uma mesma circunstância fática seja utilizada duas vezes em condições diferentes para penalizar o agente como agravante dentro do mesmo tipo infracional; em tipos distintos, essa regra fundamenta a absorção da infração menos grave contida na mais grave, uma vez que a primeira integra a segunda.

Ou seja, somente haverá *bis in idem* quando existir identidade de conduta, agente e fundamento jurídico, aqui entendido como norma proibitiva (tipo e sanção). Dito em termos mais simples, a duplicidade de punição que o princípio *ne bis in idem* evita é aquele em que uma ou mais autoridades de julgamento aplicam a uma mesma conduta exatamente a mesma norma (em termos de tipificação e sanção) duas ou mais vezes. Se o fundamento jurídico para a punição (tipo infracional e sanção) da conduta é outro ou se existe mais de uma conduta enquadrável em dois ou mais tipos diferentes, não há *bis in idem* e sim concurso de infrações: houve realmente mais de uma infração e é natural que a legislação estabeleça punição mais dura para aquele que descumpre mais de um dever.

5. DA CUMULATIVIDADE DAS SANÇÕES DA LEI N. 12.529/2011 E LEI N. 12.846/2013

A Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência dispõe que compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, sem mencionar expressamente qualquer atribuição relativa especificamente a práticas de corrupção (BRASIL, 2011).

Dentro dessa pluralidade de temas, a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência prevê diversas infrações, dentre as quais se destaca a infração à ordem econômica de “ajustar com concorrente, sob qualquer forma: [...] preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública”:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

⁹ Além disso, o princípio *ne bis in idem* proíbe que uma mesma circunstância fática seja utilizada duas vezes em condições diferentes para penalizar o agente como agravante dentro do mesmo tipo infracional.

IV - exercer de forma abusiva posição dominante. [...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam **infração da ordem econômica**:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; [...] (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Então, com base na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, é preciso reconhecer duas situações fáticas distintas indesejadas que devem ser consideradas como formação de cartel¹⁰: a) agentes econômicos em tese concorrentes que passam a combinar previamente a atuação conjunta em licitações para controlar preço e outras condições de contratação (inciso I, alínea “d” do §3º do artigo 36); b) agentes econômicos em tese concorrentes que passam a combinar previamente a atuação conjunta em outras situações de mercado que não sejam afetas a procedimentos de licitação (demais hipóteses do §3º do artigo 36). Na primeira hipótese, o enquadramento na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é feito especificamente no inciso I, alínea “d”, do § 3º do artigo 36, enquanto a segunda hipótese se enquadraria na previsão mais genérica das alíneas a, b e c no inciso I do § 3º do mesmo artigo (BRASIL, 2011). Será, conseqüentemente, competência do Cade avaliar a formação de cartel, inclusive quando procedimentos licitatórios ou contratos públicos são afetados.

Por outro lado, a Lei Anticorrupção trata especificamente do combate à corrupção e conferiu à CGU competência concorrente com outras autoridades públicas para instauração de procedimentos de responsabilização de pessoas jurídicas, nos termos do § 2º do art. 8º. Essa lei prevê diversas práticas como corrupção, das quais se destaca a fraude em licitação pública ou do contrato dela decorrente:

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: [...]

10 De acordo com a Cartilha do Cade de 2016, “cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível” (BRASIL, 2016, p. 14).



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; [...] (BRASIL, 2013, grifo nosso).

O artigo 5º da Lei Anticorrupção, ao tipificar os atos lesivos à Administração Pública brasileira, destaca, nas alíneas “a” e “d” do seu inciso IV, a fraude praticada no âmbito das licitações e dos contratos públicos. Num primeiro momento, o intérprete poderia imaginar que essas regras estão em conflito entre si. A solução da antinomia aparente é simples em razão da regra hermenêutica da especialidade. A alínea “a” trata das fraudes em licitação mediante ajuste de vontades e a alínea “d” trataria das demais fraudes em licitação e contratos públicos, as quais não exigem ajuste prévio ou combinação. Assim, a alínea “a” do inciso IV do artigo 5º da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) diz respeito especificamente a qualquer ajuste para fraudar licitações¹¹ (BRASIL, 2013).

