

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA MACHADO

**O ACORDO DE LENIÊNCIA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA  
INTEGRAÇÃO NECESSÁRIA**

MARÍLIA  
2017

PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA MACHADO

**O ACORDO DE LENIÊNCIA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA  
INTEGRAÇÃO NECESSÁRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudanças Sociais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias.

MARÍLIA  
2017

Machado, Pedro Antonio de Oliveira

O acordo de leniência e a lei de improbidade administrativa:  
uma integração necessária / Pedro Antonio de Oliveira Machado. -  
Marília: UIIMAR, 2017.

234f.

Dissertação (Mestrado em Direito - Empreendimentos  
Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade  
de Marília, Marília, 2017.

Orientação: Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias

1. Direito 2. Corrupção 3. Improbidade Administrativa  
4. Acordo de Leniência I. Machado, Pedro Antonio de Oliveira

CDD – 341.3

PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA MACHADO

**O ACORDO DE LENIÊNCIA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA  
INTEGRAÇÃO NECESSÁRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudanças Sociais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias.

Aprovado pela Banca Examinadora em 10/03/2017

---

Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias  
Orientador

---

Prof. Dr. Olavo de Oliveira Neto  
Avaliador Externo

---

Prof. Dr. Elias Marques de Medeiros Neto  
Avaliador Interno

Dedico esse trabalho, em primeiro lugar, à minha família, meu refúgio seguro, ponto de apoio sem o qual seria muito difícil, quiçá impossível, a sua realização: minha esposa Lúcia (companheira de todas as horas) e meus filhos Laura, Otávio, Lívia e Ana Helena.

Dedico também esse trabalho à própria Universidade de Marília (e aos seus gestores), entidade educacional na qual obtive a acolhida e o apoio para o aprendizado, desenvolvimento e a pesquisa, necessários à elaboração desta dissertação.

Dedico, por fim, a todos que acreditam na democracia, no direito e no sonho de que é possível (com perseverança), construir um país menos desigual.

Agradeço a colaboração de todos os professores e colegas de classe, com quem tive o privilégio de conviver e aprender, pessoas especiais das quais mais recebi do que dei.

Agradeço também a todos os meus colegas de trabalho, que de uma forma ou de outra, me apoiaram e auxiliaram para que eu pudesse levar adiante e concluir essa dissertação.

Agradeço especialmente ao meu orientador (e amigo) professor Dr. Jefferson Aparecido Dias, com seu otimismo vibrante e inspirador, pela orientação, pelo acolhedor apoio material, científico, psicológico e, também, pelo carinho, atenção e paciência, que foram imprescindíveis desde o ponto de partida até a chegada, no caminho percorrido para a conclusão da presente dissertação

## **O ACORDO DE LENIÊNCIA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA INTEGRAÇÃO NECESSÁRIA**

**RESUMO:** Analisar se o acordo de leniência, previsto na lei anticorrupção brasileira, pode ser aplicado aos atos de improbidade administrativa será o objetivo central do presente trabalho. No marco legal brasileiro, há um estruturado arcabouço para exigir probidade dos agentes públicos, bem como para prevenir e punir a sua inobservância. Esse assunto ganha especial atenção quando se considera a configuração jurídica adotada pela Constituição de 1988, que intensificou o aspecto democrático a ser observado no modelo de Estado republicano brasileiro, no que se pode denominar de república ressignificada. A improbidade administrativa, sinteticamente, revela não só atos de grave desonestidade de agente público, mas também de intolerável ineficiência administrativa, além de ser notadamente geradora de danos ao erário, previstos na Lei nº 8.429/92. Entretanto, o combate aos atos ímprobos só alcança a responsabilidade de particulares quando há a participação de um agente público. A luta contra a improbidade administrativa, gênero do qual a corrupção é espécie, pode ser potencializada com os instrumentos previstos da Lei nº 12.846/2013, conhecida como lei anticorrupção, que estabeleceu a responsabilização objetiva de condutas tipificadoras de atos lesivos à Administração Pública, nacional e estrangeira, praticados por pessoas jurídicas. A lei anticorrupção colmatou um vazio que existia no ordenamento jurídico, quando pessoas jurídicas de direito privado perpetravam tais atos lesivos sem que houvesse a participação de um agente público. Dentre os instrumentos dessa nova lei, tem-se o acordo de leniência, cujas potencialidades serão exploradas na perspectiva da possibilidade de sua utilização no combate à improbidade administrativa decorrente de atos de corrupção e fraudes a licitações e contratos públicos, sob o prisma da eficiência, duração razoável do processo, razoabilidade e proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Corrupção. Improbidade Administrativa. Acordo de Leniência

## **THE LENIENCY AGREEMENT AND THE ADMINISTRATIVE IMPROPRIETY LAW: A NECESSARY INTEGRATION**

**ABSTRACT:** The main objective of this work is to analyze if the Leniency Agreement, foreseen in Brazilian Anti-Corruption Law, can be applied to acts of Administrative Improbity. The Brazilian legal framework has a structured outline to demand probity from public agents, as well as to prevent and punish their nonobservance. This has got special attention considering the legal configuration adopted by the 1988 Constitution, which intensified the democratic aspect to be observed in the Brazilian republican state model, in what can be denominated of resigified republic. The fight against administrative improbity which, in summary, reveals not only acts of serious dishonesty as a public agent, but also of intolerable administrative inefficiency, notably generating damages to the treasury, foreseen in the specific law nº 8.429/92, reach the responsibility of individuals only when there is participation of a public official. The fight against administrative impropriety, including corruption, can be enhanced by the instruments provided for the law nº 12.846/2013, known as the anti-corruption law, which established the objective responsibility for typified acts that injure Public Administration, national and foreign law, practiced by legal persons, filling a void found in the previous legal system, when legal persons perpetrated such injurious acts under private law without the participation of a public agent. Among the instruments of this new law, there is the leniency agreement, whose potentialities will be explored considering the possibility of its use under the prism of efficiency, reasonable length of process, reasonableness and proportionality in the fight against administrative improbity, arising from acts of corruption and frauds related to public bidding and contracts.

**Key words:** Corruption. Administrative Impropriety. Leniency Agreement



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1. REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: DA ORIGEM AO MODELO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....</b>	<b>15</b>
1.1 NASCIMENTO DA REPÚBLICA: BREVÍSSIMA ABORDAGEM HISTÓRICA .....	17
1.2 REPÚBLICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	21
1.3 O PLANO GLOBAL NORMATIVO PARA O NOSSO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	28
1.4 A BOA GOVERNANÇA E OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA O ATINGIMENTO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA DO BRASIL .....	35
1.4.1 Princípio da Legalidade .....	36
1.4.2 Princípio da Impessoalidade .....	39
1.4.3 Princípio da Moralidade .....	42
1.4.4 Princípio da Publicidade .....	44
1.4.5 Princípio da Eficiência .....	46
1.5 PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E LEI ANTICORRUPÇÃO .....	50
<b>2. COMBATE À CORRUPÇÃO E A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA.....</b>	<b>58</b>
2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE CORRUPÇÃO.....	58
2.2. CORRUPÇÃO PÚBLICA, CORRUPÇÃO PRIVADA E O LIVRE MERCADO.....	62
2.3 A CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA GLOBAL: PRINCIPAIS MARCOS LEGAIS NO PLANO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E TAMBÉM NO BRASIL .....	72
2.4 LEI Nº 12.846/2013: LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA.....	76
2.4.1 As Influências na Edição da Lei Anticorrupção Brasileira.....	76
2.4.2 Principais Aspectos da Lei Anticorrupção.....	80
2.4.2.1 <i>Da responsabilidade objetiva .....</i>	<i>81</i>
2.4.2.2 <i>A pessoa jurídica enquanto sujeito ativo dos atos lesivos à Administração Pública.....</i>	<i>86</i>
2.4.2.3 <i>A independência das sanções civis e administrativas da lei anticorrupção e também de outras esferas de responsabilização civil, administrativa e criminal.....</i>	<i>87</i>
2.4.2.4 <i>A hipótese de desconsideração da personalidade jurídica .....</i>	<i>89</i>
2.4.2.5 <i>Compliance sob a perspectiva da minimização dos riscos para a sociedade.....</i>	<i>92</i>
2.4.2.6 <i>A possibilidade de acordo de leniência.....</i>	<i>96</i>
2.4.2.7 <i>O devido processo legal na lei anticorrupção.....</i>	<i>99</i>
<b>3. CORRUPÇÃO, FRAUDES EM LICITAÇÕES, LEI ANTICORRUPÇÃO, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O NON BIS IN IDEM.....</b>	<b>111</b>
3.1 ADOTANDO COMO PARADIGMA A CORRUPÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL .....	111
3.2 OS PONTOS DE APROXIMAÇÃO ENTRE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, CORRUPÇÃO PENAL E OS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PREVISTOS NA LEI Nº 12.846/2013.....	117

3.3 OS PONTOS DE APROXIMAÇÃO ENTRE OS CRIMES DA LEI DE LICITAÇÕES, OS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PREVISTOS NA LEI ANTICORRUPÇÃO E OS ATOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ...	124
3.4. O ALCANCE DO NON BIS IN IDEM EM RELAÇÃO ÀS ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE CORRUPÇÃO E FRAUDES A LICITAÇÕES E CONTRATOS.....	137
<b>4. O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFICIÊNCIA NO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>143</b>
4.1 DIFICULDADES DO SISTEMA DE JUSTIÇA PARA O ENFRENTAMENTO EFICIENTE DA CORRUPÇÃO E DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ....	144
4.2 A EFICIÊNCIA COMO IMPORTANTE REQUISITO PARA O MELHOR ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO E DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .	152
4.3 O ACORDO DE LENIÊNCIA: INSTITUTO COM POTENCIAL PARA TRAZER EFICIÊNCIA NO COMBATE À CORRUPÇÃO E À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	157
4.3.1 A Institucionalização do Acordo de Leniência no Direito Comparado e no Direito Pátrio.....	160
4.3.2 O Acordo de Leniência como Técnica Especial de Investigação para Facilitação da Coleta de Provas em Ilícitos de Difícil Apuração.....	169
4.4 ACORDO DE LENIÊNCIA: PROBLEMAS E ALTERNATIVAS JURIDICAS PARA A EFICIÊNCIA NO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	174
4.4.1 Os Problemas que Podem Comprometer a Eficiência dos Acordos de Leniência .....	174
4.4.2. O Acordo de Leniência perante a Improbidade Administrativa .....	177
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>199</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>205</b>
<b>APÊNDICE.....</b>	<b>232</b>

## INTRODUÇÃO

A corrupção não é um fenômeno novo na história da humanidade, mas à medida que a democracia ganha espaço, notadamente em sociedades capitalistas, cresce a preocupação com esse mal que atinge a todos, em maior ou menor extensão, sejam as nações que já atingiram um grau civilizatório que as situa entre as que se costuma denominar de desenvolvidas, sejam as nações em desenvolvimento, nos mais variados graus. Não se pode deixar de observar que inexistem sistemas de governo e administração pública que podem se considerar imunes à corrupção.

No Brasil cujo período democrático mais consistente foi atingido somente em passado recente, com a promulgação da Constituição cidadã de 1988, os desafios são mais significativos, a impor uma especial atenção quanto ao combate à corrupção pública e os males que ela causa ao Estado, à sociedade e à própria democracia.

Na abordagem do tema mister se faz lançar um olhar mais detido no que representam as conquistas obtidas com essa Constituição cidadã, inscritas em seu texto (mundo do dever ser) e quais os princípios mais relevantes que regem a Administração Pública, considerados sob a perspectiva dos ambiciosos objetivos a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil para transformar a realidade social do país (mundo do ser).

Cumprir observar que o mundo do ser da realidade brasileira nos mostra, cotidianamente, as enormes diferenças sociais, o abismo que separa os que têm e os que não têm acesso a bens e consumo, demonstrando a grande dependência, que assola a maioria da população, carente de políticas públicas sociais, de educação, saúde, emprego e renda, transportes e mobilidade urbana (considerada a vida nas metrópoles do país), por vezes, de necessidades básicas, sem falar em políticas afirmativas para grupos vulneráveis, como, por exemplo, a população negra.

Os desafios são imensos, num país de tantas necessidades no sentido de realização de justiça social, onde a democracia é um atributo recente e ainda em fase de consolidação, sabido que a única escola autêntica da democracia é a própria democracia, que somente é aprendida no exercício continuado, paulatino e cotidiano.

Ademais, considerado o fim da Guerra Fria, com a aceleração do ritmo de democratização e da integração econômica, a constatação é que o mundo atual é veloz, globalizado no sentido de que as noções tradicionais de soberania dos Estados-nações já não mais se coadunam com a realidade, onde o isolamento é circunstância

rara, senão impossível, considerado o intenso fluxo do comércio internacional, da volatilidade do capital financeiro, potencializados pela alta velocidade da circulação das informações, ante o avanço sem precedentes das inovações tecnológicas, notadamente dos meios de comunicação.

Nesse contemporâneo ambiente global pretende-se descortinar como vem sendo tratado o fenômeno da corrupção e quais as influências em alguns dos marcos legais internacionais, bem como no marco legal interno, que tratam do tema.

Aliás, no combate à corrupção pública a vigente Constituição brasileira dedica especial atenção sob o enfoque da punição dos agentes públicos através da exigência da probidade administrativa. No plano infraconstitucional a improbidade administrativa tem previsão em tipos abertos, com severas punições para atos de improbidade praticados contra a Administração Pública ou que violem seus princípios.

Na senda do objetivo do presente trabalho mister investigar se a legislação vigente que trata da temática da tipificação, apuração e punição de atos ímprobos praticados por agentes públicos, tem sido suficiente para tratar do combate à corrupção pública, bem como qual a identificação dessa com os atos lesivos à Administração Pública previstos na chamada lei anticorrupção brasileira.

Para melhor compreender o tema, se buscará ainda descortinar como historicamente, do ponto de vista do marco legal, se tratou, no Brasil, do dever de probidade dos agentes públicos.

Esse dever sobreleva em significado quando é sabido que o Estado, a par de regular a vida em sociedade, o funcionamento do mercado e da livre iniciativa, também é um grande consumidor e vai ao mercado à busca de bens e serviços para fazer frente às suas responsabilidades na implementação de políticas públicas, para manutenção de serviços básicos, como segurança pública, sistema de justiça, saúde pública, educação pública, infraestrutura, assistência social, água e esgoto etc., além de atuar em setores estratégicos da economia, através de entidades paraestatais (como exploração de petróleo e gás), bem como ainda firmar contratos de concessão com particulares para exploração de serviços públicos (energia, comunicações, limpeza urbana, administração de portos e aeroportos, transporte de passageiros por via terrestre ou aérea etc.)

E quando o Estado necessita adquirir bens e serviços deve fazê-lo sob regime específico, regulado por legislação peculiar a tal atividade, observando um prévio procedimento licitatório e a celebração de contratos de caráter público, seara na qual

vicejam oportunidades para a corrupção e a má-gestão, violadoras do dever de probidade, o que é intuitivo inclusive ante a preocupação que a legislação brasileira dedicou no combate, apuração e punição das fraudes em licitações e contratos públicos.

Portanto serão o objeto principal de estudo a corrupção (sob o enfoque e conceito que será identificado no decorrer do presente trabalho) e as fraudes a licitações e contratos, no que se identificam com atos de improbidade administrativa previstos na legislação que trata do tema, bem como com os atos lesivos tipificados no que se convencionou chamar de lei anticorrupção brasileira.

Se debruçará também sobre as influências que levaram o Brasil, no ano de 2013, a adotar uma lei anticorrupção, quais as peculiaridades principais desse diploma legal, bem como qual o seu caráter de complementariedade em relação ao marco legal já existente desde o ano de 1992, que trata da punição dos atos de improbidade administrativa.

Tais atos que lesam a administração pública, isto é, atos de corrupção pública e fraudes a licitações e contratos, recebem, no Brasil, o influxo punitivo de várias esferas do direito sancionador estatal, o que tornará necessário abordar o tema da garantia constitucional da vedação do *bis in idem* punitivo, notadamente como vem sendo tratado tal aspecto pela jurisprudência pátria.

A completa eliminação da corrupção, considerada a sua dimensão sobre os atos do Poder Público e seus agentes, notadamente quanto àqueles que decorrem de corrupção pública e fraudes a licitações e contratos, é uma utopia, não só no Brasil, mas em qualquer país. De fato, pois essa é uma realidade que se verifica nos Estados (liberais, neoliberais, de bem-estar social etc.) que adotam o regime capitalista, de livre iniciativa, nos quais a livre concorrência, ainda que reconhecida como pressuposto necessário, nunca será observada de forma absoluta pois é sabido que no capitalismo o Poder Econômico existe e é exercido cotidianamente, visando a sua manutenção e ampliação, bem como para potencialização do lucro, de modo que a competição entre os agentes econômicos sempre será desigual importando em reconhecer que a liberdade concorrencial, no campo econômico, terá apenas um caráter relativo cabendo ao Estado velar pela sua manutenção em níveis suficientes para que a economia de mercado não entre em colapso.

Tal constatação, contudo, em absoluto afasta o dever de esforço a ser empreendido pelo Estado, e pela Sociedade, no aperfeiçoamento do combate

permanente à corrupção, chaga social que, a par de suas implicações no campo ético e comportamental, mina a capacidade de investimento do Estado, notadamente em políticas públicas e sociais fundamentais para o desenvolvimento econômico, para a distribuição da riqueza nacional, enfim, para transformar a realidade social, na linha dos objetivos elencados na vigente Constituição brasileira, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, enfim, promovendo o bem de todos, sem qualquer espécie de discriminação.

Ante todos estes aspectos, se buscará descortinar a extensão e os contornos do acordo de leniência previstos na lei anticorrupção brasileira, assim como as possibilidades de sua repercussão na esfera da apuração e punição dos atos de improbidade administrativa.

Para tanto se buscará investigar os antecedentes históricos, inclusive no direito comparado, do acordo de leniência, destacando o formato adotado na lei anticorrupção e as suas potencialidades como técnica especial de investigação, no descortinamento e na punição dos atos lesivos à administração pública, decorrentes de corrupção pública e de fraudes a licitações e contratos públicos ou firmados por entidades da administração pública direta ou indireta.

A questão nodal a ser enfrentada é se o acordo de leniência, considerada a sistemática introduzida pela lei anticorrupção, pode ser utilizado para se transacionar também a aplicação das penas previstas para a punição dos atos de improbidade administrativa, notadamente visando conferir mais eficiência na atuação estatal de investigação e punição de agentes públicos ímprobos e particulares eventualmente beneficiários de tais ilícitos.

Para tanto será necessário enfrentar a vedação legal existente para se entabular transação nas ações que tratam da punição de atos de improbidade administrativa, sob a perspectiva dos princípios da indisponibilidade do interesse público, da eficiência, da duração razoável do processo e da proporcionalidade, para então traçar uma alternativa jurídico científica visando aproveitar as potencialidades do acordo de leniência no combate à corrupção pública e nas fraudes a licitações e contratos, sem olvidar as garantias fundamentais, inscritas no texto constitucional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

## 1. REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: DA ORIGEM AO MODELO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A corrupção pública é uma chaga que afeta qualquer nação, em maior ou menor intensidade.

Nos países democráticos o combate a essa patologia, de cunho indubiosamente egoístico, da busca da vantagem privada indevida, em detrimento de valores maiores, de coesão social, ganha especial relevância, considerando que o objetivo que permeia uma verdadeira democracia é a igualdade que o Estado deve dispensar a todos os cidadãos, assim como a busca estatal visando o bem de todos, sem qualquer discriminação.

Alerte-se ainda que se é fato que a democracia possibilita mais espaço às liberdades, facilitando, em certa medida, o florescimento de atividades ilícitas, vez que as liberdades públicas e as garantias constitucionais incidem sobre todos (inclusive os corruptos e corruptores, que deturpam e abusam das liberdades e garantias fundamentais, v.g. o direito de propriedade, de livre iniciativa etc.), desde já se registra aqui o repúdio a qualquer ideia de que exista uma correlação entre democracia e corrupção, pois esta não tem preferência por regime de governos, estando sempre à espreita para se infiltrar no Estado e nas relações sociais, sendo certo que em regimes antidemocráticos, por vezes ela labora sob a proteção da ausência de publicidade e transparência.