Dito isso, restaria uma outra aparente contradição a ser discutida. A alínea “a” do inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção e a alínea “d” do inciso I do §3º do artigo 36 da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, já que ambas as regras também versariam sobre fraude em licitação pública mediante ajuste. Uma leitura pautada meramente na literalidade dos textos legais levaria ao equivocado entendimento que uma pessoa jurídica que ajusta com o concorrente o preço de uma licitação não poderia ser punida de forma cumulativa pela Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e Lei Anticorrupção em função principalmente do princípio do *non bis in idem*, de modo que incidiria no caso concreto apenas uma dessas leis.

Contudo, se presume a validade das leis não revogadas expressamente; assim, a primeira hipótese a se considerar é que não existe contradição real entre as normas, mas apenas uma necessidade de delimitação da abrangência normativa a ser resolvida por uma interpretação adequada, de modo que se deve considerar a compatibilidade das regras em discussão. Além do mais, a partir de uma interpretação finalística do Direito, a atuação dos órgãos de controle interno e externo não pode ser considerada antagônica, mas complementar na medida em que suas atividades buscam alcançar finalidades no mínimo conexas. Por isso e considerando uma interpretação sistemática do Direito, durante a atividade de fixar sentido (reconhecer a norma jurídica), deve-se buscar a conciliação das competências do Cade e da CGU na atividade de controle.

Não há dúvidas de que o escopo de atuação do Cade é diferente que o da CGU e isso está pautado na literalidade normativa, sendo certo de que a lei não traz palavras inúteis; o Cade busca basicamente a proteção da ordem econômica enquanto a CGU é a autoridade de combate à corrupção e de melhoria da gestão no nível federal. Assim, a competência para prevenir e reprimir infrações à ordem econômica, inclusive cartéis, é do Cade que, nos termos da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, deve impor sanções administrativas às condutas anticompetitivas descritas no artigo

¹¹ O ajuste poderia ser entre uma única empresa concorrente e os funcionários do Estado, o que não configura cartel.

36 da Lei de Defesa da Concorrência, dentre as quais a formação de cartel. Essas são competências distintas das da CGU, assim explicitamente reconhecidas no art. 29 da Lei Anticorrupção, norma que reforça a tese de que as sanções poderiam em tese ser acumuladas:

Art. 29. O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica (BRASIL, 2013).

O próprio Cade reconhece que tem competência para punir a formação de cartel, mas não é de sua competência avaliar qualquer prática de corrupção:

Importa ressaltar que a relação entre as esferas se trata de ação coordenada, pois **o combate à corrupção**, ainda que a prática esteja intimamente ligada a um ilícito de cartel, **não é competência do Cade** (BRASIL, 2019, p. 57, grifo nosso).

Isto posto, não há dúvidas de que a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência incumbiu o Cade de aplicar sanções administrativas aos membros de cartéis, inclusive quando um cartel age para fraudar licitação ou contratos públicos. Por outro lado, é de se ressaltar que nem toda prática de corrupção irá atrair a competência do Cade, mas apenas aquelas vinculadas à manutenção da ordem econômica.

Já a CGU é a principal agência anticorrupção do Brasil. A Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) conferiu a esse órgão de controle competência para instauração ou avocação de procedimentos de responsabilização de pessoas jurídicas, no âmbito do Poder Executivo federal, conforme § 2º do art. 8º (BRASIL, 2013). Essa competência abarca as infrações do retro mencionado artigo 5º da Lei Anticorrupção, inclusive quaisquer fraudes a licitação ou contratos públicos envolvendo o Poder Executivo federal.

A fraude em uma licitação pode ocorrer de diversas maneiras diferentes; existem formas de se fraudar licitações e contratações públicas que não envolvem acordo entre concorrentes: superfaturamento, falta de ampla divulgação do certame, dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação, direcionamento a uma empresa no momento da elaboração do edital, apresentação de documentos falsos, desnecessidade de contratação etc. Então, a fraude à licitação e contratação pública pode ou não envolver ajuste prévio; e mesmo quando há ajuste com o intuito fraudatório não necessariamente ele é feito entre as empresas licitantes ou contratantes. O acordo de vontades para fraudar a licitação pode, por exemplo, ser feito por um dos licitantes com servidor do órgão contratante ou mesmo dos órgãos públicos supervisores ou de controle.

Independentemente da modalidade de fraude à licitação, o ato fraudulento cometido em um procedimento licitatório lesa o patrimônio público e a lisura da escolha do fornecedor de bens e serviços, valores jurídicos protegidos pela CGU. A formação de cartel, por seu turno, ofende a economia de mercado, em especial a livre concorrência entre os agentes privados, atraindo a atuação do Cade. Formar um cartel e fraudar uma licitação ou contratação pública são condutas diversas, ainda que possam estar presentes no mesmo caso concreto, e ofendem valores sociais diferentes, possuindo tipificação penal e administrativas também diversas. Nesse sentido, o Cade registrou entendimento



em seu Guia de Combate a Cartéis em Licitação de que a formação de cartel e a fraude seriam realmente duas infrações diferentes:

é preciso entender que ainda que interconectadas **as práticas de corrupção e colusão são ilícitos autônomos**, *i.e.*, uma não é condição para a existência da outra, podendo, nesse sentido, existir de maneira completamente independente.

Consequentemente, cartéis em licitações e atos de corrupção são infrações de natureza diversa e recebem tratamento próprio no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, é muito importante reconhecer corretamente as condutas que caracterizam um e outro e os efeitos daí decorrentes, como a espécie de sanção aplicável a cada caso, os órgãos competentes para investigar e aplicar punições, e etc. (BRASIL, 2019, p. 56, grifo nosso).

Dito isso, tem-se que: 1) Nem sempre haverá cartel em situação de fraude à licitação ou contratação pública; 2) Há situações de cartel em que não há fraude à procedimento de licitação ou contratação pública; 3) o Cade somente pune em razão do ato de formação de cartel, haja ou não procedimento de licitação ou contratação pública; 4) enquanto a CGU pune em decorrência da existência da fraude, haja ou não a formação de cartel; 5) para se cometer a infração de cartel não é necessário fraudar licitação e vice-versa, então, não se aplica o princípio da absorção de uma penalidade pela outra; 6) a alínea “d” do inciso I artigo 36 da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência versa sobre um ajuste específico atentatório à ordem econômica, a formação de cartel em situação de fraude em licitação pública, não havendo contradição com as normas da Lei Anticorrupção que pune exclusivamente fraudes, independentemente da existência de cartel, como por exemplo o ajuste entre funcionários públicos e uma única empresa e o superfaturamento na execução do contrato.

Dessa forma, observa-se que, apesar da fraude em licitação e formação de cartel possuírem certa congruência prática, as infrações permanecem sendo situações que não se confundem e, em cada caso, haverá uma norma aplicável e um órgão competente para investigação e responsabilização. Consequentemente, um mesmo caso concreto pode conter ações que se enquadrem como infrações contra a ordem econômica, como a formação de cartel, cuja competência para apuração administrativa é exclusiva do Cade, e outras condutas lesivas ao patrimônio público que caracterizam ato de corrupção, como a fraude a licitações e contratos públicos, mediante ajuste ou não, cuja competência para apuração administrativa é das unidades de correição do Poder Executivo federal ou concorrentemente da própria CGU.

Esse entendimento sepulta qualquer incoerência aparente entre a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Lei Anticorrupção. Ademais, sendo certo de que a fraude e a formação do cartel são condutas ilícitas diversas e autônomas, previstas em tipos legais diferentes em que um não pressupõe a prática do outro, não há que se alegar situação de *bis in idem*. Também por causa dessa autonomia dos tipos ilícitos em comento, não é possível a detração das penalidades aplicadas pela CGU e pelo Cade, ainda que se trate de sanções de mesma natureza, seja de multa ou impedimento de licitar.

Sob a ótica dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ainda resta pendente a

discussão sobre a possibilidade de acumulação entre as infrações previstas na alínea “d” do inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção e a alínea “d” do inciso I do §3º do artigo 36 da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, respectivamente, “fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente” (BRASIL, 2013) e “acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: [...] preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública” (BRASIL, 2011). Isso porque, embora esteja pacificada a existência de competências da CGU e do Cade para atuar numa mesma situação concreta de fraude à licitação mediante atuação de cartel com base em tipos infracionais autônomos, a acumulação de sanções poderia ser desproporcional ou desarrazoada.

Considerando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não pode haver dúvida de que a prática das duas condutas ilícitas autônomas em discussão é uma ofensa ainda maior à sociedade do que cada prática isoladamente de uma delas, causando danos mais profundos aos valores sociais tutelados pelo Direito¹². Ora, a formação prévia de um cartel confere muito mais potencial lesivo à sociedade para fraudar licitações e, conseqüentemente, lesar o patrimônio público do que uma fraude envolvendo uma única empresa em conluio com um único funcionário público; além do que o cartel pode se manter para a prática de outras infrações, inclusive diversas da fraude de licitações e contratos públicos.