Sobre tal aspecto registra Fábio Medina Osório (2013, p. 30-31), que não é possível “[...] aceitar a conexão entre democracia e o aumento da corrupção, porque há regimes ditatoriais que permitem enriquecimento espantoso e uma elite dominante, com a circunstância agravante da impunidade estarrecedora e escancarada [...]”. Ainda quanto ao tema Anna Maria Campos destaca a importância de uma democracia participativa na fiscalização dos governos:

Relegada a seus próprios controles monocráticos, a organização burocrática do governo tem-se mostrado incapaz de contrabalançar abusos potenciais como corrupção, conduta aética e uso arbitrário do poder.

[...]

O verdadeiro controle do governo – em qualquer de suas divisões: Executivo, Legislativo e Judiciário - só vai ocorrer efetivamente se as ações do governo forem fiscalizadas pelos cidadãos.

[...]

A um super-Estado corresponde, então, uma subcidadania. Governo autoritário e cidadãos subservientes mutuamente se explicam e têm uma relação de apoio recíproco. O super-Estado escapa facilmente ao controle da sociedade e o cidadão vê aumentado seu sentimento de impotência. (CAMPOS, 1990)



Ademais os governos que não dependem da anuência dos governados, têm mais amplas possibilidades de se valer da corrupção para a manutenção do poder, concedendo benefícios aos mais ricos e poderosos, que passam a fazer parte de uma rede de propinas e de favorecimentos ilícitos, dando sustentação aos governantes vigentes; daí porque a corrupção não afeta a estabilidade, sendo possível até mesmo que um Estado corrupto possa propiciar a médio prazo um contexto acolhedor para investimentos comerciais (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 79). Todavia, inexoravelmente, um Estado em tais circunstâncias se afasta de valores universais, consagrados nos regimes democráticos, conquistas do processo civilizatório da humanidade, consubstanciados na alternância periódica (por sufrágio universal) do exercício dos poderes (notadamente executivo e legislativo), no tratamento isonômico e de respeito que deve ser observado em relação a todos os seus cidadãos, bem como na busca pelo bem comum, pilares dos pactos sociais (em uma democracia).

E, em seu sentido mais estrito, pode-se afirmar aqui preliminarmente, a corrupção pública se revela na solicitação, exigência ou obtenção de vantagem indevida, pelo agente público, em detrimento do erário e em razão de suas funções, para beneficiar interesses privados, assim como também na promessa ou oferecimento (e eventual ou efetivo pagamento) de vantagem indevida ao agente público, pelo particular, com os mesmos objetivos de beneficiar interesses não republicanos e divorciados da democracia, em prejuízo do patrimônio público, ao interesse social, ao bem comum.

Se no marco legal vigente, quer seja, art. 37, § 4º, Constituição (BRASIL, 1988) e Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), nem todo ato tipificado como improbidade se identifica com corrupção, é inexorável a conclusão de que todo ato de corrupção pública se tipificará como ato de improbidade administrativa, pois o:

[...] seu objeto é realmente mais amplo, incluindo a tutela repressiva de desonestidades que talvez não se encaixem na categoria sociológica da corrupção, sem falar nos ilícitos culposos derivados de violência à eficiência administrativa. (OSÓRIO, 2013, p. 164)

Note-se ademais que o enfrentamento à corrupção e a imposição do dever de probidade aos homens públicos não são preocupações novas, pois já ocupavam a agenda do ordenamento jurídico desde a Constituição Imperial de 1824 (BRASIL, 1824), conforme art. 75 e art. 133, I, II e IV.



Todavia é imperioso reconhecer que em um Estado Democrático de Direito tais temas passam a contar com abordagens significativamente novas e mais densas, pois a Constituição para além de um documento político (que delega apenas ao legislador a função de criar as normas de regência social), é também um documento jurídico, com força normativa para regular, diretamente, a vida da sociedade, do Estado, e do relacionamento entre ambos, conferindo no mais também ao Poder Judiciário a tarefa de integração do direito. Neste sentido:

Observa-se que, em vários textos, pela ótica da Constituinte de 1988, foram coibidos a ilegalidade e o abuso de poder, circunstância que permite, pelo menos, um questionamento sobre o papel das leis num Estado Democrático de Direito e de outras fontes de deveres jurídicos, numa clara superação de um legalismo estrito como suposta fonte exclusiva de deveres públicos, já que a Lei está submetida a pautas muito intensas de valoração. (OSÓRIO, 2013, p. 77)

De maneira que neste capítulo buscar-se-á situar a evolução e o conteúdo de República, sob a égide não só de um Estado de Direito, mais de um modelo fundamentalmente democrático de Estado, no qual o dever de probidade administrativa, antítese da corrupção, na Administração Pública ganha especial relevo, mormente porque o seu reverso, a improbidade administrativa, passa a ser tratada não só como infração penal e política, mas também como ilícito civil (mais propriamente, administrativo, sancionado na esfera judicial), consoante art. 37, § 4º, Constituição (BRASIL, 1988) e Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), acentuando a concepção de que, no trato da coisa pública, da prestação de serviços públicos, há um novo paradigma de postura ética exigível dos agentes estatais, sob a perspectiva da legalidade substancial.

Portanto, na democracia brasileira contemporânea, a partir da Constituição de 1988, o direito, para além de normas escritas, se rege primordialmente por uma pauta de valores e princípios (notadamente aqueles explícitos no texto constitucional) visando sempre a busca do bem comum, o que pressupõe uma boa gestão pública, materialmente imparcial, com isonômico respeito a todos os cidadãos e, mais significativamente, sob o prisma da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

## 1.1 NASCIMENTO DA REPÚBLICA: BREVÍSSIMA ABORDAGEM HISTÓRICA

Após três séculos de colonização, no início do século XIX, com a vinda da corte portuguesa, fugindo das tropas de Napoleão Bonaparte, o Brasil deixa de ser colônia para se transformar em sede do poder da metrópole (Portugal), passando, em 1815,

por determinação do príncipe regente dom João, a Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves. Já em 1822, dom Pedro I, filho de dom João, proclamou a independência do Brasil, em relação a Portugal, dando início ao império (ENCICLOPÉDIA ESCOLAR BRITANNICA, 2016).

Aliás o século XIX foi palco de importantes transformações históricas para o Brasil, podendo se destacar a Constituição imperial de 1824, outorgada pelo imperador dom Pedro I (a que teve vigência mais longa em nossa história, até agora). Na sequência a paulatina restrição do regime escravocrata (apesar das fortes resistências dos proprietários rurais), com a Lei inglesa “Bill Arbedeen” (em 1845, autorizando aos ingleses o apresamento de qualquer navio brasileiro empregado no tráfico negreiro), a Lei Eusébio Queirós (em 1850, proibindo o tráfico de escravos pelo Atlântico), a Lei do Ventre Livre (em 1871, considerando livres os filhos de escravas, nascidos a partir de então), Lei dos Sexagenários (em 1885, que libertava os escravos com mais de 60 anos de idade), até a abolição da escravatura, em 1888. (VICENTINO e DORIGO, 2010a, p. 514-515, 522-525). Por fim, pode-se afirmar, que os movimentos apoteóticos no Brasil do século XIX foram, ao lado da abolição do regime escravocrata, a extinção do império, com a proclamação da República, em 1889, além da entrada em vigor, logo a seguir, em 1891, da primeira Constituição republicana (BRASIL, 1891).

Na concepção de Nicolau Maquiavel a forma de Estado estaria dicotomizada entre Monarquia e República. Afirmou ele que “Todos os estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens foram e são repúblicas, ou principados” (MAQUIAVEL, 2014, p. 5).

E, desde a proclamação em 1889, o Brasil não mais se desvinculou do formato republicano. E, se é verdade que a forma republicana não está abrigada no âmbito das cláusulas pétreas, o núcleo constitucional intangível ou inalterável, ao menos da atual Constituição (BRASIL, 1988) – na forma de seu art. 60, § 4º, incisos I e IV –, fato é que a sua acolhida, para além da opção do legislador constituinte de 1888, foi ratificada pela vontade popular, no voto direto dos cidadãos brasileiros, em 1993, através do plebiscito realizado na forma do art. 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. De modo que se não é impossível seja modificada (a forma republicana), é improvável que tal hipótese seja sequer aventada.

Cabe assentar, contudo, que a forma republicana de governo não é necessariamente democrática (ENCICLOPÉDIA BARSÁ, 1989). Ou seja, a expressão

“res publica”, que surgiu em Roma no século IV a.C., tendo sido utilizada na idade média por alguns regimes aristocráticos e, posteriormente, adotada em diversos outros regimes políticos, não se identifica necessariamente com uma democracia, assim como esta também não pressupõe uma República (INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA, 2007, p. 880).

E o Brasil mesmo é um exemplo desta constatação, se considerarmos que com a Constituição de 1891 (BRASIL, 1891), conquanto o país passasse a se constituir em uma República Federativa (governo central e, à época, mais vinte estados-membros com autonomia), adotando a tripartição de poderes, harmônicos e independentes entre si (Legislativo, Executivo e Judiciário), acabou-se estabelecendo o voto censitário, já que não secreto, apenas para o sexo masculino, excluindo-se a capacidade eleitoral das mulheres, dos analfabetos, mendigos, menores de 21 anos, padres e soldados, na forma dos seus arts. 1º, 2º, 15 e 70, denotando, portanto, um sistema excludente que, no ponto, pouco se distanciou do regime imperial.

E constitui panorama revelador dessa exclusão, de um caráter inegavelmente antidemocrático, a consolidação dos resultados do Censo Geral do Império de 1872 (apenas duas décadas antes), apontando que os analfabetos correspondiam a 84% da população total, elevando-se para 86% se considerada apenas a população feminina e para 99% se considerada a população escrava (OLIVEIRA, 2003). Não é por outro motivo que aponta Sérgio Buarque de Holanda, em sua obra “Raízes do Brasil”, que:

Os velhos proprietários rurais tornados impotentes pelo golpe fatal da Abolição e por outros fatores não tinham como intervir nas novas instituições. A República, que não criou nenhum patriciado, mas apenas uma plutocracia, se assim se pode dizer, ignorou-os por completo (HOLANDA, 2014, p. 209).

E isso mesmo se considerarmos as substanciais e vetustas contribuições filosóficas de: a) Platão (428/427 a 348/347 a.C.), que já defendia que um governo deveria atuar sob a condição de alcançar o bem comum, o interesse coletivo; b) Aristóteles (384 a 322 a.C), quanto à noção de que os homens devem ser livres e iguais, submetidos a lei que vale para todos, unidos por um bem comum, participativos no poder exercido com alternância, sob uma temporalidade dos mandatos eletivos; c) Cícero (106 a 43 a.C), que contrapunha a República não só às monarquias, mas aos governos injustos, que não tomavam em conta do interesse da maioria (CRUZ e SCHMITZ, 2008).

No mais, vale alertar que Sérgio Buarque de Holanda quando se refere a velhos proprietários rurais, dirige-se mais propriamente aos produtores da lavoura canavieira, que então perdiam ou perderam espaço (segunda metade do século XIX), para os proprietários dos cafezais, notadamente do oeste da província de São Paulo, fase em que inclusive o Brasil migrava de uma sociedade patriarcal rural, para uma maior urbanização das elites (HOLANDA, 2014, p. 205-208).

Nesse panorama, conquanto a proclamação da República tenha se originado, em boa parte, pela união entre cafeicultores paulistas e o exército (personificado naquele momento na figura de Deodoro da Fonseca, depois sucedido por Floriano Peixoto), contra o império que era o inimigo comum, o contexto da época permitia identificar três projetos de República para o país: o republicano liberal (autonomia das províncias – adoção da forma de Estado federativo), o republicano jacobino (defesa da liberdade pública e participação popular) e o republicano positivista (de ampla aceitação pelo exército, visando à promoção do progresso pela ordem, não revolucionário, com forte atuação do Estado) (VICENTINO e DORIGO, 2010, p. 549).

Todavia, substancialmente prevaleceram as vertentes republicanas liberal e positivista (esta que nos legou o lema “ordem e progresso” em nossa bandeira), baseado nas ideias do filósofo francês Augusto Comte (FOLHA DE S. PAULO, 1996, p. 214), mas com a instauração de uma ditadura republicana, adotada a forma federativa, embora, formalmente (destaque-se) a Constituição de 1891 (BRASIL, 1891) estabelecesse, ao lado do direito à propriedade (como não poderia deixar de ser), os postulados da liberdade, da legalidade e da igualdade formal perante a lei (art. 72, *caput* e §§ 1º e 2º).

Assim estava longe de constituir uma verdadeira mudança, de influir efetivamente na realidade social de então, o teor do parágrafo 2º, do art. 72, da Constituição de 1891 (BRASIL, 1891), que asseverava que todos eram iguais perante a lei, e que a República não admitia privilégios de nascimento, desconhecendo foros de nobreza, e extinguindo as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

Realmente, pois para que também se afaste qualquer ingenuidade sobre o significado de liberal, cumpre-se recorrer novamente à obra “Raízes do Brasil” editada na primeira metade do século passado, mas já sob a égide da segunda Constituição Republicana do Brasil (BRASIL, 1934), quando então observou Sérgio Buarque de Holanda que:

Numa sociedade como a nossa, em que certas virtudes senhoriais ainda merecem largo crédito, as qualidades do espírito substituem, não raro, os títulos honoríficos, e alguns dos seus distintivos materiais, como o anel de grau e a carta de bacharel, podem equivaler a autênticos brasões de nobreza. Aliás, o exercício dessas qualidades que ocupam a inteligência sem ocupar os braços tinha sido expressamente considerado, já em outras épocas, como pertinente aos homens nobres e livres, de onde, segundo parece, o nome de liberais dado a determinadas artes, e, oposição às mecânicas, que pertencem às classes servis. (HOLANDA, 2014, p. 98)

Nada obstante, a forma republicana, o sistema federativo e a tripartição de poderes, a partir da primeira constituição republicana, nunca mais deixaram de integrar o nosso sistema constitucional, desde a Constituição de 1891 (BRASIL, 1891); arts. 1º a 6º e art. 15, passando pelas suas sucessoras, de 1934 (BRASIL, 1934): art. 1º e 3º; 1937 (BRASIL, 1937): arts. 1º a 5º, 8º, 9º, 11, 38 e ss, 90 e ss.; 1946 (BRASIL, 1946): arts. 1º, 2º e 36; 1967 (BRASIL, 1967): arts. 1º, 2º, 3º e 6º, mantidos pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (BRASIL, 1969), até chegarmos à carta vigente de 1988 (BRASIL, 1988): arts. 1º e 2º, que inclusive estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado e a separação dos Poderes (art. 60, § 4º, I e III).

## 1.2 REPÚBLICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

E a República, do latim “res” (coisa) e “publica” (pública), que na sua origem refere-se ao governo de qualquer Estado, acabou, no decurso do tempo, por ganhar ressignificação, passando a ser considerado regime político em que o governo é escolhido pelo povo, direta ou indiretamente, por meio de eleição e, de regra, com a alternância do exercício do poder, por prazo certo, opondo-se à concepção de regime monárquico, que é marcado pela hereditariedade e vitaliciedade. (ÁVILA, 1975, p. 560).

Hodiernamente, ao menos em nosso país, vivemos sob uma República de cunho liberal, na qual os que desempenham funções representativas devem ser eleitos pelo povo, com mandato a prazo certo, devendo o poder político ser exercido em perfeita sintonia com a Constituição, sob pena de responsabilização civil, política e administrativa (CARRAZA, 2003, p. 51).

Aliás, a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), também chamada de Constituição Cidadã, foi promulgada sob um clima de reconciliação com a democracia após décadas de ditadura presidencial, entremeados de raros lapsos de ambiente

democrático, conforme anota Raul Machado Horta, em artigo histórico que fez publicar ainda durante os trabalhos da Assembleia Constituinte, intitulado “Tendências atuais dos regimes de governo”, donde se apreende que o momento era de esperança no (res)surgimento da cena democrática:

É visível o esgotamento do regime presidencial brasileiro. Na Primeira República, o presidencialismo exarcebou-se (sic) no intervencionismo afrontoso da autonomia dos Estados e nos prolongados estados de sítio, com sacrifício dos direitos individuais e das instituições republicanas. Na Segunda República, o presidencialismo insatisfeito preparou o advento do Estado autoritário e anti-federativo (sic) da Terceira República de 1937. Na Quarta República de 1946, que nasceu sob as esperanças renovadas no Governo Democrático, o presidencialismo conheceu momentos de normalidade, afinal comprometidos pela ambição demagógica, que desencadeou as soluções anormais da ditadura presidencial prolongada, verificadas durante a Quinta República, inaugurada em 1967

[...]

No momento em que escrevo este artigo ainda não se tem a definição final da Assembléia (sic) Nacional Constituinte a respeito do regime de governo preferido, admitindo-se, porém, que, tendo em vista as tendências dominantes, se não prevalecer o regime parlamentar, a Constituinte da Sexta República deverá inclinar-se pelo presidencialismo atenuado, recusando a restauração do presidencialismo monocrático e autoritário de Constituições anteriores. (HORTA, 1987).

Mas, não se deve olvidar que o conteúdo normativo dos institutos jurídicos (e políticos) sofrem influxos do espaço e do tempo em que sejam analisados, interpretados e aplicados valendo no ponto a advertência de Enzo Roppo (1988, p. 347-348) no sentido de que “[...] qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de relatividade histórica [...]”.

Expandindo essa abordagem cumpre refletir que o próprio direito, ciência social que é, submete-se a um modo de ser dinâmico, circunstância que Eros Grau destaca asseverando que:

A aplicação do direito – e este supõe interpretação – não é mera dedução dele, mas, sim, processo de contínua adaptação de suas normas à realidade e seus conflitos. Da mesma forma, a ordem jurídica, no seu envolver em coerência com as necessidades reais, embora haja de respeitar a Constituição, não se resume a uma mera dedução dela.

A Constituição é um dinamismo.

É do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao direito – e à Constituição. Assim, o significado válido dos princípios é varável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. (GRAU, 2006, p. 168)

E, consideradas tais premissas, com a promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), a República e o princípio republicano foram ressignificados, sob a perspectiva histórica e democrática de então.

Celso Lafer (1989), escreveu sobre o tema na aurora da vigente ordem constitucional, no ano 1989, centenário da proclamação da República e, embora

reconhecendo a existência de um hiato entre a realidade nacional e os princípios republicanos, já traçava síntese conclusiva no sentido de que o conceito de República ou o ideal republicano haveria de abrigar, em nosso país, a ênfase no bem público apartado dos interesses privados, bem como a relevância funcional do direito para interditar a violência e o arbítrio, além da necessária cultura das virtudes cívicas da cidadania, com o desiderato de desenvolver a convivência coletiva na busca do bem comum, a ser alcançada, também e inexoravelmente, através da educação pública ao alcance de todos.

E o ponto de partida dessa Constituição cidadã, de 1988 (BRASIL, 1988), é o estabelecimento de uma República Federativa (indissolúvel: União, Estados, Municípios e DF, art. 1º c/c art. 60, § 4º) e que deve constituir-se em um Estado Democrático de Direito fundado na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, mas tendo como objetivos fundamentais (frise-se) construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, bem como promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º).

Nas sempre lembradas e amplamente acolhidas reflexões de Rousseau, o Estado surge de um pacto ou contrato social, decorrente da necessidade dos homens se unirem, se agregarem, para viver em segurança, para se conservar, num agir de comum acordo, somando forças e abrindo mão de uma parcela de sua liberdade individual, produzindo uma associação, um conjunto moral e coletivo, formado pela vontade geral desses homens/cidadãos (povo), ou seja, uma pessoa pública, constituída pela aglutinação de todas as outras, “[...] tomava outrora o nome de Cidade, e assume atualmente o de República ou de corpo político, denominado Estado, quando é passivo, Soberano, quando ativo, e Autoridade, quando comparado aos seus semelhantes [...]” (ROUSSEAU, 2013, p. 39-42).