No Direito Penal, a fixação das penalidades quando há a prática de duas condutas ilícitas diversas é solucionada pelos institutos do concurso de infrações, mais especificamente o concurso material¹³. Nesse sentido, um exemplo do Direito Penal pode ser ilustrativo e contribuir, por analogia de tratamento, para a solução do suposto conflito entre as alíneas “d” do inciso IV do artigo 5º da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e alínea “d” do inciso I artigo 36 Lei n. 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Suponha que 3 ou mais pessoas se associem para a prática de crimes e, de fato, consumem a prática de roubo. A associação criminosa está prevista no artigo 288 do Código Penal, enquanto o roubo configura o delito autônomo do artigo 157 do mesmo diploma. Não há dúvidas de que são praticados 2 crimes diferentes, em que um não é meio necessário para a prática do segundo, havendo conseqüentemente concurso de crimes. Ora, o cartel é justamente uma forma de associação ilícita, típica de empresas, e não é meio necessário para realizar fraudes, mas necessariamente visa a prática de atos ilícitos. Então, em paralelo com a associação criminosa para prática de outros delitos, caso o agente cometa as duas infrações administrativas, as penas devem ser acumuladas:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA (ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL). [...] CONDENAÇÃO CONCOMITANTE PELOS DELITOS DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. VÍNCULO ASSOCIATIVO. EXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE À CONDENAÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/ STJ. [...]

12 A formação de cartel, por si só, causa efeitos gravíssimos à sociedade. Nesse sentido, cite-se Deschk (2016, p. 177, grifo nosso): “O cartel é considerado a mais grave lesão à concorrência, dentre as condutas anticompetitivas. Cartel é um acordo entre concorrentes, cujo objetivo é eliminar a concorrência, podendo ser através de fixação de preços, cotas de produção, divisão de mercados, entre outros. O cartel traz enormes prejuízos para a sociedade, aumentando o preço dos produtos e afetando sua disponibilidade no mercado, prejudicando os consumidores, o desenvolvimento da economia, e a inovação tecnológica, afetando de maneira considerável o bem-estar social [...]”.

13 De acordo com o Código Penal (art. 69), haveria concurso material quando: “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido” (BRASIL, 1940).



4. Segundo a jurisprudência desta Corte, não há bis in idem na condenação pelo crime de associação criminosa armada e pelo de roubo qualificado pelo concurso de agentes, pois os delitos são autônomos, aperfeiçoando-se o primeiro independentemente do cometimento de qualquer crime subsequente. Ademais, os bens jurídicos protegidos pelas normas incriminadoras são distintos – no caso do art. 288, parágrafo único, do CP, a paz pública e do roubo qualificado, o patrimônio, a integridade física e a liberdade do indivíduo (BRASIL, 2019, grifo nosso).

A solução da questão proposta neste artigo pelas regras do concurso material de infrações é razoável, tal como no Direito Penal, e proporcional, já que a reprimenda pela prática de atos contra a ordem econômica e ainda contra o patrimônio público deve ser maior do que pela prática isolada de uma delas.

Indo além do paralelismo com o Direito Penal, o Supremo Tribunal Federal possui julgados que corroboram o entendimento de que a acumulação de penalidades administrativas seria possível, seja pela prática de uma única ou mais de condutas ilícitas. Nesse sentido, no MS 35.435/DF, a decisão do STF registrou que “diferente do que ocorre no regime do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, fica claro que as condutas passíveis de punição pela Lei Anticorrupção também podem configurar, além de crimes, outras infrações administrativas e também com repercussões judiciais” (BRASIL, 2021, p. 18, grifo nosso). Com base nessa decisão, o STF, tacitamente, também entendeu que as diversas instituições que atuam no combate a corrupção não têm suas competências prejudicadas pela atuação pretérita de outro, desde que não ainda restem condutas a serem avaliadas¹⁴. A conclusão principal foi de que não é possível a dupla penalização administrativa no microsistema anticorrupção quando não for evidente que valores jurídicos diversos foram atingidos¹⁵, o que reforça a tese de que o acúmulo de penas do Cade e da CGU no caso de fraude à licitação mediante formação de cartel seria lícita.

O mesmo tribunal, no âmbito do MS 38007 MC / DF, apreciou pedido de empresa apenas administrativamente de forma acumulativa; a empresa “afirmou que na dosimetria da sanção aplicada pelo Tribunal de Contas da União deve[riam ter sido] consideradas as penas impostas por outros órgãos de controle, sobretudo a Controladoria-Geral da União” (BRASIL, 2021, p. 2). Em decisão liminar relativamente a esse pedido, o STF entendeu que o argumento em questão não afasta a presunção de legalidade da punição vigente.

Embora essas decisões citadas do STF não se refiram especificamente a acumulação de penalidades aplicadas pela CGU e pelo Cade em situação de fraude à licitação decorrente de atuação de cartel, devem ser consideradas, por raciocínio a contrário senso, referência importante que confirma a ideia central de que as penas devem ser somadas na hipótese discutida pelo artigo.

¹⁴ O caso concreto é diferente do problema proposto neste artigo, mas o raciocínio nessa decisão é válido: “Em decisão formalizada, em 13.4.2018, no MS 35.435 [...] busquei deixar claro que: “se os acordos de leniência **não contemplarem em sua totalidade a reparação** do dano causado ao erário, é possível ao TCU julgar as contas daqueles que deram causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” (BRASIL, 2021, p. 34, grifo nosso). Ainda assim, curiosamente, essa decisão do STF impediu a aplicação da penalidade cominada pelo TCU: “tendo o TCU outros mecanismos aptos a atingir tais finalidades, não é razoável que aplique penalidade que inviabilize o cumprimento dos acordos firmados por outros entes” (BRASIL, 2021, p. 34, grifo nosso).

¹⁵ “[...] há inegável sobreposição fática entre os ilícitos admitidos pelas colaboradoras perante a CGU/AGU e o objeto de apuração do controle externo. Se tal sobreposição fática não for considerada de forma harmônica, sobreleva-se o risco de determinada empresa ser apenada duas ou mais vezes pelo mesmo fato, a despeito de não ser evidente a pluralidade de bens jurídicos tutelados pelas distintas esferas de responsabilização” (BRASIL, 2021, p. 46).

6. CONCLUSÃO

Existem diversos limites constitucionais e legais para a atividade punitiva do Estado, tais como os princípios da legalidade, anterioridade, tipicidade, ampla defesa e contraditório, proporcionalidade, razoabilidade, *non bis in idem* etc.

Contudo, não existe qualquer norma constitucional ou legal que proíba o Poder Legislativo especificamente de prescrever a acumulação de sanções administrativas ou de sanções administrativas com sanções de outras naturezas, como as criminais e civis; ainda assim, o Poder Legislativo deve desempenhar sua função de estabelecer as sanções de forma proporcional e razoável com os valores sociais ofendidos¹⁶. Dito isto, é absolutamente normal em um Estado de Direito a previsão legal de acumulação de penalidades tanto para uma mesma conduta como para múltiplas condutas, sendo que teoricamente na primeira hipótese a justificativa é a necessidade de maior rigor no combate a prática indesejada e, na segunda hipótese, a dupla punição decorre da prática de duas condutas infracionais que atingem valores sociais diversos, não sendo razoável, proporcional e isonômico que aquele que pratica somente uma delas seja punido da mesma forma que quem praticou as duas.

No momento da aplicação das penalidades legalmente cominadas, também cabe observar os limites retro mencionados. A aplicação das penalidades no Brasil, relativamente a fraude à licitação mediante formação de cartel é complexo, pois existem diversos órgãos competentes para processar e julgar as diversas condutas tipificadas como infração. Exigir que haja apenas uma única autoridade pública competente para julgar todas as práticas infracionais possíveis, mesmo se fossem apenas as administrativas, seria inviável dada a necessidade de especialização dos órgãos públicos. Se, por um lado, é plenamente possível do ponto de vista jurídico que o Cade e a CGU atuem reprimindo infrações dentro de um mesmo contexto fático, formado por diversas condutas antijurídicas, deve-se reconhecer certa dificuldade na unificação razoável e proporcional das penalidades, mas se trata de obrigação prevista na LINDB, conforme já mencionado.