Após a mirada nessa ideia (brevíssima síntese) do surgimento e do significado de Estado, de Rousseau, cabe um outro olhar, agora sobre a significativa designação de nosso atual texto constitucional, “Estado Democrático de Direito”, para pinçar algumas observações de Fernando Bastos de Ávila, numa tentativa de apreender, ainda que brevemente, os contornos e consequências das expressões “Democrático de Direito”:



DEMOCRACIA. Do grego 'demos' = povo + 'kratos' = poder. Etimologicamente o termo designa assim um governo do povo. Entretanto na Grécia antiga, onde o termo se origina, conota mais uma reivindicação política [...] contra o fato da concentração do poder nas mãos de algumas famílias aristocratas [...] mais tarde elaborada em termos de sistema político [...] é o direito do povo designar os seus governantes e de se controlar o modo pelo qual exercem o poder que lhes é delegado [...] A democracia é um ideal do qual distam desigualmente os diversos países, em função do nível de seu desenvolvimento político. O único meio de superar progressivamente esta distância é uma fidelidade indestrutível ao ideal democrático. [...] a democracia é a única escola autêntica da democracia [...] só se pode aprendê-la exercendo-a sempre, apesar de seus riscos e imperfeições [...]

DIREITO. Do latim 'directum', de 'rectum' = reto, não torcido, de onde deriva também 'regula' = régua. [...] Subjetivamente designa uma capacidade do sujeito para agir de tal ou qual maneira, porque este modo de agir é reto, é conforme a uma regra, a uma lei natural ou positiva, ou porque é exigível pelo fato de ser prescrito por uma lei ou resultante de um contrato legítimo. [...] É aquilo que é reto, por ser o homem quem é, ente dotado de consciência e de liberdade. Por isto mesmo ele é anterior ao Estado e ao próprio fundamento de toda a legislação que esse promulga. [...] (ÁVILA, 1975, p. 192, 194, 217-218)

Fabio Medina Osório (2013, p. 84) pontua que a “[...] democracia é, além de um regime de governo, uma ideia, uma construção histórica cuja caminhada se revela permanente [...] O mesmo se passa com o princípio ou ideia de República”.

Nos textos das Constituições que precederam a de 1988 não existe qualquer preceito posicionando a expressão Estado Democrático de Direito. Aliás, nem mesmo Estado de Direito.

O ideal de democracia, expresso nas suas derivações democrático e democrática, nas Constituições de 1891 (BRASIL, 1891) e 1934 (BRASIL, 1934), consta unicamente no preâmbulo. Na Constituição de 1937 (BRASIL, 1937) nem no corpo do texto e nem no preâmbulo. Somente a partir da Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), passou o vocábulo a integrar o texto constitucional, embora apenas em uma oportunidade (art. 141, § 13). Na Constituição de 1967 (BRASIL, 1967) tais vocábulos foram um pouco mais utilizados (art. 148, I; art. 149, I; art. 151; 166, § 2º). Linha que foi mantida também com a edição da Emenda Constitucional 1/1969 (BRASIL, 1969) (art. 152, I; art. 154; 174, § 2º).

Assim, somente com a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), se rompeu o silêncio, ou melhor, a timidez com o emprego, no texto, dos derivativos (de democracia) democrático e democrática, iniciando-se já pelo preâmbulo e pelo art. 1º, com reiteração em vários outros dispositivos, nos mais diversos assuntos, tais como garantias fundamentais, partidos políticos, competências dos entes federativos,



intervenção federal, defesa nacional, Ministério Público, Defensoria Pública, seguridade social, educação e cultura. No texto original: art. 5º, XLIV; art. 17; art. 23, I; art. 34, VII, “a”; art. 90, II; art. 91, caput e § 1º, IV; art. 127; Título V; art. 194, VII; art. 206 VI. Outros acréscimos houveram ainda com Emenda Constitucional 48/2005 (BRASIL, 1988c): art. 215, § 3º, IV. Emenda Constitucional 71/2012 (BRASIL, 1988d): art. 216-A, caput e § 1º, X, além da Emenda Constitucional 80/2014 (BRASIL, 1988e): art. 134.

Aliás, o voto direto, secreto, universal e periódico, baluarte da democracia, na sua forma representativa (com o poder emanando do povo e exercido por meio de representantes eleitos) consta no rol das cláusulas pétreas do texto constitucional, o que significa que se interditou qualquer possibilidade de que seja abolido o caráter democrático de nosso formato de Estado, pelo constituinte derivado, através de emenda constitucional, conforme expressa determinação do art. 60, § 4º, inciso II, da vigente Constituição (BRASIL, 1988).

Sobre o vocábulo povo, Norberto Bobbio (1992, p. 119-120) alerta que numa democracia moderna, em verdade, a soberania está nos cidadãos e não no povo, que é uma abstração, asseverando ainda que no desenvolvimento da democracia real a palavra povo se esvaziou e ficou retórica, pois quem decide são os cidadãos *uti singuli*, com seu voto na urna, daí que o que alça os governantes/representantes ao poder é a maioria dos votos dos indivíduos singulares. Assim, quando nos referirmos a povo devemos levar em conta essa advertência.

Acrescente-se a disseminação no atual texto constitucional de formas de democracia participativa (art. 10; art. 37, § 3º; art. 187; art. 194, VII; art. 198, III; art. 204, II; 216-A, *caput* e § 1º, X; art. 227, caput, § 1º), as quais estão presentes também no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (art. 63, par. único, art. 79, par. único; art. 82). Tais modelos se aproximam de uma governança pública baseada em gestão social, numa tentativa de instituir canais que podem liberar a infiltração de demandas populares, estimulando que o Estado seja um agente que ativa as forças da sociedade civil (ativador, para além de somente provedor), sob a lógica de que essa sociedade civil não possui um engajamento natural e, com isto almeja-se permitir que o foco seja o interesse público (democrático), não somente estatal, sabido que na realidade cotidiana e social os interesses do Governo, do mercado e seus atores podem não convergir com os interesses da sociedade (no sentido republicano do bem comum) (ALCÂNTARA, PEREIRA e SILVA, 2015).

A democracia participativa fortalece os cidadãos, pois permite-lhes uma intervenção mais direta nas decisões estatais, modelo adotado pela nossa atual Constituição (BRASIL, 1988) e plenamente factível:

A democracia participativa que muita gente pensa ser mera utopia é algo possível se a pensarmos não como uma alternativa à democracia representativa, mas como uma forma de democracia na qual os cidadãos, organizados em entidades públicas não-estatais de advocacia política ou de responsabilização social, têm um papel muito maior na definição de políticas públicas e na sua fiscalização do que na simples democracia representativa. A democracia continua representativa, no sentido em que cabe aos políticos eleitos representar os eleitores, mas os políticos e a alta Administração Pública que formulam políticas públicas passam a ser responsabilizados não apenas a cada quatro anos, nas eleições; graças às organizações públicas não-estatais de responsabilização social, são ou podem ser responsabilizados no dia-a-dia. (BRESSER-PEREIRA, 2008)

Destarte, essa novel configuração constitucional há de trazer profundas reflexões e influir significativamente no labor do hermeneuta e do intérprete do direito. No ponto vale destacar que não há peremptória identidade entre as atividades de hermenêutica e interpretação, conquanto sejam elas complementares e interpenetrantes, visto que é possível identificar que a primeira reside na análise do “mundo do dever ser”, enquanto a segunda age sobre o “mundo do ser”.

Nesta perspectiva apresentam-se as observações de Ari Ferreira de Queiroz (2014, p. 170-171) que afirma haver entre essas duas atividades uma diferença entre teoria científica e a sua prática, já que o hermeneuta age no plano teórico e o intérprete (ordinariamente o juiz, mas não só), desenvolve a aplicação do direito em casos concretos, havendo, contudo, entre ambas “[...] uma unidade conceitual e uma continuidade, que devem ser devidamente consideradas, pois o direito, teórico, normativo, ou aplicado, é sempre e precipuamente uma ciência [...]” (QUEIROZ, 2014, p. 170) .

Consoante o “Novo dicionário jurídico”, hermenêutica jurídica, do grego *hermeneutiké téchné*, é a arte de interpretar e também o conjunto de princípios gerais que o hermeneuta deve seguir para interpretar a lei e para determinar o sentido e o alcance das expressões de direito; enquanto interpretação da lei é a revelação do verdadeiro significado de um texto legal quando aplicado aos casos concretos, em cada circunstância histórica (FLORÊNCIO, 2010, p. 199, 212).

Num Estado democrático de Direito a Constituição é a lei suprema, a lei das leis, mais detalhadamente, do latim “constitutio”, de “cum” mais “statuere”, significando estatuir conjuntamente, revelando a ideia de lei fundamental na qual se acham

gravadas, orgânica e sistematicamente as bases da estrutura do Estado, notadamente regime de governo, órgãos da administração, limites de suas competências, direitos e deveres fundamentais dos cidadãos, aspectos relativos à manutenção e defesa etc. (ÁVILA, 1975, p. 151). A Constituição deixa de ser só um documento político, passando a deter força normativa, estipulando pautas a serem seguidas e implementadas pelo Estado, bem como apoiadas e observadas pelos demais atores sociais, sempre sob a perspectiva de que o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido.

E a vigente Constituição (BRASIL, 1988), conquanto extensa e até mesmo detalhista, disciplinando vários aspectos (do pacto social), alguns até que seriam mais adequados à legislação ordinária (*v.g.* art. 242, § 2º), é também fundamentalmente enunciativa de princípios:

O constituinte optou por estruturar o Estado e a sua relação com os cidadãos a partir de princípios, adotando a técnica de redação de estabelecer, inicialmente, os princípios fundamentais e depois discriminá-los através de outros princípios, subprincípios e regras. (DIAS, 2009, p. 47)

Daí a supremacia dos princípios constitucionais, em relação aos quais Luís Roberto Barroso, assenta que o intérprete deve tê-los como ponto inicial de seu labor, já que eles representam o agrupamento de normas que veiculam a ideologia da Constituição (BRASIL, 1988), seus postulados basilares e seus objetivos finalísticos, sugerindo para eles (os princípios constitucionais) uma classificação de acordo com o grau de destaque no âmbito do sistema e sua respectiva abrangência, o que o leva a denominá-los de princípios fundamentais, gerais e setoriais, que estariam gizados pelos seguintes contornos:

Princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado [...] São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado [...] Neles se substancia a opção política entre Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático etc. [...]

Sua superação exige um novo momento constituinte originário [...]

Os princípios constitucionais gerais, embora não integrem o núcleo da decisão política formadora do Estado, são, normalmente, importantes especificações dos princípios fundamentais. [...] São princípios que se irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramentos dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que identificamos como princípios definidores de direitos. São exemplos o princípio da legalidade, da isonomia, do juiz natural.

[...]

E, por fim, os princípios setoriais ou especiais, que são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos. Por vezes são mero detalhamento dos princípios

gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da legalidade penal. Outras vezes são autônomos, como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou o do concurso público em matéria de administração pública. (BARROSO, 1999, p. 151-155)

Vê-se assim que essa estrutura principiológica constitucional é a espinha dorsal do nosso Estado Democrático de Direito.

### 1.3 O PLANO GLOBAL NORMATIVO PARA O NOSSO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

E a Constituição vigente (BRASIL, 1988) é ambiciosa em seus objetivos (e assim precisa mesmo ser, considerando o muito que ainda temos que nos desenvolver social e economicamente), com a sua mensagem de que o Estado, as suas instituições e a sociedade em geral devem dispende seus melhores esforços para modificar a realidade de desigualdade social, de disparidade de oportunidades, da necessidade de promover o bem de todos (art. 3º), mais cruamente de lutar para reduzir a desigualdade econômica, que pode ser divisada como uma imensidão oceânica que separa os que têm acesso aos bens e serviços ofertados pelo mercado (considerada a adoção do sistema capitalista – art. 1º, IV; art. 170, *caput* e par. único) e os que não têm acesso a eles.

Insira-se aqui um parêntese para observar, a título de exemplo, o dúplice caráter da publicidade e do *marketing*, que de um lado é “democrático”, pois na sociedade de livre mercado (cada vez mais conectada e com alargado acesso a informações, máxime digitalmente) alcança a todos, mas de outro lado é desigual e desagregador, já que no acesso aos bens, produtos e serviços, verifica-se um *apartheid* socioeconômico, ante o contingente de excluídos da possibilidade de consumir a maior parte do que foi anunciado.

Por isto nos afastamos, respeitosamente, do pensamento daqueles (CARRAZA, 2003, p. 49) que advogam que o princípio da igualdade tem um conteúdo eminentemente negativo, quer seja, o da abolição e afastamento dos privilégios, de modo que a igualdade a ser observada seria a formal e não a substancial. Deveras, pois no acesso dos cidadãos às oportunidades, visando o desenvolvimento socioeconômico, de promoção do bem de todos, cabe ao Estado intervir para buscar um equilíbrio, entre as condições abismalmente desiguais, porque é o que determina a Constituição (BRASIL, 1988) em seu art. 3º, incisos I a IV.

É preciso nesta perspectiva afastar-se da falsa ideia de que, notadamente num país de democracia recente (e incipiente) e com déficit de cidadania, como é o Brasil, independente de medidas estatais efetivas de promoção de direitos fundamentais e sociais, todos têm condições de “chegar lá”, pois tal ideologia desconsidera, conforme destacam Ève Chiapello e Luc Boltanski, que a injustiça reside na constatação de que o sucesso, via de regra, visita aqueles que dispõem de mais bens e recursos, em contraponto aos que fracassam justamente porque “[...] não tiveram, realmente, desde o ponto de partida, as mesmas chances de sucesso [...]” (BOLTANSKI e CHIAPELLO, 2009, p. 517).

Na visão de Eros Grau (2006, p. 58), urge a reconstrução do Estado Social, que não pode ser recusado como projeto nem mesmo pelos bem-intencionados adeptos do capitalismo ou, sob outra perspectiva, mister que o Estado se esmere na defesa do capitalismo contra os capitalistas, sabido que a falta ou o comprometimento da coesão social põem todos em risco, gerando insegurança para os que têm e os que não têm acesso aos bens sociais.

À luz dessas reflexões cumpre anotar que pesquisas especializadas trazem evidências apontando que a desigualdade social e má distribuição de renda influem nos bons índices educacionais, e vice-versa, além é claro da questão racial, conforme apurado pelo Instituto Paulo Montenegro, empregando metodologia denominada Indicador de Alfabetismo Funcional (Inaf), conforme destacado em sua *homepage*:

Há uma correlação entre a renda familiar e o nível de alfabetismo, uma vez que a proporção de analfabetos e daqueles incluídos no nível rudimentar diminui sensivelmente à medida que aumenta a renda familiar. A evolução do Inaf nesses dez anos revela que os grupos que mais avançaram em termos de alfabetismo foram aqueles com renda de até dois salários mínimos, seguidos por aqueles com renda entre dois e cinco salários mínimos, sendo que a proporção de alfabetizados funcionalmente subiu de 44% para 60% e de 58% para 83%, respectivamente.

Apesar da redução da desigualdade entre brancos e não brancos em termos de escolaridade ao longo da década 2001-2011, o Inaf aponta, por exemplo, que a proporção de pessoas funcionalmente alfabetizadas atingiu 80% entre os brancos, 64% dentre os pretos/negros e 69% entre os pardos (o Inaf utiliza a mesma categoria cor/raça do IBGE, a partir da auto declaração (sic) dos sujeitos entrevistados). (INSTITUTO PAULO MONTENEGRO, 2012)

Vale lembrar que consta do preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social. O texto desse instrumento jurídico internacional foi aprovado na 29ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (em Montreal, 1946) e tem como anexo a Declaração referente aos fins e objetivos da Organização,

que fora aprovada na 26ª Reunião da Conferência (em Filadélfia, 1944) (HUSEK, 2015, p. 211). No direito pátrio foi incorporado pelo Decreto Legislativo nº 5, de 26 de agosto de 1947 (BRASIL, 1947) e Decreto nº 25.696, de 20 de outubro de 1948 (BRASIL, 1948). No plano de nosso direito constitucional, a busca pela justiça social, já consta desde a Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), conforme art. 145, reafirmado na Constituição de 1967 (BRASIL, 1967), em seu art. 157, Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (BRASIL, 1969) no art. 160 e, na vigente Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), nos seus arts. 170 e 193.

E aqui não se está a pregar que o mérito e a competência devem ser alijados da sociedade, notadamente quando o sistema adotado é o capitalista, mas apenas que tais elementos, indispensáveis para o desenvolvimento socioeconômico, somente fazem sentido, sob a perspectiva de justiça social, se aos concorrentes forem ordinariamente dispensadas oportunidades similares, ou sem grandes disparidades, de possibilidades de acesso ao desenvolvimento intelectual, à qualificação profissional, ao preparo para o exercício da cidadania, à formação humanística, à qualidade de vida etc.

Na ausência de oportunidades similares, mister se faz a intervenção do Estado, por imperativo ético na perspectiva democrática, visando corrigir as distorções que podem se verificar caso seja observada uma igualdade meramente formal, vez que a implementação de uma sociedade que se quer livre justa e solidária impõem que o Estado exerça o papel de trazer mais homogeneidade às oportunidades para os seus cidadãos, possibilitando o almejado desenvolvimento social e econômico, considerando as disparidades existentes.

Neste diapasão vide, a título de exemplo, as políticas de cotas nos vestibulares para acesso à educação superior pública, seja racial, seja para alunos provenientes de escolas públicas de ensino fundamental – Lei nº 12.711/2012 (BRASIL, 2012b). Na mesma linha a própria Constituição (BRASIL, 1988), em seu art. 37, VIII, com as cotas destinadas às pessoas portadoras de deficiência, para ingresso no serviço público, pessoas, aliás, para as quais deverá ser dispensado, pelo Estado, atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III). Ainda, como mais um exemplo significativo para trazer efetiva igualdade material, agora no campo dos direitos políticos, é a cota mínima de 30% (trinta por cento) de candidaturas do sexo feminino, a ser observada pelos partidos políticos e coligações

partidárias, nas eleições para cadeiras no Poder Legislativo, *ex vi* do art. 10, § 3º, Lei nº 9.504/97 (BRASIL, 1997a). No ponto vale a advertência de Leonardo Martins:

Não há que se confundir conceitualmente, portanto, direito fundamental a igualdade com direito fundamental prestacional ou de status positivus, como é o caso dos direitos fundamentais sociais, embora um tratamento desigual implícito, por exemplo, em políticas afirmativas possa ser em tese justificado constitucionalmente, desde que esteja diante de um limite ao direito fundamental em tela traçado pelos órgãos competentes mediante a observância do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. (MARTINS, 2016, p. 222)

São políticas que devem ser marcadas pelo caráter transitório, que podem ser necessárias por mais ou menos tempo, a depender do grau e da velocidade do nosso desenvolvimento socioeconômico, no atingimento das promessas ou das metas estabelecidas como objetivos fundamentais de nossa República, de promoção do bem de todos (art. 3º e incisos do vigente texto constitucional), de emancipação social, de mais equilíbrio e, quanto possível, horizontalidade, nas relações entre sociedade civil, mercado e Estado.

Levantamento do IPEA calculado a partir das respostas à Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad/IBGE), constata contingente de pessoas extremamente pobres, em 2014, de mais de 8 milhões (linha de extrema pobreza, considerada uma estimativa do valor de uma cesta de alimentos com o mínimo de calorias necessárias para suprir adequadamente uma pessoa, com base em recomendações da FAO e da OMS), e um total de pessoas pobres de quase 26 milhões – número de pessoas em domicílios com renda domiciliar *per capita* inferior à linha de pobreza, que é o dobro da linha de extrema pobreza (INSTITUTO DE PESQUISAS APLICADAS, 2014).

Mas há mais dados estatísticos reveladores dessa desigualdade, pois constatou o IBGE que em 2001, os 20% mais ricos percebiam uma renda cerca de 24 vezes superior àquela auferida pelos 20% mais pobres. E se é verdade que, segundo dados do mesmo Instituto, essa razão, em 2011, atingiu 16,5 vezes, mister destacar que a evolução, no entanto, ainda não foi capaz de alterar substancialmente o quadro de desigualdade brasileira na apropriação do rendimento total, uma vez que os 20% mais ricos ainda detêm 57,7% desse rendimento, em contrapartida ao pouco mais de 11% detido pelos 40% mais pobres (BRASIL, 2012).

Considerada tal realidade, cabe meditar com Luís Roberto Barroso (2001) no sentido de que a “[...] crença na Constituição e no constitucionalismo não deixa de ser



uma espécie de fé: exige que se acredite em coisas que não são direta e imediatamente apreendidas pelos sentidos [...]”. Conquanto acrescente ele ainda (BARROSO, 2001) que é incompatível com as conquistas do processo civilizatório qualquer sugestão de um minimalismo constitucional da força normativa, política e axiológica da Constituição, cujo ideário democrático exige, que para além do princípio majoritário, seja perseguida a concretização dos direitos fundamentais (e sociais, adicionamos).

Não é aliás por outro motivo que, ao lado de ações estatais outras, notadamente a implementação de acesso à educação pública de qualidade, acompanhada de políticas de cotas para grupos vulneráveis e marginalizados, faz todo sentido a instituição do programa bolsa-família, destinado às ações de transferência de renda com condicionalidades (exame pré-natal, acompanhamento nutricional, acompanhamento de saúde, frequência escolar), através de um benefício social (financeiro) variável, visando à superação da situação de pobreza e extrema pobreza de unidades familiares que se encontrem sob essa dramática contingência, de acordo com os contornos fixados na Lei nº 10.836/2004 (BRASIL, 2004).

Inclui-se, esta política pública, sob o prisma dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos princípios da ordem econômica, de promoção da vida digna, com justiça social, no que Eros Grau (2006, p. 167, 173) denomina de normas-objetivo e plano global normativo, pois mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição (BRASIL, 1988) enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade (erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais), informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. E a despesa da União para sua manutenção (programa bolsa-família) é modesta, pois chega a aproximadamente 0,5% do PIB – Produto Interno Bruto, o que representa cerca de 30 (trinta) bilhões de reais ao ano (MACEDO, 2016).

Mas a adoção de políticas públicas previstas nesse plano de ação global normativo do texto constitucional, para levar adiante a missão de executar os objetivos fundamentais também previstos solenemente na Constituição, demanda, conforme alerta André Pimentel Filho (2015, p. 80), uma atuação estatal ou administrativa complexa e que reclama a aplicação de recursos financeiros públicos, para criar as condições de infraestrutura adequada, e isso, acrescentamos, visando à outorga (não só, mas notadamente) dos direitos à saúde, à educação, à assistência social,



previdência social, à cultura, à integração e tutela de grupos vulneráveis (v.g. crianças, adolescentes, negros, idosos, pessoas com deficiência, pessoas portadoras de transtornos mentais, vítimas de abandono, dentre outros), transporte público (considerando as dificuldades cada vez mais intensas de mobilidade urbana nas grandes cidades), habitação, pois o direito à moradia é um direito social – art. 6º, Constituição (BRASIL, 1988), segurança pública, assistência social, emprego e renda etc.

De qualquer forma, sejam as citadas políticas de cotas, sejam as de renda mínima, aqui exemplificadas, mister observar que não podem ser encaradas como políticas perenes, de duração ilimitada, ou com ampliação no tempo, sob pena de encarmos, de largada, a impossibilidade de implementação de um desenvolvimento social que imponha a redução das desigualdades sociais e a emancipação dos cidadãos (como quer a Constituição), adotando-se a lógica ou o conselho maquiavélico, segundo o qual “[...] um príncipe sábio deve pensar num modo pelo qual seus cidadãos, sempre e em toda qualidade de tempo, precisem do estado e dele; assim, eles sempre lhe serão fiéis” (MAQUIAVEL, 2014, p. 49).

Administrar, neste contexto é laborar para transformar as palavras que constam no texto constitucional, as aspirações e esperanças ali gravadas, em ação concreta, em realidade, ou seja, é o processo de metamorfose da forma para a substância.

Destaque-se de outra banda as políticas de acesso à saúde e educação, inseridas na Constituição (BRASIL, 1988) como direitos públicos subjetivos. Isso porque o art. 196 expressa ser a saúde um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Similarmente o art. 205 enuncia que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Aliás, quanto à educação a Constituição (BRASIL, 1988) impôs, de forma expressa, deveres indeclináveis a serem observados pelo Estado, consubstanciados na garantia de acesso aos níveis mais elevados de ensino (art. 208, V), além da implementação de ações com desiderato de propiciar a melhoria da qualidade do ensino e à promoção humanística, científica e tecnológica do País (art. 214, III e V). Em harmonia com essas diretrizes da Constituição (BRASIL, 1988) a legislação

infraconstitucional também enfatiza a necessidade de busca da qualidade da educação. Nesse sentido vide art. 6º, Lei nº 4.024/61 (BRASIL, 1961) e arts. 3º, IX, 4º, IX, 7º, II, 9º, VI, 47, § 4º, 70, IV, Lei nº 9.394/96 (BRASIL, 1996a).

Fernando Veloso, em artigo que escreveu no jornal Folha de S. Paulo do dia 17/10/2011, alertou sobre os impactos negativos da baixa qualidade da educação para o desenvolvimento socioeconômico do país:

[...]

Em um conhecido estudo publicado dez anos atrás, "Where Has All the Education Gone?", Lant Pritchett mostrou que, apesar de vários indicadores educacionais terem melhorado significativamente nas últimas décadas em vários países da África e da América Latina, o crescimento desses países foi nulo ou mesmo negativo se analisado durante o mesmo período. As evidências empíricas encontradas por Pritchett foram alçadas à categoria de "paradoxo da educação" por William Easterly em seu livro "The Elusive Quest for Growth", o que motivou uma série de estudos.

Dentre as várias explicações, a mais importante foi a que estabeleceu o papel crucial da qualidade da educação. Em várias pesquisas, Eric Hanushek mostrou que o nível de aprendizagem dos alunos, medido pelo seu desempenho em testes padronizados de matemática e ciências, tem um grande impacto no crescimento econômico.

Além disso, a qualidade da educação tem um efeito muito maior no desempenho econômico do que medidas de quantidade, como taxas de matrícula e número de anos de estudo da população.

Segundo Hanushek, o fraco crescimento econômico da América Latina em comparação aos países do Sudeste Asiático deve-se em grande medida ao fato de que, apesar dos progressos em indicadores de quantidade, a qualidade da educação nos países latino-americanos ainda é muito baixa.

O desafio para esses países será complementar o acesso à escola com políticas que assegurem um nível elevado de qualidade da educação. Disso dependerão suas perspectivas de crescimento econômico sustentado. (VELOSO, 2011, p. C-7)

A importância conferida às políticas públicas de oferta de serviços de saúde, bem como de acesso e melhoria da qualidade da educação é realçada de um lado pela previsão expressa de que parte das receitas orçamentárias devem obrigatoriamente ser empregadas em tais modalidades de serviços públicos (patamar mínimo de aplicação), conforme art. 198, §§ 2º e 3º, art. 212, ambos da Constituição (BRASIL, 1988). De outro lado, o descumprimento de aplicação destes patamares mínimos acarreta consequências graves e severas, já que constitui uma das hipóteses em que será cabível a intervenção da União nos Estados, assim como dos Estados nos Municípios, mitigando a autonomia político-administrativa decorrente do princípio federativo, conforme art. 34, VII, "e"; art. 35, III, da Constituição (BRASIL, 1988).

Ademais o Brasil subscreveu, aderiu e incorporou ao ordenamento jurídico o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL, 1992), reconhecendo que toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado para si

próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, de acesso à educação, visando o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade, de participar da vida cultural, de desfrutar o processo científico e suas aplicações, dentre outros.

#### 1.4 A BOA GOVERNANÇA E OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA O ATINGIMENTO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA DO BRASIL

No longo caminho para atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil mister se faz uma boa governança. E governança no âmbito da Administração Pública, conquanto não seja expressão unívoca, pode ser entendida como a capacidade de ação estatal na formulação e implementação das políticas estabelecidas no plano global normativo da Constituição, tendo como desiderato o atingimento das metas coletivas, através da gestão e regulação dos interesses e conflitos no atingimento de objetivos comuns. Os princípios da Administração Pública são vetores que traçam rotas para a boa governança, que propiciará a consecução desses objetivos. Sobre o vocábulo governança tem-se que:

Desde os anos 1990, a partir das Nações Unidas e do Banco Mundial, ao invés de se falar em Administração Pública, passou-se muitas vezes a se falar em 'governança'. Esta expressão, entretanto, no nível nacional, não é substituta de Administração Pública, mas é de 'governo'; além de significar o grupo de pessoas que dirigem o Estado, significa o processo de governar. Governo, em uma sociedade democrática, é o processo através do qual uma elite de políticos vitoriosos em eleições e de altos burocratas públicos dirige o Estado-nação; já governança significa que desse processo participa um grupo maior de pessoas e entidades, significa que nesse governo existe em maior grau responsabilização social. Governança democrática e democracia participativa são, portanto, expressões semelhantes. Uma sociedade onde prevalece a governança democrática é uma sociedade em que o Estado enquanto sistema constitucional-legal está deixando de ser uma mera democracia representativa para ser uma democracia participativa. (BRESSER-PEREIRA, 2008)

Ciente de tais circunstâncias o constituinte buscou balizar a atuação da Administração Pública, tendo como desiderato essa boa governança, da qual decorre a otimização na aplicação dos recursos públicos, além da ética que deve prevalecer no relacionamento entre administração e administrados e ainda na atuação dos agentes públicos (e isso para todos os entes federados e para os três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário), através de um rol próprio de postulados, que

podem ser classificados, consoante a lição de Luís Roberto Barroso (1999), já citada aqui, em princípios setoriais, que no caso estão estampados expressamente no art. 37, da Constituição (BRASIL, 1988), a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, este último acrescido pela Emenda Constitucional nº 19/98 (BRASIL, 1988a).

São os que se pode denominar de princípios explícitos da Administração Pública, conquanto existam princípios outros, implícitos, que sem pretensão exaustiva, podem ser denominados, conforme classificação de José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 21-26), de princípios reconhecidos (vez que consagrados pela doutrina e jurisprudência), dentre os quais, o da supremacia do interesse público, da autotutela, da indisponibilidade e, hodiernamente, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Examinar-se-á, ainda que brevemente, o alcance e o sentido dos princípios explícitos, relacionando-os aos princípios reconhecidos, sob a ótica de que não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços, pois a interpretação de qualquer norma constitucional pressupõe o percurso que se projeta a partir dessa norma até a Constituição (GRAU, 2006, p. 166). Aliás não é mesmo concebível um princípio jurídico em estado de isolamento, pois por exigência do direito (unidade plena e harmônica) os princípios sempre se relacionam entre si e com outras normas, que lhes conferem equilíbrio, proporção e reafirmam a importância que têm (CARRAZA, 2003, p. 34).

Quanto aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, serão abordados no capítulo 4, considerando a sua íntima correlação com a finalidade do presente trabalho. Igualmente o princípio da eficiência será melhor desenvolvido também no capítulo 4, pelos mesmos motivos.

#### 1.4.1 Princípio da Legalidade

E iniciar-se-á pelo princípio da legalidade, que em sua hodierna roupagem, conforme se explicitará, acaba, de certa forma, por condensar e orientar todos os demais princípios.

O princípio da legalidade primeiramente constitui-se em uma garantia, inclusive expressamente prevista na Constituição, de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei – art. 5º, II, Constituição (BRASIL,

1988) –, ou seja, a Administração Pública em sua vertente subjetiva, quer seja “[...] o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar atividades administrativas [...]” (CARVALHO FILHO, 2004, p. 7), não pode impor, originariamente, um fazer ou deixar de fazer aos administrados (povo), já que somente a lei, em seu sentido formal e material pode fazê-lo, isto é, observado o processo legislativo – arts. 59 a 69, e art. 84, III, IV, V, VI e XXVI, da Constituição (BRASIL, 1988).

Como uma outra face da moeda, o postulado da legalidade funciona como o fio condutor da atividade estatal, a impor que os agentes estatais somente podem agir quando estiverem autorizados pela lei, mais propriamente pelo ordenamento jurídico, como expressamente (conquanto não exaustivamente) enuncia a Constituição (BRASIL, 1988) nos arts. 5º, II e XXXIX; 84, IV; 150, I.

Contudo, conforme anota Jefferson Aparecido Dias, a Administração Pública quando atua sob o regime jurídico privado – vide art. 173, § 1º II e § 2º, Constituição (BRASIL, 1988) – está liberta para agir com autonomia ampla, sob a ótica de que o que não lhe é proibido está permitido, podendo atuar da mesma forma que as entidades privadas, sendo nítida em tal hipótese a influência das concepções que levaram a inclusão do princípio da eficiência no texto constitucional (DIAS, 2009, p. 54). Aqui somente acrescentamos que há, de qualquer modo, peculiaridades a serem observadas, mesmo ante tal circunstância, *ex vi* do art. 37, II, XVII, XIX e § 9º; art. 173, § 1º, I, III, IV e V; da Constituição (BRASIL, 1988).

Já aos particulares, administrados, sempre é permitido fazer tudo o que a lei não veda, máxima decorrente da dimensão da inviolabilidade da liberdade e autonomia da vontade, expressa de forma geral no art. 5º, *caput*, da Constituição (BRASIL, 1988) e como decorrência dele nos arts. 1º, IV; 5º, VI, IX, XVI, XVII, 170, par. único etc.

Anote-se, ademais, que a Constituição como lei fundamental de dado Estado de direito, constitui-se em fonte de validade de todas as demais normas jurídicas. Não é por motivo outro que Emerson Garcia (2010a, p. 61-62) anota que o princípio da legalidade, na sua versão clássica, deixou de ser o elemento único a limitar e legitimar a atividade estatal, visto que já ultrapassada a visão, meramente formal, de mecânica adequação do fato à norma, exigindo-se hodiernamente a sua correspondência aos valores ético-jurídicos do Estado de direito (notadamente os incorporados na Constituição, acrescentamos), daí porque esse princípio da legalidade passou a ser

visto como um princípio de maior abrangência, mostrando-se mais adequado falar-se em princípio da juridicidade ou da constitucionalidade, evoluindo-se do “direito por regras” para o “direito por princípios”.

Por tal razão, atuação administrativa (poder de polícia) com imposição de fazer ou não fazer, sem base na lei ou em descompasso com a Constituição, aos administrados, constitui violação a legalidade.

A Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768-DF (BRASIL, 2007a), admitiu, expressamente, o princípio da juridicidade, para afirmar o direito à proteção dos idosos, conforme art. 230, Constituição (BRASIL, 1988), quanto ao acesso ao transporte público gratuito.

No ponto vale citar, como exemplo mais atual desse *standard* jurídico do princípio da legalidade (mais propriamente juridicidade ou constitucionalidade), o art. 1º do vigente Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c), estabelecendo que para além das disposições encartadas no próprio código, o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, Lei nº 13.105, 2015, art. 1º).

E essa visão mais atual, que para além do princípio da legalidade, reconhece o princípio da juridicidade, foi a que orientou o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento que apreciou a legitimidade da vedação ao nepotismo na Administração Pública, quando então concluiu que para tanto não se exige a edição de lei formal pois a proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, da Constituição (BRASIL, 1988) o que resultou na edição da súmula vinculante nº 13, do seguinte teor:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (BRASIL, 2008a)

Esse entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, sobre a prática do nepotismo, que é uma derivação do termo nepote, do latim *nepos*, *nepotis*, sobrinho (do papa), valido, favorecido, protegido de alguém (GRANDE ECICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL, 1998b. p. 4187), a par do princípio da legalidade e/ou juridicidade, decorre também da compreensão do princípio da impessoalidade.

Observe-se, porém, que em realidade, ao menos no que diz respeito aos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, havia vedação positivada no ordenamento jurídico, conquanto se limitasse a parentesco até segundo grau, conforme art. 117, VIII, da Lei nº 8.112/90 (BRASIL, 1990c), hipótese legal que foi ampliada, portanto (até o terceiro grau, incluindo os parentes por afinidade), com o posicionamento sumulado da Suprema Corte.

Existe ainda, enquanto dimensão da legalidade, o princípio implícito da autotutela, que parte da constatação de que a Administração Pública também comete equívocos e, quando isso ocorre, pode, de ofício, rever seus atos para restaurar a regularidade ou a obediência ao império da lei, isto é quanto aos aspectos de legalidade (anulação do ato), bem como quanto a aspectos de mérito, reexaminando a conveniência e oportunidade da manutenção de dado ato administrativo (revogação do ato), postura albergada por entendimentos sumulados do Supremo Tribunal Federal (Súmulas 346 e 473) (CARVALHO FILHO, 2004, p. 21-22).

A legalidade impõe assim a conciliação, sempre através de juízo de ponderação, das tensões entre liberdade e a igualdade, pois a “[...] lei geral e abstrata, encarna o princípio de igualdade, que é uma derivação dos princípios político-morais de justiça, racionalidade e interdição de arbitrariedade [...]” (OSÓRIO, 2013, p. 114).

Consolidando o conteúdo do princípio da legalidade na Administração Pública, mister não olvidar que decorre ele do modelo de Estado que adotamos que é o Estado (democrático) de direito, no qual a Constituição formal é também o documento político-jurídico que um povo livre, através de seus representantes eleitos, por sufrágio universal, impõe aos seus governantes, ao poder estatal, visando não exclusivamente, mas primordialmente, deles se proteger e a eles impor deveres a serem perseguidos na busca do bem comum, do bem-estar coletivo. É bem verdade, e não menos importante, que pelos mesmos motivos, também garante direitos e impõe deveres aos cidadãos, considerando a sua função de consolidação do pacto social a ser observado por todos. A legalidade constitui importante instrumento de proteção dos cidadãos contra o Estado, ou contra o arbítrio de seus agentes, porque impõe que se tenha um governo das leis e não da vontade de determinado agente estatal.

#### 1.4.2 Princípio da Impessoalidade



Por sua vez o princípio da impessoalidade representa a linha divisória, que deve separar os interesses privados do interesse público e do bem comum, vetores a serem perseguidos na efetivação dos atos estatais e, portanto, de indeclinável observância pelos agentes públicos, num sistema realmente republicano.

Isto é, o princípio da impessoalidade impõe que o gestor público se abstenha de considerar suas preferências e inclinações pessoais na prática de atos estatais, tendo como norte e preocupação central o atingimento de um bem maior, ou mais significativo, que no sistema republicano se identifica com o interesse público, coletivo e social. Bresser-Pereira (2008) anota que sempre entendeu que “[...] o serviço público é uma tarefa republicana que envolve virtude e espírito público. Não faz sentido entrar para a vida pública para atender principalmente a seus interesses pessoais”.

A impessoalidade, ademais, exige do gestor e dos agentes públicos neutralidade no tratamento dispensado a todos os cidadãos, que aqui deve ser entendido como desapego a qualquer preferência de caráter pessoal, seja de relação de amizade, parentesco etc., ressalvadas obviamente as posturas estatais destinadas a implementação de igualdade material, de redução das desigualdades sociais e regionais – art. 3º, I e III, Constituição (BRASIL, 1988) –, como por exemplo as políticas de cotas raciais, para ingresso no ensino superior público – Lei nº 12.711/2012 (BRASIL, 2012b) –, cotas raciais para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União – Lei nº 12.990/2014 (BRASIL, 2014) – ou a preferência no atendimento a idosos – art. 3º, par. único, Lei nº 10.741/2003 (BRASIL, 2003a).

Vê-se assim que esse princípio setorial da impessoalidade decorre primeiro do princípio (mais abrangente) da igualdade ou isonomia, garantia constitucional insculpida no art. 5º, *caput*, Constituição (BRASIL, 1988), de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. E, de outra banda, municia e fortalece o princípio da finalidade, “[...] segundo o qual o alvo a ser alcançado é o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória”. (CARVALHO FILHO, 2004, p. 15).

Vale aqui lembrar que o art. 2º, alíneas “c” e “e”, da Lei nº 4.717/65 (BRASIL, 1965), lei da ação popular (que confere legitimidade a qualquer cidadão para requerer em juízo a anulação de ato lesivo ao patrimônio público), considera nulos e lesivos os



atos praticados por agentes públicos nos casos de ilegalidade do objeto e desvio de finalidade.

Constitui-se, aliás, concretização destes princípios (impessoalidade, isonomia e finalidade), conquanto não só deles, a determinação constitucional de que as contratações públicas, para compras de produtos e aquisição de serviços, assim como para alienação de bens públicos e ainda a concessão da exploração de serviços públicos a particulares, se realizem através de processo de licitação pública (salvo exceções estabelecidas em lei), que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, conforme art. 37, XXI; art. 173, § 1º, III e art. 175, da Constituição (BRASIL, 1988).