Retomando especificamente os limites punitivos discutidos neste trabalho, uma análise afoita da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e da Lei Anticorrupção poderia concluir que pessoas jurídicas que praticam fraude em uma única e específica licitação mediante formação de cartel não poderiam ser punidas cumulativamente com as penalidades fixadas por essas leis; por exemplo, não poderia haver a aplicação de duas multas ou duas declarações de inidoneidade, uma pelo Cade e a outra pela CGU. Assim, aqueles que defendem a existência de excesso punitivo do Estado na fraude em licitação mediante cartelização, como Vianna e Souza (2022), costumeiramente retratam a acumulação de sanções administrativas como infringente ao princípio *ne bis in idem* no momento da aplicação da norma jurídica ou alegam genericamente que a penalização seria desproporcional e desarrazoada¹⁷.

De fato, o princípio *ne bis in idem* é um dos muitos mecanismos de contenção do abuso da pretensão punitiva do Estado. Mas, conforme retro discutido, não há *bis in idem* quando se pune

¹⁶ Nesse sentido, Mello (2007, p. 212) defende que: “[...] o princípio do *non bis in idem*, por outro lado, não veda ao legislador a possibilidade de atribuir mais de uma sanção administrativa a uma mesma conduta. Foi afirmado acima que a sanção que atende ao princípio da proporcionalidade é a prevista no ordenamento jurídico: o legislador, observadas as normas constitucionais, define as medidas sancionadoras adequadas e proporcionais para cada situação de fato. Se estabelece a lei formal múltiplas sanções para uma mesma conduta, são elas as sanções adequadas e proporcionais, não sendo sua aplicação ofensiva ao princípio do *non bis in idem*.”

¹⁷ Sobre a acumulação de sanções oriundas do microssistema anticorrupção brasileiro, Vianna e Souza (2022, p. 868) defendem que a acumulação de sanções “não é, necessariamente, a aplicação do Direito que melhor atende à finalidade do Direito Sancionador. A defesa de tal entendimento teria que se sustentar apenas sob o aspecto retributivo de tais penas, deixando de lado os objetivos de reabilitação, atingimento da política pública e mesmo de dissuasão geral.”



uma pessoa jurídica pela associação criminosa na forma de cartel seguida pela prática de fraude em licitação, já que não há nessa situação identidade de fundamento fático e legal¹⁸, embora haja identidade de sujeitos. Se o fundamento jurídico para a punição (tipo infracional e sanção) de uma única conduta é outro, como no presente estudo em que existe mais de uma conduta enquadrável em dois tipos diferentes, não há *bis in idem* e sim concurso de infrações (houve realmente mais de uma infração). Então, o princípio *non bis in idem* somente proíbe a repetição punitiva se seu fundamento for exatamente o mesmo que justificou a primeira punição, aqui entendida a situação em o agente realmente só praticou uma conduta enquadrável em uma única tipificação¹⁹. Por tudo isso, dentro de um contexto jurídico em que se admite a pluralidade de sanções para uma mesma conduta, inclusive o concurso de infrações, o argumento do *ne bis in idem* é restringido, não se aplicando a essas situações absolutamente normais de múltipla penalização legalmente previstas retratadas exaustivamente neste trabalho, em especial quando há duas infrações diferentes como no caso da fraude mediante formação de cartel.

Discussão igualmente relevante é sobre a importância dos princípios da desarrazoabilidade e da desproporcionalidade no momento da fixação das sanções administrativas, cíveis e judiciais para as infrações de formação de cartel e fraude à licitação; a aplicação cumulativa exige a avaliação dessas sanções não apenas isoladamente consideradas, mas também o impacto do conjunto das medidas à pessoa jurídica. Isoladamente, não há dúvidas de que quem pratica duas infrações diversas deve ser punido mais duramente do que aquele que praticou apenas uma dessas mesmas condutas infracionais²⁰, o que reforça a presunção de constitucionalidade da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e da Lei Anticorrupção.