Outra faceta da incidência da impessoalidade é a previsão constitucional que disciplina e orienta a aplicação prática de outro princípio, o da publicidade (que será abordado mais à frente), ao estatuir que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, conforme art. 37, § 1º, da Constituição (BRASIL, 1988).

De qualquer forma, a impessoalidade obviamente só abriga a atuação legítima dos agentes públicos, pois “[...] deverão atuar única e exclusivamente no interesse da Administração Pública [...]” (DIAS, 2009, p. 55), daí porque, havendo a prática de ato irregular, desleal, ilegal, prejudicial ao interesse público, ao bem comum, a responsabilidade é pessoal, passível de repercussão nas esferas administrativa (funcional) e judicial (criminal e civil ou administrativa amplo senso).

Não se desconhece que responsabilidade objetiva do Estado é muito conveniente aos cidadãos, facilitando-lhes as demandas, contudo, o que não se pode desprezar é que a ausência de responsabilidade do funcionário é nociva para a Administração Pública (OSÓRIO, 2013, p. 83) e de forma mediata para a própria sociedade.

Cite-se ainda, sem pretensão de exaurir as hipóteses representativas da dimensão da impessoalidade, o exemplo (no âmbito interno do Estado, com repercussão no relacionamento entre os Poderes Legislativo e Executivo) da obrigatória execução equitativa da programação orçamentária e financeira, decorrente de emendas parlamentares individuais, prevista na Lei de Meios, que deve obedecer a critério igualitário e impessoal às emendas apresentadas, independentemente da

autoria, ressalvados apenas os casos de impedimentos de ordem técnica, conforme art. 166, §§ 9º, 11, 12 e 18, da Constituição (BRASIL, 1988). Visa-se evitar que sejam executadas somente emendas de parlamentares que se alinhem e apoiem as medidas de interesse do Poder executivo, na Casa legislativa respectiva, minando a liberdade e a autonomia da atividade parlamentar, quanto aos seus votos e opiniões, pilares da democracia e consequência da independência dos Poderes, conforme art. 2º, Constituição.

#### 1.4.3 Princípio da Moralidade

Direcionando agora atenção ao princípio da moralidade administrativa, cumpre afirmar que se identifica ele, ao fim e ao cabo, com o agir de forma honesta, leal à busca do bem comum, vetor norteador no Estado democrático de direito.

Moralidade na acepção aqui tratada deve ser entendida como o feixe de princípios que veiculam vedações a comportamentos inaceitáveis em dada sociedade e momento histórico, além de comandos normativos indicadores de condutas que atendam e se harmonizem com os valores e objetivos fundamentais eleitos por determinada comunidade e, mais amiúde, de *standards* de conduta, social e normativamente estabelecidos, a serem trilhados no trato da coisa pública.

Um paradigma de atuação em sintonia com a moralidade, neste sentido do agir em prol do interesse coletivo, pode ser divisado em nosso direito positivo na antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (BRASIL, 1942), rebatizada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 2010b), que determina, em seu art. 5º, que o juiz, na aplicação da lei deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

*Mutatis mutandis*, esse proceder, de atendimento à finalidade social e ao bem comum, constitui a essência do princípio da moralidade, a ser observada na atuação de qualquer agente público, seja em relação ao administrado/cidadão, seja internamente no âmbito do Poder público, motivo pelo qual daí deriva o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes, de modo que eles devem ser geridos em benefício da coletividade, que é a real titular, motivo pelo qual os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei estabelecer e, de outra banda, as contratações pela Administração devem como regra dar-se mediante o procedimento

licitatório, *ex vi* do art. 22, XXVII; art. 37, XXI; art. 173, § 1º, III; art. 175, da Constituição (BRASIL, 1988) (CARVALHO FILHO, 2014, p. 36).

Portanto, é difícil, se não impossível, que se verifique a inobservância da moralidade administrativa sem antes restar violado um ou mais dos princípios explícitos ou implícitos da Administração Pública (senão todos). José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 16) observa que conquanto o princípio da legalidade tenha conteúdo diverso do da moralidade, está normalmente a ele associado, sendo certo ainda que o agir estatal dispensando tratamento discriminatório (sem justa causa) aos administrados, faz com que seja vulnerado o princípio da moralidade, mas concomitantemente com o da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa.

O art. 116 da Lei nº 8.112/90 (BRASIL, 1990c), que trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, explicita no seu inciso IX, que o servidor público deve manter conduta compatível com a moralidade administrativa.

Todavia, os demais deveres, encartados nos outros incisos do mesmo dispositivo, veiculam condutas que se caracterizam como uma dimensão do princípio da moralidade administrativa, tais como exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo (inciso I), ser leal às instituições a que servir (inciso II), observar as normas legais e regulamentares (inciso III), atender com presteza ao público em geral (inciso V, "a"), levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior (inciso VI), zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público (VII), ser assíduo e pontual ao serviço (inciso X), tratar com urbanidade as pessoas (XI) e representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder (inciso XII).

Assim, o princípio da moralidade na administração se revela como um elemento aglutinador, extraíndo o sumo de todos os princípios regentes da atividade estatal, destacando que consiste no bem administrar, isto é a atividade estatal identificada com a *mens legis*, adotando a boa-fé como regra de conduta, com a intenção do agente sempre vinculada à consecução da finalidade que melhor atender ao interesse público, ao bem comum (GARCIA, 2010a, p. 96-97, 99), daí porque tem estreita relação e desiderato comum com o princípio da supremacia do interesse público, considerado justamente esse vetor norteador da atividade estatal (busca do bem comum e interesse público).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015a, p. 99) indica como representação do princípio da supremacia do interesse público o que positivado no texto constitucional, quanto à possibilidade do Estado de desapropriação por necessidade, utilidade pública, ou por interesse social, além da requisição contingencial de propriedade particular (art. 5º, XXIII, XXIV e XXV).

Jefferson Aparecido Dias (2009, p. 69) critica essa postura doutrinária de não conferir autonomia e a importância devida ao princípio da moralidade administrativa, defendendo que tal postulado exige mais do que o cumprimento da lei, devendo-se extrair dele um mandamento de atuação imparcial, qualificado por conferir a todos um tratamento com igual consideração e respeito.

Fabio Medina Osório (2013, p. 65, 75, 82, 92) vê na honra funcional dos agentes públicos o dever de obediência à moralidade administrativa, além de fundamento da responsabilidade, alertando, contudo, que honra funcional não se confunde, necessariamente com honra derivada de normas morais, sendo certo que moral privada igualmente não se identifica com moralidade institucional e pública, pois os agentes públicos também estão protegidos pelos direitos fundamentais à intimidade, à adoção livre de seus estilos privados de vida – art. 5º, X, Constituição (BRASIL, 1988) –, detendo liberdade para praticar mesmo atos imorais, desde que não transbordem do estrito território da ética privada e não afetem bens de terceiros.

No mais, a concreta tutela da moralidade na Administração Pública pode ser buscada através da ação popular, que constitui uma das hipóteses de exercício direto da democracia, para a qual é legitimado qualquer cidadão, diante de expressa garantia constitucional, conforme art. 5º, LXXIII, Constituição (BRASIL, 1988), disciplinada pela Lei nº 4.717/65 (BRASIL, 1965), lei da ação popular.

#### 1.4.4 Princípio da Publicidade

Dedicando agora atenção ao princípio da publicidade, cabe anotar com Carlos Ari Sundfeld (1995) que a Administração tem uma razão de ser externa, o que significa que tudo nela detém uma direção exterior, pois o objetivo de sua ação não é íntimo, voltada que está ao interesse público, que é o que a ordem jurídica indica como valioso para a coletividade, por isso os recursos que ela (Administração) manipula não são seus e os beneficiários de sua atividade são sempre os administrados, razão pela qual ao contrário dos particulares falta-lhe vida interior e interesses pessoais íntimos, como

aqueles tutelados pelo art. 5º, X, XI e XII, Constituição (BRASIL, 1988), daí porque só muito excepcionalmente a ordem jurídica lhe confere espaço de sigilo.

Assim, respeitar o princípio explícito da publicidade é dever da Administração Pública brasileira, que considerado o formato democrático de direito ganha contornos mais amplos, para observar e adotar uma postura de transparência na sua atuação, possibilitando o controle de seus atos pelo povo, considerado que todo o poder do Estado é exercido em seu nome – art. 1º, par. único, Constituição (BRASIL, 1988). Ante tal panorama é de se acentuar que a “[...] fim de garantir a amplitude dessa fiscalização realizada pelos cidadãos, a publicidade deverá ser a mais ampla possível, aproveitando-se todos os meios de comunicação existentes. (DIAS, 2009, p. 58).

Deveras, pois a publicidade na Administração é sim a regra, tendo como fim último o controle e a fiscalização social, até mesmo para o exercício de uma das modalidades de democracia direta que é a ação popular, para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural – art. 5º, LXXIII, Constituição (BRASIL, 1988).

Todavia, cumpre observar, na lição de Antônio Carlos Cintra do Amaral (2003) que seria ingenuidade a defesa da ideia de que a Administração deve ser uma casa de vidro totalmente translúcida, característica que nenhuma Administração, de qualquer país adota, de modo que cabível é um espaço de relativa opacidade dos atos estatais, em respeito aos limites impostos pela Constituição e pelas leis, em estrita obediência à estrutura escalonada das normas jurídicas.

Neste diapasão, cumpre observar que o poder estatal detém informações, por vezes detalhadas, sobre a vida de seus cidadãos e sobre a segurança da sociedade e do Estado, de modo que estas podem estar dispensadas da publicidade.

Num olhar mais específico da garantia do acesso a informações que se encontrem em poder do Estado e ainda no âmbito das garantias processuais, do devido processo legal, vide também o art. 5º XXXIII, LX, LXXII, “b”, além do art. 93, IX, *in fine*, todos da Constituição (BRASIL, 1988).

No âmbito do processo civil (BRASIL, 2015c) a publicidade também é a regra, conforme preceitua seu art. 8º, endereçando-a como um dever a ser observado pelo julgador, sendo certo que se trata de regra que admite espaços de exceções, no âmbito da própria codificação processual civil (BRASIL, 2015c), como se vê na redação de seu art. 189, incisos e parágrafos. De forma similar o processo

administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, conforme se observa no teor de seu o art. 2º par. único, V e art. 46, Lei nº 9.784/99 (BRASIL, 1999). Igualmente no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), como regra, com as inexoráveis hipóteses de exceção, conforme o art. 185, § 1º; art. 201, § 6º; art. 370, § 1º, art.495, XVII; art. 792, § 1º.

Ademais, com supedâneo em tais dispositivos legais e constitucionais, mencione-se, *verbi gratia*, as informações e documentos referentes a investigações policiais que imponham a discricção e o sigilo para o êxito na atividade de descortinar crimes e proteger a sociedade, consoante art. 20, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), conquanto, em tal hipótese, durante o tempo estritamente necessário para o atingimento da finalidade de tal atividade.

De modo que a imagem representativa da casa de vidro faz sentido na quase totalidade dos negócios administrativos e da atuação dos agentes estatais, mas não na totalidade absoluta, restando de qualquer forma, quando surgir litígio entre administrado e Administração sobre a necessidade ou não de manutenção do sigilo, sob os auspícios dos princípios e valores albergados em nosso ordenamento jurídico, a indeclinável apreciação pelo Poder Judiciário, diante de provocação, através dos remédios jurídicos previstos, como o *habeas data* e o mandado de segurança, na forma do art. 5º, XIII, XXIV, XXV, LXIX e LXXII, da Constituição (BRASIL, 1988).

#### 1.4.5 Princípio da Eficiência

O conteúdo e alcance do princípio da eficiência, introduzido expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição (BRASIL, 1988), através da Emenda Constitucional nº 19 de 1998 (BRASIL, 1988a), ainda não foi devidamente apreendido, de forma relativamente homogênea pela doutrina e, conseqüentemente, pela jurisprudência.

Também existe quem (CARVALHO FILHO, 2014, p. 31) embora visualize a eficiência como um dever do administrador público, no sentido de que seu núcleo seria a busca da produtividade e economicidade da atuação administrativa, defenda a necessidade de uma melhor definição no plano da legislação infraconstitucional, disciplinando mais concretamente os meios de assegurar os direitos dos usuários, conforme aliás estabelece o parágrafo 3º, inciso I, do art. 37, igualmente incluído pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998 (BRASIL, 1988a).

Há também quem defenda (MELLO, 2015a, p. 126) que o princípio da eficiência não pode ser concebido senão na intimidade do princípio da legalidade, identificando-se, em verdade, com o princípio da boa administração (mais amplo e já há muito tempo existente), de origem italiana, que impõe ao administrador a utilização dos meios mais idôneos, mais congruentes, mais oportunos e mais adequados à finalidade perseguida pela atividade estatal.

Jefferson Aparecido Dias (2009, p. 87-88) critica todas essas definições, anotando a ausência de consenso sobre a compreensão e alcance do postulado da eficiência, para então defini-lo como mandamento constitucional que impõem à Administração Pública que promova a viabilidade econômica para a riqueza, que propiciará governabilidade ao País, considerado o modelo capitalista sem, contudo, deixar de observar os demais princípios constitucionais, sobretudo o da moralidade administrativa.

De qualquer forma, trata-se de princípio inscrito no texto constitucional como regente da Administração Pública, que numa interpretação teleológica e sistemática, desde os objetivos fundamentais adotados pela Constituição (BRASIL, 1988), em seu art. 3º, constitui vetor orientador da atuação estatal no sentido de que as atividades estatais, a implementação das políticas públicas e a atuação dos agentes públicos devem se desenvolver levando em conta a otimização dos meios empregados (recursos financeiros e humanos), visando a maior amplitude e qualidade dos efeitos pretendidos.

Mister destacar que eficiência e eficácia, numa análise mais rigorosa, não são sinônimos e não se confundem. Para Jefferson Aparecido Dias (2009, p. 76) a “[...] eficácia indica a possibilidade de produzir efeitos. Assim uma lei terá eficácia se estiver apta a produzir efeitos no mundo fático e jurídico, independentemente das conseqüências (sic) destes efeitos (eficientes ou não).”

De outro lado, considerando os objetivos do presente trabalho, na perspectiva da busca de melhores resultados (quantitativos e qualitativos) no combate aos atos de improbidade administrativa, bem como sendo certo que a punição dos agentes públicos ímprobos se dá na esfera do direito administrativo sancionador judicializado (isto é, o reconhecimento das ilicitudes e a aplicação das sanções por atos de improbidade, que são de direito administrativo, se dá em juízo, através do processo civil), também a atuação dos órgãos judiciais e o manejo dos instrumentos processuais não de se dar sob a influxo do princípio da eficiência. Aliás, tendo em conta tais



aspectos é preciso não olvidar que o vigente Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c), em seu art. 8º, preceitua que cumpre ao juiz, na aplicação do ordenamento jurídico, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Quando ainda se discutia o projeto de lei que veio a ser aprovado e que se transformou no atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c), Leonardo Carneiro da Cunha abordou a introdução do princípio da eficiência no âmbito da lei processual civil, colhendo-se de suas ponderações uma análise rigorosa sobre as definições dos vocábulos eficiência, eficácia e efetividade:

A eficiência não se confunde com a eficácia, nem com a efetividade. Numa noção mais elementar, eficácia consiste na aptidão para produzir efeitos, enquanto a eficiência mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. [...]

A eficácia constitui um dos planos do fenômeno jurídico (são três os planos, como se sabe: os da existência, da validade e da eficácia). Assim, o termo eficácia expressa situação jurídica, consistindo em toda e qualquer consequência de um fato jurídico, como a formação de uma relação jurídica ou a atribuição de direitos, poderes, faculdades, ônus, deveres, pretensões, ou a outorga de capacidades. Nesse sentido, eficácia é uma qualidade do ato ou do negócio jurídico, tornando-o eficaz, ou seja, fazendo com que, a partir da incidência, possam ser produzidos efeitos jurídicos.

Já a efetividade relaciona-se com o cumprimento das normas jurídicas: uma norma é efetiva quando seja cumprida por seus destinatários. Enquanto a eficácia é a aptidão para produzir efeitos, a efetividade constitui uma medida de concretização dos efeitos previstos na norma. [...]

Por sua vez, a eficiência, como já registrado, mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Quanto maior o rendimento de produção mais eficiente será a atividade desenvolvida. A eficiência relaciona-se com o alcance de finalidades pré-estabelecidas, dizendo respeito aos meios empregados para tanto. Haverá eficiência se os meios adotados forem ótimos, gerando pouco esforço ou dispêndio, com o melhor resultado possível. (CUNHA, 2014, p. 66-67)

Todavia cabe também realçar que a eficácia que se pretende seja irradiada da eficiência não pode ser outra senão aquela que produz os efeitos ou a efetividade que se espera da atuação estatal, que tem como fim último o bem-estar social. Na dicção do art. 3º, do texto constitucional (BRASIL, 1988), a atuação estatal tem dentre outros objetivos, o bem de todos e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. De modo que as políticas públicas e a atuação dos agentes públicos atenderão ao princípio da eficiência na medida em que os meios empregados sejam os mais eficazes para a obtenção dos melhores efeitos do ponto de vista do bem-estar social, da promoção do bem de todos e do respeito aos direitos e garantias previstos na Constituição



Com essa perspectiva de comunicação da eficácia com a eficiência, entendida como os efeitos positivos esperados (notadamente o bem-estar social e o fim público) da atuação eficiente, tem-se a visão de Marino Pazzaglini Filho (2005, p. 35), defendendo que a busca da eficiência na Administração Pública estaria ligada à obrigação do agente público agir com eficácia real e concreta, aplicando constantemente no desenvolvimento das atividades públicas, medidas e opções mais positivas, operativas, razoáveis, racionais e tendentes à maior eficácia, na realização satisfatória das finalidades públicas para atender às necessidades da coletividade.

No direito português a eficiência também foi uma preocupação do legislador lusitano, na seara do processo e da jurisdição penal, com foco na celeridade da resposta do direito penal sancionador, mas também na tutela dos direitos fundamentais e do devido processo legal e, ainda, sob o enfoque de que a celeridade tem igualmente como desiderato abreviar a angústia de quem se encontra na posição de investigado ou acusado, sob o crivo da presunção de inocência, que tem dessa forma o interesse e o direito de ter uma resposta do Estado, com brevidade, sobre a sua situação jurídica. No ponto, consta do item 8 da exposição de motivos do Código de Processo Penal de Portugal:

Mesmo no contexto de uma apresentação sumária, não pode deixar de sublinhar-se outra das motivações que esteve na primeira linha dos trabalhos de reforma: a procura de uma maior celeridade e eficiência na administração da justiça penal.

Importa, contudo, prevenir que a procura da celeridade e da eficiência não obedeceu a uma lógica paramente (sic) economicista de produtividade pela produtividade. A rentabilização da realização da justiça é apenas desejada em nome do significado directo da eficiência para a concretização dos fins do processo penal: realização da justiça, tutela de bens jurídicos, estabilização das normas, paz jurídica dos cidadãos. A eficiência é, por um lado, o espelho da capacidade do ordenamento jurídico e do seu potencial de prevenção, que, sabe-se bem, tem muito mais a ver com a prontidão e a segurança das reacções criminais do que com o seu carácter mais ou menos drástico. A imagem de eficiência constitui, por outro lado, o antídoto mais eficaz contra o recurso a modos espontâneos e informais de autotutela ou ressarcimento, catalisadores de conflitos e violências dificilmente controláveis. Mas a eficiência - no sentido de redução das cifras negras e das desigualdades a que elas obedecem - pode também valer como a garantia da igualdade da lei em acção, critério fundamental da sua legitimação material e, por isso, da sua aceitação e interiorização colectiva.

Acresce que a celeridade é também reclamada pela consideração dos interesses do próprio arguido, não devendo levar-se a crédito do acaso o facto de a Constituição, sob influência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, lhe ter conferido o estatuto de um autêntico direito fundamental. Há, pois, que reduzir ao mínimo a duração de um processo que implica sempre a compressão da esfera jurídica de uma pessoa que pode ser - e tem mesmo de presumir-se - inocente. Como haverá ainda que prevenir os perigos de uma estigmatização e adulteração irreversível da identidade do arguido, que pode culminar no compromisso com uma carreira delinvente. De resto, a aceleração processual redundará tanto mais em favorecimento

do arguido quanto mais ela tiver por reverso - como sucede no presente Código - um reforço efectivo da sua posição processual. (PORTUGAL, 1987)

Esse enfoque do direito processual penal português afigura-se perfeitamente adequado para a realidade pátria, máxime sob a perspectiva do direito sancionador estatal, considerado que se mostra harmônico com uma visão de Estado Democrático de Direito. Isto porque, à semelhança do Brasil, a vigente Constituição portuguesa (PORTUGAL, 1976), em seu art. 2º, preceitua que o Estado lusitano adota o formato republicano e de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e, ainda, na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

No mais, não se deve perder de vista que as demandas da sociedade e as pautas ditadas pelo texto constitucional pátrio são muitas, complexas (ambiciosas, já se consignou neste capítulo) e inexoravelmente envolvem a aplicação de recursos públicos, de esforços de planejamento e de execução de políticas visando a redução das mazelas sociais e a busca do bem de todos. Numa democracia ainda em fase de consolidação (no sentido da persistência da desigualdade e da pobreza, bem como da necessidade de atenuar o ainda grande e consistente desnível nas oportunidades de desenvolvimento pessoal), a eficiência na atuação estatal, na busca dos objetivos fundamentais elencados no texto constitucional, não só é um imperativo, como é um vetor do qual não se pode prescindir.

Este tema da eficiência será ainda revisitado, com mais nuances, no capítulo 4, tendo em vista os objetivos do presente trabalho.

## 1.5 PROBIDADE ADMINISTRATIVA E LEI ANTICORRUPÇÃO

Probidade do latim *probitas*, do radical *probus*, isto é, o que cresce retilíneo, era expressão aplicada às plantas, posteriormente passando a ser usado em sentido moral, dando origem aos vocábulos provo, reprovo, aprovo etc. Consiste na atitude de respeito total aos bens e direitos alheios, ponto essencial para a integridade de caráter, daí porque o homem considerado probó é aquele que mantém as promessas que faz, adota sinceridade para com os outros, sendo incapaz de aproveitar da

ignorância e fraqueza alheia e, quando exerce uma função social, age com honestidade e competência (ÁVILA, 1975, p. 511).

No trato da coisa pública essas qualidades são imprescindíveis, consideradas as aspirações de um Estado, consolidado sob uma democracia, fundado na cidadania e na dignidade da pessoa humana, no qual o desiderato maior é a busca do bem comum, mais precisamente, o objetivo de promover o bem de todos, sem qualquer discriminação, considerado o art. 1º, II e III, bem como art. 3º, IV, da Constituição (BRASIL, 1988).

Cabe, de qualquer forma, registrar que a preocupação de que os agentes públicos devem estar imbuídos desse espírito do homem probo já constou na nossa primeira Constituição Republicana (BRASIL, 1891), que em seu art. 54, item 6º, estabeleceu que são crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a probidade da administração; preceito que foi repetido no art. 57, alínea “f”, da Constituição de 1934 (BRASIL, 1934), no art. 84, V, da Constituição de 1967 (BRASIL, 1967), no art. 82, V, da Emenda Constitucional de 1969 (BRASIL, 1969), bem como no art. 85, V, da vigente Constituição (BRASIL, 1988).

Ainda no nível constitucional há mais, pois no art. 148, II, da Carta de 1967 (BRASIL, 1967) também se estabeleceu a não observância da probidade administrativa como hipótese de inelegibilidade, o que foi copiado também no art. 151, II, da Emenda Constitucional de 1969 (BRASIL, 1969).

Já na vigente Constituição (BRASIL, 1988), além do já mencionado crime de responsabilidade do Presidente da República, a preocupação com a probidade administrativa está na qualificação exigida para a capacidade eleitoral passiva (art. 14, § 9º), para manutenção dos direitos políticos (art. 15, V), e ainda na responsabilização dos agentes públicos em geral (art. 37, § 4º), por fim, na responsabilização específica dos chefes do poder executivo no caso de mora na quitação de precatórios vencidos (art. 97, § 10, III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT).

Assim foi que para uma melhor compreensão dos limites e alcance do que vem a ser a probidade ou a improbidade sob a perspectiva administrativa, no contexto histórico em que vivemos, é que se laborou, nas linhas anteriores, sobre a origem do Estado brasileiro, a sua evolução para o sistema republicano e a resignificação da concepção de República, hodiernamente sob um Estado Democrático de Direito, com

seus princípios estruturantes e, mais amiúde, com os princípios setoriais da Administração Pública, previstos no texto constitucional.

Considerada essa contemporânea perspectiva constitucional republicana e democrática, pode-se tentar divisar o dever de probidade do agente público a partir das seguintes ponderações de Fábio Medina Osório:

Recorde-se que o cliente do funcionário público é a sociedade. O que conta é boa fama, reputação e as virtudes do funcionário na perspectiva de algumas pautas concretas de honra. A probidade é identificável com honra à luz dos idiomas espanhol, português, italiano e francês. Essa é a raiz latina da expressão, segundo dicionários autorizados.

[...]

A necessidade lógica de um tratamento normativo, com respeito à probidade pode significar tanto que seu sentido é indicar a punição da grave desonestidade como também que sua natureza mais ampla admite a repressão à intolerável ineficácia/ineficiência funcional em determinados pressupostos. As duas categorias podem significar variáveis e plausíveis conteúdos de honra na função pública. (OSÓRIO, 2013, p. 94, 95)

Já na visão de Emerson Garcia (2010a, p. 63), dentro do espectro de princípios explícitos e implícitos norteadores das atividades dos agentes públicos, são os princípios da moralidade e da legalidade que aglutinam as características do bom administrador e condensam os comandos normativos balizadores da atuação estatal, dos quais se extrai o alicerce quase integral do princípio da probidade, que receberia tão somente um complementado dos demais princípios e regras do sistema.

Ainda Fábio Medina Osório (2013, p. 119-121), destaca que o dever de probidade, insito no texto constitucional, está ligado a deveres públicos associados ao dever de lealdade, sendo certo que a atuação ilegítima e ilegal do agente público, pode gerar consequências outras a merecer somente a resposta do direito administrativo disciplinar. Assim, para que reste caracterizado ato de improbidade administrativa, passível de responsabilização na forma da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), é preciso que se observe uma relação gradativa da conduta administrativa, malferindo o agente público deveres que lhe são inerentes:

A relação gradual, portanto, é a seguinte: legalidade administrativa, moralidade administrativa, dever de lealdade institucional e improbidade administrativa. Para que haja esta última, é necessário que se passe pelas três primeiras: ilegalidade, imoralidade e deslealdade. Toda improbidade é, a um só tempo, expressão da ilegalidade, imoralidade e de deslealdade institucionais e administrativas. (OSÓRIO, 2013, p. 120)

A esse dever de probidade se dedicou especial preocupação, no ordenamento jurídico, também sob o caráter preventivo, como na obrigação dos agentes públicos de informar o seu acervo patrimonial à Administração Pública. Nesse sentido o art. 13,

*caput* e parágrafos da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), reafirmado com edição da Lei nº 8.730/93 (BRASIL, 1993c), que impõem aos agentes públicos o ônus de apresentar declaração de seus bens no momento do ingresso (posse) na função pública e, também, anualmente, enquanto existir o vínculo funcional (monitoramento da evolução patrimonial dos agentes públicos), inclusive sob pena, em caso de inobservância, da sanção de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Trata-se de mitigação à garantia constitucional do direito à intimidade e vida privada, encartada no art. 5º, X, Constituição (BRASIL, 1988), à qual se submete quem opta por assumir uma função pública, considerando os objetivos maiores e inalienáveis de um Estado republicano e democrático, no sentido da proteção ao erário, bem como de que a sociedade não é só cliente, mas também patrão do agente público.

Tem-se assim que há um estruturado arcabouço legal a exigir probidade do agente público e a prevenir e punir a sua inobservância. Ocorre que no mais das vezes a agressão à probidade (que em verdade é um desrespeito aos cidadãos, a quem a atividade administrativa é dirigida, no sentido de prestar serviços públicos e implementar políticas visando o bem comum, o bem de todos) visa trazer vantagens indevidas a particulares (no sentido daqueles que não exercem função pública) e, notadamente pessoas jurídicas ou entes morais privados.

A corrupção pública é a principal forma e indubitavelmente a mais funesta, operativa e poderosa para causar erosão na probidade administrativa e solapar a observância dos interesses públicos, atingindo os desideratos constitucionais de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Para o presente trabalho elegemos como relevantes a corrupção pública (sob a perspectiva da delimitação que será traçada no capítulo seguinte) e as condutas que visem sabotar o procedimento licitatório e fraudar contratos públicos, notadamente da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), já que tais aspectos são motivos de expressa e explícita preocupação estampada no art. 5º, I e IV, alíneas “a” a “g”, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), conhecida como lei anticorrupção, que tem foco na responsabilização objetiva, administrativa (estrito senso) e civil (administrativa na via judicial), das pessoas jurídicas. Aliás, constou nos itens 2, 12 e 13 da Exposição de Motivos Interministerial, ao projeto de Lei nº 6.826/2010 (BRASIL, 2009), que deu origem à Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), encaminhado pelos Ministros da

Estado do Controle e da Transparência, da Justiça e pelo Advogado da União, à Presidência da República que, na sequência, o enviou à Câmara dos Deputados:

2. O anteprojeto tem por objetivo suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos.

[...]

12. Outrossim, embora a sistemática de responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas já exista na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para as hipóteses de atos lesivos praticados em licitações e contratos administrativos, aquela legislação possui ainda lacunas que urgem ser supridas. As duas principais lacunas referem-se à previsão das condutas e às sanções. As condutas mais graves são tratadas apenas na seção sobre crimes da Lei nº 8.666, de 1993, a qual não se aplica à pessoa jurídica que se beneficia da conduta ou que determina a prática do delito, e as sanções aplicáveis à empresa no âmbito da Lei de Licitações não atingem de modo eficaz o seu patrimônio, nem geram o efetivo ressarcimento dos danos causados à Administração Pública.

13. Outro importante diploma legislativo que pode ser aplicado contra condutas lesivas praticadas contra a Administração Pública seria a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, Lei de Improbidade Administrativa. Todavia, em sua disciplina, a responsabilização da pessoa jurídica depende da comprovação do ato de improbidade do agente público, e as condutas descritas pela lei são de responsabilidade subjetiva, devendo ser comprovada a culpa dos envolvidos, com todos os inconvenientes que essa comprovação gera com relação às pessoas jurídicas. (BRASIL, 2009)

Consigne-se, ademais, que no objetivo aqui perseguido, o estudo que se desenvolverá será afinado para demonstrar a possibilidade de aumento da eficiência no combate à improbidade administrativa, em harmonia com o art. 37, § 4º, da Constituição (BRASIL, 1988), cuja disciplina infraconstitucional estampa-se na Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), sob o enfoque da eficiência e duração razoável do processo, consoante art. 5º, LXXVIII, bem como art. 37, *caput*, da Constituição (BRASIL, 1988). E, isto, em decorrência e em associação com a aplicação da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), conhecida também como lei anticorrupção, que estabelece as hipóteses de responsabilização objetiva administrativa e civil (na verdade, responsabilização decorrente do direito administrativo sancionador, nas esferas extrajudicial e judicial) de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

As inovações dessa lei, na responsabilização das pessoas jurídicas se projetam em dois aspectos (conquanto não sejam os únicos) que chamam a atenção já num primeiro olhar. O primeiro é a responsabilização objetiva, já que na Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), lei de improbidade administrativa, a responsabilização é de cunho somente subjetivo, mediante comprovação de dolo, nas condutas de seus

arts. 9º e 11, isto é, nos casos de enriquecimento ilícito e descumprimento dos princípios da administração pública; ou ao menos de culpa, nas condutas seu art. 10, quando se trate de atos que causem lesão ao erário, sem enriquecimento ilícito do agente público. O segundo diz respeito à possibilidade de responsabilização independente da adesão de um agente público ao ato de corrupção ou ao ato lesivo à Administração Pública, considerando a tipificação legal – Art. 5º, incisos, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b) –, em que pese entendimento doutrinário que defenda o contrário (CARVALHOSA, 2015, p. 65-67, 183), tema ao qual se retornará nos capítulos 2 e 3 deste trabalho.

Assim a ênfase será direcionada para as novas possibilidades de intervenção desse recente marco legal – Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b) –, inovador na responsabilização objetiva das pessoas jurídicas quanto a atos de corrupção e de fraudes a licitações e contratos celebrados pela Administração Pública, mais especificamente considerando as potencialidades do instituto do acordo de leniência, como ferramenta importante no combate às formas mais graves de improbidade e corrupção.

Aliás, cabe observar que a manutenção da incolumidade da probidade na Administração Pública também é um dever dos particulares que com ela se relacionam. Onde houver probidade não haverá espaço para a corrupção, para os favorecimentos, para a parcialidade injustificável, males que afetam o bom funcionamento da Administração Pública, a vida dos cidadãos, assim como a atividade dos agentes econômicos e, mais amiúde, das pessoas jurídicas.

Veja-se que cotidianamente as pessoas jurídicas, notadamente de direito privado, se relacionam com o Estado, não necessariamente através de atos negociais, ou contratuais (conquanto em tal área seja intensa essa convivência). Isto porque, a complexidade da sociedade contemporânea impõe uma realidade, qual seja, a de que praticamente inexistente atividade realizada por uma pessoa jurídica que não se submeta a uma regulação ou regulamentação estatal, com maior ou menor intensidade e que, portanto, esteja sob a fiscalização do Poder Público, através dos agentes públicos. Neste contexto a corrupção pública, que inegavelmente caracteriza improbidade administrativa quando presente o envolvimento ou participação de agente público, prejudica o convívio social, impactando negativamente o esforço de se implementar uma sociedade mais livre, justa e solidária. Nessa perspectiva veja-se que:



O dever de probidade administrativa insere-se nesse complexo panorama, uma vez que o Estado e seus agentes públicos atuam nos mais variados e inesperados domínios, com atribuições regulatórias, normativas, e até semijurisdicionais, como ocorre com órgãos do estilo do Cade ou do Banco Central. As autarquias equiparadas às agências independentes começam ganhar corpo e expansão no sistema brasileiro, adentrando campos sofisticados, com seus agentes públicos dotados de elevadas atribuições e responsabilidades. (OSÓRIO, 2013, p. 195-196)

Não é por outro motivo aliás que consta do preâmbulo da Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), incorporada ao direito pátrio pelo Decreto nº 4.410/2002 (BRASIL, 2002), que é importante gerar entre a população dos países da região uma consciência em relação à existência e à gravidade desse problema e da necessidade de reforçar a participação da sociedade civil na prevenção e na luta contra a corrupção.

Portanto, a Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), conforme ainda se aprofundará, busca trazer, sob certa perspectiva, para além da responsabilização objetiva, administrativa (estricto senso) e civil (administrativa na via judicial), esta noção de responsabilidade social, que passa a ser exigida das pessoas jurídicas, não só sob um enfoque de *soft law*, mas de imposição legislativa com consequências sérias, num chamado de que todos devem se apresentar com o seu contributo para o enfrentamento da corrupção e dos atos graves lesivos à Administração Pública, elencados nesta lei.

Isto porque a corrupção pública leva à ineficiência e ao desperdício dos recursos públicos disponíveis, além de provocar a distribuição discriminatória e ilegítima de tais recursos e dos serviços públicos prestados. Outrossim, o custo da corrupção (subornos e propinas) são incorporados aos preços dos bens fornecidos e dos serviços prestados ao Estado ou, ainda, dos preços públicos pagos pelos cidadãos para usufruir de determinados serviços prestados pelo Estado, diretamente ou através de empresas concessionárias. E há mais, pois:

A corrupção pode produzir ineficiência e injustiça. Esse mal tem o poder de minar a legitimidade política do Estado. A corrupção evidencia também a existência de problemas mais profundos nas relações do Estado com o setor privado. Os custos mais graves não são os subornos em si, e sim as distorções inerentes que revelam; distorções essas que podem ter sido criadas pelas autoridades a fim de gerar propinas  
[...]

Quando as propinas são corriqueiras, contratos, companhias privatizadas e concessões do governo não conseguem ser alocados para os concorrentes de maior eficiência. [...] A corrupção favorece os desprovidos de escrúpulos e àqueles que dispõem de uma maior rede de contatos em detrimento daqueles que têm maior eficiência produtiva. Muito embora não haja nenhuma relação necessária entre honestidade e eficiência, a necessidade



de pagar subornos constitui uma barreira ao acesso a elas. [...] A qualidade pode sair prejudicada se os contratantes pagarem propinas com o intuito de prestar serviços abaixo do padrão. (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 74-75)

Na trilha do desiderato aqui apresentado, no próximo capítulo se buscará abordar a corrupção sob vários enfoques, a preocupação mundial com o tema, as influências na edição da lei anticorrupção brasileira e seus principais aspectos.

## 2. COMBATE À CORRUPÇÃO E A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

### 2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE CORRUPÇÃO

Em relação a sua origem do latim, corrupção, *corruptio, onis*, de *corrumpo, corrumpere*, remete a corromper que significa estragar, decompor, perverter, depravar (CUNHA, 2007, p. 220), tendo também o significado de deitar a perder, estragar, destruir e, etimologicamente, equivale a ação de depravar, de destruir, de adulterar (SILVA, 2013, p. 397). Tem-se ainda, a definição de ação de romper pelo meio, rasgar em partes iguais, uma progressiva desintegração de um ser (ÁVILA, 1975, p. 171).

A corrupção moral identifica-se com a ideia de depravação progressiva dos costumes, de uma insensibilidade crescente pelos direitos alheios, pois o corrupto não tem escrúpulos morais, nem respeito pelos direitos alheios, tendo tudo como válido para satisfazer seus interesses pessoais, seus desejos insaciáveis, comumente de natureza pecuniária, sendo certo ainda que sob a vertente administrativa a corrupção apresenta-se como um aproveitamento sistemático do cargo público para satisfação de interesses pessoais, normalmente também voltado para obtenção de vantagens de cunho pecuniário (ÁVILA, 1975, p. 171).

Registre-se, de outra banda, num sentido mais amplo, isto é, social, histórico, ideológico, político e também filosófico, a perspectiva sobre corrupção do filósofo francês Régis Debray, que em entrevista a repórter Ruth Aquino, publicada na “Revista Época”, asseverou:

A corrupção moral na política não é só comum, é indispensável (sorrisos). Numa democracia, a única maneira de chegar ao poder é fazendo promessas. Todas as campanhas eleitorais são mentirosas. Prometer é enganar. Políticos querem seduzir a qualquer preço. O oportunismo é a base desse exercício. Envolver-se com a política é o mesmo que se preparar para uma desilusão. A política, por definição, é uma decepção.

[...]

O incorruptível, na França, era o apelido de Robespierre (1758-1794). E ele era o terror. Mas não só. Defendeu a abolição da escravidão nas colônias francesas, por exemplo. Mas ao mesmo tempo mandou matar na guilhotina milhares de pessoas (entre elas companheiros revolucionários como Danton). E se intitulava ‘o incorruptível’. A realidade é a corrupção. Somos todos corrompidos, de uma maneira ou de outra. A única forma de se manter incorruptível é permanecer dentro de seu quarto. Se você sai à rua e ainda por cima assume o poder, já faz concessões, assume compromissos. Para transformar o mundo, é preciso entrar nele.

[...]