Quando da avaliação da proporcionalidade e razoabilidade do conjunto das sanções, é, nesse momento, que as alegações de Vianna e Souza (2022, p. 867) se tornam referências importantes: “Além dos efeitos retributivo e dissuasório específico, a aplicação de penas administrativas visa a corrigir e coibir os comportamentos considerados reprováveis e, assim, criar uma estrutura de incentivos para que os administrados atuem de acordo com a forma desejada pelo Estado.” Nesse sentido, Vianna e Souza (2022) entendem que, às vezes, o ente privado é punido “de forma tão gravosa que atinge o ponto de impedir sua correção de rumo e retorno à atividade tutelada pelo Estado (na maioria das vezes, econômica).” Realmente, as pessoas jurídicas são apenas uma ficção, mas que geram produtos, serviços, empregos e tributos para a sociedade; talvez a melhor decisão em termos de política legislativa não seja punir severamente as empresas e sim aqueles que atuaram em seu nome, permitindo mais facilmente a reabilitação da empresa para continuidade de suas atividades lícitas. Concretamente, a múltipla punição por autoridades públicas diferentes²¹ tem alto potencial de

18 Mello (2007, p. 210-211) entende que a regra do *non bis in idem* é uma orientação dirigida para a Administração Pública; esse princípio estabelece que a sanção prevista na norma descumprida somente pode incidir uma única vez para cada conduta delituosa efetivamente praticada. Inclusive, por isso, o princípio *ne bis in idem* é desdobramento do princípio da legalidade e da regra da tipicidade.

19 Tacitamente a Súmula n. 19 do Supremo Tribunal Federal contém esse raciocínio, pois a identidade de processos (litispendência e coisa julgada) exige igualdade de partes (Estado e acusado), a mesma causa de pedir (fundamento jurídico e fático para a punição) e o mesmo pedido (enquadramento da conduta em determinado tipo e sanção): “Súmula 19/STF - Servidor público. Processo administrativo disciplinar. É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira” (BRASIL, 1963).

20 A penalidade a ser aplicada a quem pratica concurso de infrações, seja formal ou material, não pode jamais ser a mesma aplicável a quem comete apenas uma delas, pois do contrário os princípios da proporcionalidade e razoabilidade estariam sendo completamente desrespeitados.

21 Ao deixar de comutar a sanção imposta pelo conjunto de órgãos sancionadores poder-se-ia estar desrespeitando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

acarretar abuso do poder punitivo do Estado, notadamente quando a soma das punições ultrapassa os limites máximos de declaração de inidoneidade e da multa previstos em lei, o que não seria admissível, ou ainda quando o conjunto das penalidades se revela evidentemente acima daquilo que a pessoa jurídica poderia suportar. Por essa razão, faz sentido a discussão do excesso de punição tanto na academia, no Poder Judiciário e na política para se avaliar se realmente a legislação e a aplicação das penalidades realmente está adequada à Constituição da República²², ao § 3º do artigo 22 da LINDB e aos anseios sociais, competindo primacialmente ao Poder Legislativo realizar a mudança caso seja essa necessária.

Nesse sentido, a falta de um regramento específico para a exasperação da pena, em qualquer hipótese de concurso de infrações administrativas, é merecedora de críticas. É no momento da unificação das penas, qualquer que seja a natureza delas, que seria viável avaliar a aplicação do conjunto de sanções a uma determinada conduta sob o prisma da proporcionalidade e razoabilidade²³. A solução do problema em discussão, considerando a omissão do Poder Legislativo, perpassa notadamente pela cooperação entre os entes públicos responsáveis pela atividade punitiva, no caso concreto a CGU e o Cade, a fim de serem estabelecidos critérios para afastar o abuso da pretensão punitiva em sede administrativa²⁴. Embora a aplicação das sanções decorra do estatuído pelo Poder Legislativo, a quem compete estabelecer quais valores sociais serão tutelados e quais sanções serão aplicáveis na hipótese de ofensa aos mesmos, é admitido que o aplicador da norma jurídica sopesse as sanções a partir dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, em um momento específico de unificação das penas administrativas que precisa estar previsto normativamente, mesmo que em uma portaria conjunta que estabeleça objetivamente os limites legais do razoável e proporcional para persecução da finalidade da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e da Lei Anticorrupção.