O poder político consiste em administrar as ilusões. Quando um político se dirige à esquerda, ele promete justiça e igualdade. Quando se dirige à direita, promete eficiência, lucro e sucesso. Normalmente, as promessas não são cumpridas. (DEBRAY, 2015)

Aliás, sob essa visão de Debray vale lembrar que, no Brasil, o art. 11, § 1º, IX, da Lei nº 9.504/97 (BRASIL, 1997a) – lei que estabelece normas para as eleições –, prevê que o pedido de registro dos candidatos a Prefeito, a Governador de Estado e a Presidente da República, deve ser instruído com as propostas defendidas pelos respectivos candidatos. Contudo, trata-se de exigência meramente formal, sem que se estipule qualquer reprimenda para o caso de descumprimento ou absoluto abandono da implementação de tais propostas, em caso de vitória do candidato. A reprimenda, se acontecer, seria nas próximas eleições, através da censura popular, negando-se o eleitor a votar outra vez nesse mesmo candidato (que porventura novamente disputasse cargo eletivo), descumpridor de suas próprias propostas. No ponto já se identificou, séculos atrás, uma realidade que persiste no tempo e ainda se mostra presente entre nós:

Nunca faltaram a um príncipe razões legítimas para colorir a inobservância. Disso poderíamos dar infinitos exemplos modernos e mostrar quantas pazes e quantas promessas se tornaram írritas e vãs por causa da infidelidade dos príncipes: quem melhor se sai é quem melhor sabe valer-se da natureza da raposa. Mas é necessário saber colorir bem essa natureza e ser grande simulador e dissimulador, pois os homens são tão simples e obedecem tanto às necessidades presentes que o enganador sempre encontrará quem se deixe enganar. (MAQUIAVEL, 2014, p. 86)

No plano doutrinário, afeto ao dever de probidade administrativa, registre-se definição que, conquanto mais genérica e sucinta, bem delinea os contornos da corrupção administrativa ou contra a Administração Pública:

[...] indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção. (GARCIA, 2010b, p. 7)

Fato é que a corrupção está estabelecida no mundo e seu enfrentamento é um problema que diz respeito a todos. Ao mercado porque ela é limitadora da livre concorrência e da busca da eficiência econômica. À sociedade porque nenhum pacto social adquire consistente estabilidade e segurança descuidando do estabelecimento de confiança e boa-fé, atributos que definitivamente não se harmonizam com a corrupção. Ao Estado (Democrático de Direito), considerados os prejuízos ao erário e à moral pública acarretados por práticas corruptas, com efeitos nefastos sobre os objetivos maiores e primordiais da ação estatal, quais sejam, representar os anseios

do povo, atuar de forma imparcial em relação aos seus cidadãos e buscar o bem comum.

Destaque-se que o fortalecimento de instituições estatais, que atuem com independência na fiscalização e punição de atos de corrupção pública é um vetor importante para debelar tal mazela. Mas tal vetor para bem funcionar depende de associação com outros aspectos, tais como um marco regulatório consistente e com mecanismos de prevenção e de investigação que desestabilizem tais práticas lesivas ao erário, sem descuidar do devido processo legal e dos meios de defesa inerentes, já que os acusados e investigados, num regime democrático, também têm direitos fundamentais a serem respeitados, contra o arbítrio e o abuso de poder estatal.

Para além, sobreleva assinalar que a publicidade e a transparência nos negócios e atos da administração pública, o acesso dos cidadãos à informação e, uma imprensa livre (possibilitando a livre manifestação do pensamento e da crítica responsável à gestão pública, como corolários do direito à informação), também geram um ambiente de dificuldade para a corrupção pública. A importância desses aspectos acerca da transparência e direito à informação merece um sub-tópico próprio, que será desenvolvido a seguir.

### 2.1.1 A Publicidade e a Transparência para o Enfrentamento da Corrupção

Um dos vetores constitucionais de importância ímpar no enfrentamento da corrupção e também da má gestão, e que merece destaque, é o princípio da publicidade, na sua vertente mais radical que é a da transparência pública, imprescindível numa democracia representativa, para que os cidadãos possam ter acesso ao que fazem os governantes e se habilitem para, quando das oportunidades de implementação da alternância do poder (eleições, sufrágio universal), responder com a força do voto (todo poder emana do povo e em seu nome é exercido) à sinceridade ou infidelidade com que tenham sido brindados por aqueles que foram eleitos.

Anote-se outrossim que a transparência pública, corolário do princípio da publicidade na Administração Pública, ganhou marco legal consubstanciado na Lei nº 12.527/2011 (BRASIL, 2011b), que tem seu fundamento de validade e explicita regras e postulados previstos, dentre outros, no art. 5º, XXXIII; no art. 37, *caput* e § 3º, II; no art. 216, § 2º, todos da Constituição (BRASIL, 1988).

E essa lei adota, no seu art. 3º, como diretrizes, a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, a divulgação de informações de interesse público (independentemente de solicitações), a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação (internet), o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública, assim como o desenvolvimento do controle social da Administração Pública. Ademais, traça ampla regulação sobre a forma de acesso à informação, os deveres dos administradores públicos e os direitos dos administrados.

A cultura de ampla publicidade e transparência na Administração Pública, *ex vi* do art. 37, *caput*, da Constituição (BRASIL, 1988), aliada à liberdade de expressão e de imprensa, ao sigilo da fonte jornalística, à vedação à censura, garantias constitucionais fundamentais na democracia, previstas no art. 5º IV, IX, XIV; art. 139, III; e arts. 220 e 221; da Constituição (BRASIL, 1988), é essencial no combate à corrupção e, mais relevante, à impunidade dos que trilham na sua senda. Não é por motivo outro que Emerson Garcia (2010b, p. 17) destaca que à “[...] probidade e à transparência está contraposta a corrupção”.

Para que tenhamos progresso consistente no sentido de buscar soluções para nossos problemas sociais, máxime quanto às dificuldades no combate à corrupção estatal, é necessário o emprego de todos os esforços para garantir o amplo acesso à informação, à transparência, isto é, sobre o que (positivo ou negativo) ocorre no seio da Administração Pública, possibilitando o envolvimento da sociedade na discussão de temas do interesse de todos, o que é imperativo numa democracia representativa, pois inclusive capacita substancialmente os cidadãos para o exercício do voto.

Conforme asseverou o professor Paul Marcus (2015) do College of Law William and Mary, em Williamsburg, Virginia, nos Estados Unidos (em palestra proferida na Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre/RS, em 10/08/2015), especialmente nos casos de corrupção pública é relevante destacar o papel da mídia, pois os políticos são muito poderosos, assim testemunhas podem desaparecer e os casos podem acabar sendo esquecidos, motivo pelo qual a atuação da mídia, a pressão da imprensa no espaço do rádio e da televisão, pode ser importante aliado para que não prospere a impunidade.

Fabio Medina Osório embora demonstre preocupação com os excessos próprios da imprensa (que aliás como qualquer instituição não está imune a erros),

também enaltece e reconhece, sob certa medida, a importância de sua atuação no combate à corrupção:

Curiosamente, os escândalos possuem enorme mercado de consumo junto aos meios de comunicação social, ensejando vendagem alta de jornais, rádio e mídia televisiva, tendo em vista o impacto emocional que produzem na sociedade, o que também pode repercutir negativamente em termos de percepção geral sobre o fenômeno.

[...]

Por outro lado, pode-se celebrar que as denúncias e notícias venham à tona e que propiciem, assim, não apenas o debate crítico das ideias, mas a confecção de novos instrumentos normativos, os quais emergem como produtos legítimos da vontade popular, na medida que esta pressiona os governantes de plantão. (OSÓRIO, 2013, p. 31, 102)

Anthony Giddens (2007, p. 85-86) defende a ideia de que os países democráticos necessitam de uma redemocratização da democracia, significando, dentre outros aspectos, mais descentralização do poder e uma promoção maior de transparência nos assuntos políticos.

De modo que é inegável que o combate à corrupção, notadamente quando os envolvidos se encontram nos níveis mais elevados da Administração Pública, nos cargos políticos que radicam ou estão mais próximos do ápice na estrutura hierárquica do aparelho estatal, é tarefa complexa e que enfrenta dificuldades em qualquer país, problema aliás que ganhou preocupação global, conforme será abordado adiante.

## 2.2. CORRUPÇÃO PÚBLICA, CORRUPÇÃO PRIVADA E O LIVRE MERCADO

A corrupção, é sintomático, pode ser pública ou privada, e essa última também é objeto de preocupação do direito.

O Brasil não tem legislação que cuide de reprimir a corrupção privada propriamente, ou seja, a que incide sobre as relações da iniciativa privada. Vale, todavia, como registro sobre o tema, citar a corrupção eleitoral, prevista como crime no art. 299 do Código Eleitoral (BRASIL, 1965a), que tipifica como infração penal a conduta de dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita, com pena de reclusão até quatro anos e multa. Esse delito pode ser cometido por candidato e mesmo por quem não seja candidato, consoante já entendeu o Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, 2004c), ou seja, a sua caracterização não pressupõe seja o sujeito ativo do crime um agente público no exercício de suas funções. Trata-se, todavia, de tipo penal que tutela

a higidez e lisura das eleições, visando combater o abuso do poder econômico, especificamente nessa seara, conforme art. 14, § 9º, Constituição (BRASIL, 1988).

Aliás, conduta similar é colhida, sob aspecto extrapenal, também pelo art. 41-A, da Lei nº 9.504/97 (BRASIL, 1997a), com sanção apenas de multa e cassação do registro, que podem ser aplicadas cumulativamente com o crime de corrupção eleitoral, conforme entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, 2005b).

Cite-se ainda a Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011c), lei antitruste (que trata das infrações à ordem econômica sob o prisma administrativo, cuja apuração e sanções se implementam através do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Acrescente-se também a Lei nº 8.137/90 (BRASIL, 1990d), que versa sobre os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo (especificamente em seus arts. 4º e 7º), se inserindo de uma forma muito específica nesse objetivo, punindo condutas que impliquem no mau funcionamento (corrupção num sentido lato) do mercado, notadamente da livre concorrência.

No plano internacional, Emerson Garcia (2010b, p. 32) nos dá notícia de que o Conselho da Europa, que é um organismo de cooperação entre países europeus instituído em 5 de maio de 1949 (GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL, 1998a. p. 1572), adotou em 22 de dezembro de 1998 a Ação Comum sobre corrupção no setor privado, composta de 10 artigos, trazendo a definição, dentre outros termos, de pessoa, pessoa jurídica e descumprimento de obrigações, além de tipificar os crimes de corrupção passiva e ativa no setor privado, associados ao recebimento de vantagens ou promessas de recebê-las, em razão de uma ação ou omissão relacionada ao exercício da atividade empresarial.

O Reino Unido, através do UKBA Bribery Act, do ano de 2010 (THE NATIONAL ARCHIVES, 2010), também tipifica como crime a corrupção privada, podendo ser responsabilizadas criminalmente as pessoas físicas ou jurídicas, conforme suas seções 1 e 2, vez que se considera existir suborno punível quando a conduta for perpetrada em face de uma função ou atividade relevante, definida não só como qualquer atividade de natureza pública, mas também qualquer uma ligada a um negócio, inclusive a realizada por, ou em nome de um grupo de pessoas, uma corporação ou pessoa coletiva (CARVALHO, 2015, p. 45)

Isto porque a corrupção, mesmo quando circunscrita ao setor privado, acaba, pode-se dizer, caracterizando uma falha de mercado, pois influencia numa das bases do capitalismo que é a livre concorrência, viga mestra do livre mercado, ambiente no

qual é fundamental que se crie condições de competitividade entre os fornecedores de produtos e serviços, o que propiciará a diuturna busca pelo lucro através do aperfeiçoamento da qualidade de suas atividades criativas, e de produção e labor, inclusive mediante o aprimoramento e evolução da tecnologia, da redução de custos, ou seja, de melhores resultados com menores custos, ofertando produtos e serviços melhores a menores preços, ativando e intensificando o acesso ao consumo (beneficiando os consumidores), enfim, potencializando a circulação de riquezas. Modesto Carvalhosa comentando a Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), lei anticorrupção, assevera que:

A propósito deve ser lembrado que dois são os níveis de corrupção praticados pelas pessoas jurídicas: (i) a corrupção pública de que trata a presente Lei, por isso que praticada no âmbito do Estado, com o necessário concurso do agente público, e a (ii) corrupção privada que se dá no âmbito das relações de mercado, não envolvendo o Poder Público. (CARVALHOSA, 2015, p. 315)

Além disso, acolhido entre nós o capitalismo, a livre concorrência foi erigida a princípio de nossa ordem econômica conforme art. 170, IV, Constituição (BRASIL, 1988), daí porque também se pode concluir que “[...] sob o ponto de vista macroeconômico, a corrupção afeta profundamente a governança das próprias pessoas jurídicas corruptas e o regime de livre concorrência [...]” (CARVALHOSA, 2015, p. 99).

No ponto vale destacar que no preâmbulo da Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), à qual o Brasil aderiu, incorporando-a ao direito pátrio através do Decreto nº 4.410/2002 (BRASIL, 2002), consta expressamente que o combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia. Também a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, firmada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, incorporada ao direito pátrio pelo Decreto nº 3.678/2000 (BRASIL, 2000), em seu preâmbulo registra que a corrupção é um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, o que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, distorcendo as condições internacionais de competitividade.

Não se deve afastar outrossim da concepção de que as dimensões pública e privada da corrupção guardam correlação muito próxima, pois a primeira, no mais das



vezes, depende e tem conexão com a segunda, sendo certo ainda que a corrupção não conhece fronteiras, atingindo também vários países, não escapando os desenvolvidos (OSÓRIO, 2013, p. 53), com todos os seus impactos negativos

Ou seja, a corrupção de uma maneira geral (privada ou pública), faz com que se sobressaiam e se sustentem no mercado os agentes econômicos, ou as empresas que não tenham uma preocupação maior com o aperfeiçoamento ou a busca de métodos mais eficazes de produção, de prestação de serviços de qualidade, pois podem sobreviver, em boa medida, às custas do suborno, impedindo a atuação da “mão invisível” do mercado, com seu alegado potencial de promover o bem social, subvertendo a lógica do sistema capitalista de que o próprio mercado, na livre busca pelo lucro, produz um equilíbrio voltado ao progresso.

Ao tratar do tema, E. K. Hunt (2005, p. 43, 57), aduzindo sobre o pensamento do escocês Adam Smith (1723-1790), que publicou em 1776 sua mais importante obra (“Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações”, ou simplesmente “A riqueza das nações”), anota que:

Smith acreditava que a natureza tinha, em toda parte, criado uma ilusão nas pessoas: a de que a felicidade pessoal era fruto, principalmente da riqueza material. Embora ele próprio acreditasse na falsidade dessa ilusão, tinha ficado muito impressionado com os efeitos econômicos e sociais do desejo de ganhos pessoais criado por essa ilusão.

[...]

Vemos aqui, o tema que permeava as obras de Smith: a idéia (sic) de que as pessoas são conduzidas por uma ‘mão invisível’, no sentido de promover o bem social, sem que essa promoção seja parte de seu intento ou motivo.

[...]

Os mercados livres e em concorrência não só dirigiriam o emprego de capital para as indústrias em que ele fosse mais produtivo, como também fariam – mais uma vez por meio da ‘mão invisível’, que dirigia a maximização egoísta do lucro para canais socialmente úteis – com que fossem produzidas as mercadorias de que as pessoas precisassem e mais desejassem.

Assevera Fernando Castelo Branco (2008, p. 138) que a figura de linguagem “mão invisível” foi cunhada com base na expressão francesa “laissez-faire”, pensamento econômico ligado ao liberalismo que se opunha ao protecionismo mercantilista, baseado em altas taxas alfandegárias, que tolhia o livre mercado no comércio internacional.

Essas ideias e ideais de Adam Smith, como premissas do livre mercado, ainda hoje são amplamente defendidas e têm grande aceitação. Aliás, importante lembrar que na esteira de tal pensamento econômico sobreveio a revolução francesa, ou melhor burguesa (1789-1799), consistente, numa visão estrita, na sublevação política

que derrubou a monarquia dos Bourbon na França, representando um divisor de águas na história europeia (FOLHA DE S. PAULO, 1996a, p. 835). Mas, em sentido mais amplo, foi um acontecimento de insuperável importância e destaque no cenário histórico mundial, notadamente ante a influência do documento jurídico-político que dela resultou: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária, que rejeitava a monarquia absolutista, refletindo as ideias e os ideais do iluminismo (FOLHA DE S. PAULO, 1996, p. 255).

Mas esse evento histórico-político longe está de representar um movimento genuinamente popular e democrático, conquanto aponte com muito barulho o seu estandarte situado na tríade liberdade-igualdade-fraternidade. Isso porque a revolução representou, na verdade, dadas as condições da época, a ascensão da burguesia com seu poder econômico, que reagiu com êxito para fazer frente ao poder divino e totalitário do soberano, assim como dos privilégios da aristocracia que ele tutelava. Nessa linha:

A democracia foi o ideal inspirador das revoluções americana e francesa, mas por um longo tempo sua influência foi limitada. Só uma minoria da população tinha direito ao voto. Até alguns dos mais fervorosos defensores do governo democrático, como o filósofo John Stuart Mill, sustentaram a necessidade de impor limites ao voto.

[...]

A democracia só se desenvolveu plenamente no Ocidente no século XX. (GIDDENS, 2007, p. 79)

E, mesmo após a evolução ou transição do Estado Liberal para o Estado Social, não se pode afirmar, desenganadamente, que há, efetiva e concretamente, renovação a ponto de tornar realidade essas aspirações.

Avanços sociais existiram, não se contesta, mas é preciso fazer uma leitura e reflexão crítica. Veja-se que a liberdade pregada pela revolução constituiu uma mera formalidade, considerada a existência do poder econômico e sua hegemonia, o que não mudou completamente. Olhando a nossa realidade, a vigente Constituição (BRASIL, 1988) – democrática e republicana – reconhece e consagra esse poderio econômico, ao prever que será reprimido somente o seu abuso, seja no mercado, seja no exercício dos direitos político (conforme seu art. 14, §§ 9º e 10; bem como art. 173, § 4º).

De outro lado, a igualdade, do mesmo modo, era meramente formal (iguais perante a lei, num sistema positivista em que o juiz era apenas a “boca da lei”) e ainda

hoje, com a força dos princípios constitucionais, com status de normas jurídicas e de incidência inexorável na aplicação do direito, é longo o caminho para se tornar mais substancial, particularmente nas sociedades latino-americanas capitalistas. Cumpre aqui lembrar do vocábulo Utopia, de origem grega, utilizado pelo inglês Thomas More em livro homônimo, escrito em 1515, e que nomina um país imaginário no qual um povo, subordinado a um governo justo e igualitário, leva uma vida equilibrada e feliz (GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL, 1998. p. 5856) . Perguntado sobre o que é Utopia para você, o sociólogo e doutor em geografia humana Demétrio Magnoli respondeu:

Cultivo, apenas, utopias modestas, razoáveis. Uma é que cheguemos, no Brasil, a algo próximo da igualdade perante a lei. 'Sabe com quem está falando?'. Estamos muito longe da igualdade política e jurídica básica — e, pior, não há uma exigência organizada nessa direção. É como se, de fato, o país aceitasse alegremente as redes de privilégios patrimoniais, burocráticos e corporativos tão caracteristicamente brasileiras. (MAGNOLI, 2016)

Já a fraternidade, por sua vez, notadamente se não houver intervenção do Estado com políticas como por exemplo a de cotas e de renda mínima, já mencionadas no sub-tópico 1.3, do capítulo anterior (para ficar só em dois exemplos), é de improvável compatibilidade com uma sociedade (na qual ainda viceja a desigualdade, com disparidade e concentração de renda) que adote o capitalismo (regime burguês), que visceral e inerentemente é movido pelo egoísmo e pela competição, motores naturais da obstinada busca de obtenção do lucro; este, aliás, também albergado constitucionalmente, já que somente se reprimirá o seu aumento arbitrário, na forma do art. 7º, XI; do art. 172; e do art. 173, § 4º, da Constituição (BRASIL, 1988).

Eros Grau (2006, p. 30, 32 e 36-37), analisando profundamente o regime capitalista, anota que realisticamente o mercado se move por interesses egoísticos, buscando o maior lucro possível, colocando o direito a seu serviço, reclamando a atuação estatal para propiciar e assegurar a fluência de suas relações, porém, contraditoriamente, exorciza tal intervenção do Estado, postulando seja ela mínima, sendo certo contudo que a fluência das relações mercadológicas não poderiam subsistir sem o direito positivo, o direito posto pelo Estado, mas que surge também para disciplinar o mercado e domesticar os determinismos econômicos.

E essa visão decorre da inexorável constatação de que, no estudo da ordem econômica, é imprescindível um diagnóstico que ultrapasse os aspectos tão somente

dogmáticos, espalhando-se para uma análise crítica e funcional do direito posto em confronto com a realidade. Isto porque o objeto do direito são as inter-relações humanas e o seu dinamismo, bem como as consequências, que delas se sucedem, com inescapável influxo na interpretação do direito positivo.