Dito tudo isso, é preciso reconhecer a legitimidade do movimento garantista no Direito brasileiro preocupado em limitar o abuso do exercício do poder-dever do Estado de punir os infratores. Deve haver uma preocupação com a punição excessiva, mas não parece ser em regra o caso das empresas que formam um cartel para fraudar licitações e contratos públicos. Não há identidade de finalidade das atividades sancionatórias da CGU e do Cade e as infrações tipificadas cometidas sequer são as mesmas, ofendendo valores sociais completamente diversos, tratando-se na verdade de situação de concurso material de infrações, cuja solução doutrinária, na ausência de regra legal específica, é a acumulação das penalidades, solução é plenamente coerente com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia estabelecidos pelo Direito, já que não é justo que aquele que praticou duas infrações acumuladas seja punido igualmente como aquele que praticou somente uma. Por isso, enquanto não forem promovidas alterações legislativas, as empresas que integrem cartéis e fraudem licitações irão atrair as sanções da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e da Lei Anticorrupção, havendo concurso material de infrações administrativas regido

22 O Poder Judiciário pode reconhecer o excesso de punição prevista pelo Poder Legislativo, declarando a inconstitucionalidade da lei com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, mas isso tende a ser feito em casos concretos isolados pelo controle de constitucionalidade difuso.

23 Há outras vantagens na unificação das penas, uma delas é conhecer a existência de acordos de leniência que podem em tese abonar certas infrações.

24 A necessidade de cooperação é, de fato, mais ampla do que estabelecer regras para a unificação das penalidades. A atuação coordenada das instituições públicas garantidoras do microssistema anticorrupção é imprescindível para se alcançar a finalidade legal de combater a corrupção e, ao mesmo tempo, manter a segurança jurídica na sociedade. O CADE e a CGU possuem normativos prevendo a cooperação, tais como Portaria Normativa Cade nº 21/2022; ACT Cade-MPF nº 1/2020 e Acordo de Cooperação nº 02/2014, mas nenhum deles estabelece procedimento para unificação das penalidades.



pela soma das penas, sejam essas as restrições ao direito de licitar, as publicações extraordinárias ou as multas.

Contudo, no momento da aplicação, as penalidades cominadas devem ser sopesadas pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, por força do § 3º do artigo 22 da LINDB. Na hipótese em que o conjunto das penas evidenciar um ônus que impeça a correção de rumo da pessoa jurídica para a atividade lícita de gerar produtos, serviços, empregos e tributos para a sociedade, a finalidade da lei estaria sendo descumprida e seria possível limitar as consequências com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade reconhecidos tacitamente no § 3º do artigo 22 da LINDB.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do Cade**. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3rg3phq>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Combate a Cartéis em Licitações**. Brasília: Cade, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3ivMNB7>. Acesso em: 27 maio 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Manual de Responsabilização de Entes Privados**. Brasília: CGU, 2022. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/68182>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: <https://bit.ly/3CeAfV8>. Acesso em: 30 jan. 1940.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: <https://bit.ly/45KQO8R>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3WPJHYx>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 11 de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3MPmPDV>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3MQ9ICC>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://bit.ly/3NaSf9m>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1425424/SP**. Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi, 06 de agosto de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3oS4gab>. Acesso em: 31 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 38007/DF**. Impetrante: Techint Engenharia e Construção S.A. Relator: Ministro Marco Aurélio, 10 de setembro de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3NczEcO>. Acesso em: 30 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 35435/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 30 de março de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/45LLi5l>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 19**. É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1963. Disponível em: <https://bit.ly/30WcBEE>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 977/2023**. Plenário. Responsável: Techint Engenharia e Construção S.A. (61.575.775/0001-80). Relator: Ministro Benjamin Zymler, 17 de maio de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2590546%22>. Acesso em: 30 maio 2023.

DESCHK, João Paulo Vieira. A Formação de Cartéis e a Proposição de Acordos de Leniência por Parte das Empresas Autoras de Infração à Ordem Econômica. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Florianópolis, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3qpEXNo>. Acesso em: 30 jan. 2023.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2019.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

NAKAYOSHI, Keiko. BANDEIRA DE MELLO, Renata Costa. Reflexões sobre a vedação ao *bis in idem* e a sobreposição de sanções da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção: Impacto das alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021 na punição de pessoas jurídicas. In: **Cadernos Técnicos da CGU – Artigos Correicionais**. Novembro de 2022. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU/issue/view/42/49. Acesso em: 26 mar. 2023.

VIANNA, Marcelo Pontes; SOUZA, Renato Machado de. A pluralidade de regimes sancionatórios e institutos de leniência: uma proposta de aplicação dos institutos da *double jeopardy clause* e o excesso punitivo. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Justiça Consensual**: acordos penais, cíveis e administrativo. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 867-894.

VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZANOBINI, Guido. **Le Sanzioni Amministrative**. Torino: Fratelli Bocca, 1924.