Vale lembrar, por significativo nessa análise, o caso concreto da crise no sistema financeiro, de amplitude global, dos anos de 2008 e 2009, gerando um colapso dos mercados imobiliário e de ações, levando os governos a um plano de resgate bilionário para socorrer empresas do setor financeiro (notadamente nos EUA e Europa). Trata-se de uma situação típica que tem origem na opção de diminuir a regulação e a supervisão do Estado sobre a economia (na hipótese, no sistema financeiro), o que propiciou o agigantamento de agentes desse mercado, que ficou extremamente oligopolizado, num ambiente propício à fraude em razão da busca do ganho fácil, sem a observância de mínimos patamares éticos, o que se consubstancia na origem do que os americanos definem como “Too big to fail”, isto é, tão grande para quebrar ou para falir (ALMEIDA, 2011), referindo-se, normalmente a instituições ou grandes corporações, do ramo financeiro, que por deterem forte participação no mercado, acarretariam um dano sistêmico, em caso de falência ou concordata, gerando graves danos na economia, aos investidores, nas reservas do país, nos níveis de emprego e renda, dentre outros.

Sob esse background, reveladora foi a resposta do Procurador-Geral dos Estados Unidos da América, Eric H. Holder Jr. (que exerceu esse cargo entre os anos de 2009 e 2015), quando inquirido perante uma comissão do Senado do país norte-americano, admitindo que algumas instituições são tão grandes que se torna difícil processá-las e inculpá-las de atividades criminosas, pois se dá conta de que, em razão do tamanho delas, isso poderia ter repercussões negativas na economia nacional, ou mesmo mundial, conforme publicou, em março de 2013, o periódico “The New York Times”, em seu site (SORKIN, 2013)

O volume de recursos que os governos destinaram para impedir este risco sistêmico e manter o sistema financeiro de pé, foram impressionantes. Os Estados Unidos destinaram US\$ 700 bilhões, a Alemanha US\$ 683 bilhões, a França US\$ 500 bilhões e a Espanha US\$ 143 bilhões (BBC ON LINE, 2009).

Ante tal catástrofe financeira de repercussões globais, os Estados Unidos fez editar a “Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act” (“Lei Dodd-Frank”), em julho de 2010 que, contudo, justamente por imposição do poder

econômico, fortes lobbies de agentes do mercado financeiro, sofre dificuldades para ser regulamentada e implementada em sua integralidade (CEZAR, 2015). Essa postura dos agentes econômicos implica em meditar sob o seguinte prisma:

O modo de produção social capitalista que elege como ratio fundamentalis do ordenamento político o lucro, coloca o direito positivo a seu serviço [...] expõe marcante contradição, que pode ser enunciada nos seguintes termos: o capitalismo [leia-se o Terceiro Estado, a burguesia] necessita da ordem, mas a detesta, procurando a qualquer custo exorcizá-la.

Dizendo de outro modo: o mercado exige, para a satisfação de seu interesse, o afastamento ou a redução de qualquer entrave social, político ou moral ao processo de acumulação de capital. Reclama atuação estatal para garantir a fluência de suas relações, porém, ao mesmo tempo, exige essa atuação seja mínima. (GRAU, 2006, p. 36-37)

Portanto, chegado aqui, é preciso destacar esse paradoxo do capitalismo, que a um tempo precisa da livre concorrência para o bom funcionamento e a outro necessita também do egoísmo, que é seu combustível. Necessita do Direito e da atuação do Estado para o seu funcionamento, mas concomitantemente está sempre insatisfeito com o que identifica como excessiva intervenção estatal (sob a ótica do mercado).

Quanto ao egoísmo cumpre divisar que se tem ele um sentido psicológico, natural, inato em cada ser, no intuito de se autopreservar e se desenvolver, não é menos verdade que também tem outra face muito presente no meio social, sob o caráter patológico, de um modo de vida, de relacionamento e de vivência que busca prevalentemente o interesse próprio e imediato, levando em conta pouquíssimos ou nenhum princípio moral, adotando quaisquer meios como válidos (felonia, traição, falcatrua) para a satisfação de interesses eminentemente pessoais, por vezes insaciáveis, vendo nos outros os competidores que precisa neutralizar e eliminar, daí porque há quem vaticine (ÁVILA, 1975, p. 240-241) que o capitalismo prepara o seu próprio colapso quando dá ao egoísmo o valor de uma antropologia, aceitando-o como um postulado explicativo de todo comportamento e de todas as ideias morais.

Aliás, mesmo quando atua supostamente no sentido de autopreservação, o egoísmo se associa à corrupção, pois:

Logicamente há empresários que talvez aceitem o fato de a corrupção provocar efeitos danosos em nível macro, os quais alegariam, porém, como desculpa, a prática atual, as tradições locais e as dificuldades de fazer negócios caso tivessem de se abster da corrupção unilateralmente. (PIETH, 2002, p. 186)

De modo que o egoísmo, mormente o patológico, na perspectiva aqui tratada, é como que um irmão siamês da corrupção ou, sob outro enfoque está intimamente a ela ligado. Onde houver corrupção haverá egoísmo e, onde houver egoísmo exacerbado haverá sempre campo fértil e alta probabilidade para o aparecimento e desenvolvimento da corrupção. Daí que, sendo o egoísmo uma característica inerente do ser humano, qualquer sociedade, ou qualquer Estado, máxime aqueles estruturados sob um regime de direito e democrático, deverão empregar seus melhores esforços para prevenir-se contra ela, combatê-la e minorar seus nefastos efeitos sobre a vida dos cidadãos, da comunidade, já que:

Precisamos reconhecer também que os benefícios da corrupção para aqueles que nela se envolvem são, na maioria das vezes, imensos. Os funcionários estatais corruptos são capazes de fazer muito mais dinheiro por meio de subornos do que por conduta honesta. Para as empresas corruptas, pagar subornos é uma forma eficiente de venda de seus produtos. A prática do suborno permite a vitória sobre concorrentes que dispõem de melhor tecnologia ou de custos mais baixos. O custo do suborno pode, muitas vezes, ser embutido nos preços de venda. [...]. Os estragos causados pela corrupção prejudicam terceiros, mas não os corruptos. (HEIMANN, 2002, p. 220)

De outro lado, o sistema capitalista tem a inerente característica de estimular o egoísmo, com influência para que se desenvolva a sua face patológica, a mais nefasta à sociedade, ao bem comum e ao próprio regime da livre concorrência, porque tem potencial para germinar e propagar a corrupção. E essa face egoística é verificada inclusive entre os agentes de mercado que se unem para praticar ilícitos, como no caso do cartel, a prática concertada entre agentes econômicos, pois:

[...] o cartel, antes de ser considerada uma conduta de acordo de vontades (conluio), configura-se em atos individuais de cada componente visando proteger a integridade de seu negócio e não necessariamente o grupo. Com efeito, o que induz o ingresso em atividade cartelizadora, em regra, não será, necessariamente, em primeiro momento, a vontade de prejudicar a livre concorrência, mas, a necessidade de cada empresário de garantir a subsistência de seu próprio empreendimento. [...] as intenções, inicialmente particulares, de cada empresário se combinam e acabam incorrendo em conduta anticoncorrencial. (LAMY, 2014, p. 18-19)

Ou seja, vale qualquer expediente, ou ao menos o expediente do conluio ilegítimo para se demitir do labor cotidiano de aperfeiçoamento dos métodos produtivos, da ação criativa, da inserção ética no mercado (derivados da competição que a “mão invisível” deveria propiciar), em nome do interesse egoístico de subsistência do próprio negócio. Aliás o próprio Adam Smith, idealizador da “mão invisível” do mercado, que naturalmente traria harmonia social nos regimes de livre

inciativa, denunciava a existência desse espírito egoístico e abusivo dos agentes econômicos, nas formações de monopólio e nas conspirações comerciais geradoras de cartéis (BRANCO, 2008, p. 138).

Nada obstante, sob um ângulo mais ampliado, André Pimentel (2015, p. 30-43) defende que a corrupção é multicausal, apontando que seus motivos podem estar ligados a: a) natureza humana, circunstância que de certa forma estaria identificada com o que aqui já se apontou acerca do egoísmo; b) causas sociológicas, basicamente decorrentes da ideologia capitalista (e também do egoísmo), de uma época de valorização do individualismo (ego), do capital, do prazer, da fama, do poder, de que a riqueza é um fim em si mesmo, além do cultivo demasiado das relações pessoais e familiares em detrimento do interesse social; c) aspectos de ordem política, que referem-se às falhas dos sistemas políticos quanto ao controle do poder, o problema da influência do poder econômico nos financiamentos de campanhas eleitorais e seu potencial corruptor; d) motivos econômicos, como o excesso de intervenção na economia e de complexa burocracia estatal.

Cabe anotar que a causa sociológica da corrupção ligada ao culto das relações de parentesco, de amizade, de compadrio, afastando-se do interesse social e do bem comum quando se está a tratar de negócios públicos, apontada por Pimentel (2015, p. 35), pode ter sua origem em nosso sistema patriarcal rural, da era da sociedade colonial do Brasil, conforme as seguintes observações de Sérgio Buarque de Holanda:

Sempre imerso em si mesmo, não tolerando nenhuma pressão de fora, o grupo familiar mantém-se imune de qualquer restrição ou abalo

[...]

Nesse ambiente o pátrio poder é virtualmente ilimitado e poucos freios existem para a sua tirania

[...]

O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública. A nostalgia dessa organização compacta, única, intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades. (HOLANDA, 2014, p. 96)

Chegado aqui recorre-se uma vez mais à impressões do professor Paul Marcus (2015), no ponto em que alerta que os crimes de corrupção, de colarinho branco (*white color*) são crimes muito perigosos cometidos por pessoas que não usam armas, mas que atacam o sistema econômico, o sistema político e desafiam a integridade dos oficiais públicos, sendo certo que os custos destes crimes (de suborno e fraude,



econômicos, de lavagem e ocultação de bens e valores), que são velados e difíceis de descortinar, para a sociedade americana é mais alto do que os crimes praticados com violência (dez vezes mais, estimados entre US\$ 250 bilhões e US\$ 1 trilhão, ao ano) conquanto por vezes não possam ser medidos tão somente em termos monetários, pois têm potencial para causar danos à segurança, à saúde, ao meio ambiente, aos sistemas de aposentadorias, gerar aumento de impostos, além de terrível perda de confiança nas instituições públicas.

Guardadas as devidas proporções quanto aos custos monetários, essas linhas gerais do diagnóstico do professor Paul Marcus sobre a corrupção não são muito diferentes nos demais países, conquanto as consequências, no mais das vezes, sejam ainda mais graves naqueles que ainda não atingiram o grau de desenvolvimento social e econômico, de instituições fortes e consolidadas, e de maturidade democrática (e republicana) dos Estados Unidos.

### 2.3 A CORRUPÇÃO COMO PROBLEMA GLOBAL: PRINCIPAIS MARCOS LEGAIS NO PLANO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E TAMBÉM NO BRASIL

A corrupção é uma preocupação global, especialmente sob a perspectiva dos países democráticos, conforme se verifica ante a edição de vários tratados (convenções) internacionais sobre a temática. Desta forma, delimitações sobre o que é considerado corrupção, cunhadas no plano internacional, (máxime) quando incorporadas ao direito pátrio, por óbvio, também devem ser aceitas e reconhecidas.

No campo internacional há vários tratados e convenções que cuidam do tema, sendo certo que o Brasil vem aderindo a tais diplomas jurídicos, visando aprimorar e reforçar os marcos legais no combate à corrupção.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), Decreto nº 4.410/2002 (BRASIL, 2002), em seu art. VI, adota, como definição de atos de corrupção as condutas de funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, que visem obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro, além do aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos que a Convenção defina como corrupção e, ainda, a participação, como autor, coautor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para



perpetrar qualquer dos atos de corrupção tipificados na Convenção. No entanto ressalva-se, no art. V, que cada Estado Parte adotará as medidas que forem necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os delitos tipificados nos termos da Convenção.

Do tema se ocupou também a Organização das Nações Unidas – ONU, através da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, Decreto nº 5.015/2004 (BRASIL, 2004), que denomina de suborno as condutas já tipificadas no art. 317 e 333, do Código Penal (BRASIL, 1940), o que também se verifica no art. 15 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida, Decreto nº 5.687/2006 (BRASIL, 2006), cumprindo consignar ainda que esse diploma normativo inclusive deixa explícito o reconhecimento de que o problema ganhou a preocupação global, ao estabelecer em seu preâmbulo, dentre outras considerações, que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, motivo pelo qual faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela.

Num viés de preocupação com a tutela das relações comerciais entre agentes econômicos estrangeiros e organismos estatais, tem-se a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, firmada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, Decreto nº 3.678/2000 (BRASIL, 2000), com a definição de delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros, acolhendo o que previsto no tipo penal de corrupção ativa do art. 333, de nosso Código Penal, incluindo, no mais, a cumplicidade, inclusive por incitamento, auxílio ou encorajamento, ou a autorização de ato de corrupção de um funcionário público estrangeiro, inclusive a tentativa e conspiração para subornar um funcionário público estrangeiro (definição contudo que dependerá de legislação a ser editada pelo Estado-parte).

Quanto à conduta de instigar e participar de qualquer outro modo no ato de corrupção, vale anotar o que expressamente prevê os arts. 29 e 31 de nosso Código Penal, sobre o tema, no sentido de que aquele que, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade, mas, no entanto, o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

É certo que qualquer conduta dolosa, praticada por servidor público, visando atender a interesses privados, em detrimento do interesse público, social ou do bem comum, é, numa definição mais ampla, um ato de corrupção. Há várias infrações penais, previstas no Código Penal (BRASIL, 1940) que se enquadrariam nessa cosmovisão (tais como: peculato – arts. 312 e 313, emprego irregular de verba pública – art. 315, facilitação do contrabando ou descaminho – art. 318, concussão – art. 316, corrupção passiva – art. 317, prevaricação – art. 319, advocacia administrativa – art. 321, tráfico de influência – art. 332, corrupção ativa – art. 333, corrupção ativa de funcionário estrangeiro – art. 337-B etc.), além de outras figuras típicas, previstas em lei especial, *v.g.*, art. 3º, II e III, Lei nº 8.137/90 (BRASIL, 1990d), que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Dentro do espectro do vigente marco legal interno, Ronaldo Pinheiro Queiroz (2015, p. 285-286) aponta um extenso rol de leis que, realmente, de uma forma ou de outra, sob a perspectiva preventiva ou repressiva, criminal, civil ou de responsabilização política, funcional e administrativa, tratam do tema do combate à corrupção, quais sejam: Código Penal (BRASIL, 1940), Lei do Impeachment (BRASIL, 1950), Lei da Ação Popular (BRASIL, 1965), Código Eleitoral (BRASIL, 1965a), Crimes de Prefeitos – Decreto-lei nº 201/67 (BRASIL, 1967a), Lei do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais (BRASIL, 1990c), Lei de Inelegibilidades – Lei Complementar nº 64/90 (BRASIL, 1990), Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992b), Lei de Licitações (BRASIL, 1993b), Lei Geral das Eleições – Lei nº 9.504/97 (BRASIL, 1997a), Lei de Lavagem e Ocultação de Bens e Valores – Lei nº 9.613/98 (BRASIL, 1998b), Lei e Compra de Votos – Lei nº 9.840/99 (BRASIL, 1999b), Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000 (BRASIL, 2000a), Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar nº 135/2010 (BRASIL, 2010a), Lei de Conflito de Interesses na Administração Pública Federal (BRASIL, 2013a), Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013b).

Todavia, lembrando uma vez mais dos objetivos aqui pretendidos de análise sob o estrito aspecto da corrupção enquanto improbidade administrativa e, especificamente no que tangencia com os atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, previstos da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), não se deitará raízes sob eventuais distinções teóricas, conquanto possam em algum contexto ter utilidade, entre corrupção política (praticada por agentes políticos, tais como chefes do executivo, ministros, legisladores), arena mais aberta, na qual se tem

mais liberdade de atuação, e corrupção administrativa (praticada por servidores públicos, no âmbito da Administração Pública, espaço tecnocrático, sujeito a um amplo rol de normas e regras), até mesmo porque, hodiernamente (na república ressignificada, de que já se falou no capítulo anterior) sob a perspectiva da responsabilidade de quem gere a coisa pública, é tênue a linha divisória entre essas duas categorias, havendo no mais uma extensa gama de agentes que se inserem entre elas (a política e a administrativa), como por exemplo os altos dirigentes de entidades estatais da Administração Pública indireta (PIMENTEL FILHO, 2015a, p. 66).

De qualquer forma, acentue-se, ante o que já exposto até aqui, que a corrupção (pública) e improbidade administrativa são antíteses da democracia e do Estado de Direito voltado para o bem comum, para a o desiderato previsto no art. 3º e incisos, da Constituição (BRASIL, 1988) de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais, enfim promovendo o bem de todos, visto que:

A corrupção pode produzir ineficiência e injustiça. Esse mal tem o poder de minar a legitimidade política do Estado. A corrupção evidencia também a existência de problemas mais profundos nas relações do Estado com o setor privado. Os custos mais graves não são os subornos em si, e sim as distorções inerentes que revelam; distorções essas que podem ter sido criadas pelas autoridades a fim de gerar propinas.

[...]

Quando as propinas são corriqueiras, contratos, companhias privatizadas e concessões do governo não conseguem ser alocados para os concorrentes de maior eficiência. [...] A corrupção favorece os desprovidos de escrúpulos e àqueles que dispõem de uma maior rede de contatos em detrimento daqueles que têm maior eficiência produtiva. Muito embora não haja nenhuma relação necessária entre honestidade e eficiência, a necessidade de pagar subornos constitui uma barreira ao acesso a elas. [...] A qualidade pode sair prejudicada se os contratantes pagarem propinas com o intuito de prestar serviços abaixo do padrão.

[...]

Uma fatia maior de ganhos é acumulada por vencedores de licitações e por funcionários públicos mais em um processo corrupto de contratação e de privatização do que em um sistema idôneo. Uma parcela da riqueza do país é distribuída para pessoas do sistema e para concorrentes corruptos, o que contribui para as desigualdades de renda. Para cobrir os altos preços de contratos, bem como as decepcionantes receitas geradas pelas privatizações, o governo se vê obrigado a aumentar impostos ou a cortar gastos.

[...]

A corrupção sistêmica compromete a legitimidade dos governos, principalmente as democracias [...] Os cidadãos podem acabar acreditando que o governo simplesmente se encontra à venda para aquele que der o lance maior. A corrupção destrói a idéia (sic) de que o governo está substituindo decisões baseadas na capacidade de pagamento por valores democráticos. (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 74-75, 78-79)

Daí que nas democracias capitalistas o combate à corrupção é preocupação crescente. No Brasil a edição da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), que passou a ser conhecida como lei anticorrupção, é reveladora dessa inquietação com o tema. Cumpre assim abordar suas principais características e os instrumentos disponibilizados através dela, destinados a combater atos lesivos à Administração Pública, mormente a corrupção e as fraudes perpetradas em face de licitações e contratos públicos.

## 2.4 LEI Nº 12.846/2013: LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

### 2.4.1 As Influências na Edição da Lei Anticorrupção Brasileira

A lei anticorrupção, de 1º de agosto de 2013, Lei nº 12846/2013 (BRASIL, 2013b), publicada na imprensa oficial do dia seguinte, com *vacatio legis* de 180 dias, entrou em vigor aos 29 de janeiro de 2014 (JACOBY FERNANDES; COSTA, 2014, p. 27; NASCIMENTO, 2014, p. 111), também chamada de lei da empresa limpa, para além de uma preocupação interna com a apuração e punição de práticas corruptas, também tem componente externo ou global.

A globalização, aqui entendida como um processo não só de intensificação do comércio internacional (que não se trata de fenômeno recente), ou ainda da grande liberdade e volatilidade do capital financeiro, das transações financeiras que ocorrem no mundo, mas, além de tais aspectos, as influências políticas, tecnológicas e culturais, entre todos os países (uns nos outros), em razão, acima de tudo, do notável desenvolvimento de sistemas de comunicação. No ponto:

A globalização não é portanto um processo singular, mas um conjunto complexo de processos. E estes operam de uma maneira contraditória ou antagônica. [...] As nações perdem de fato parte do poder econômico que antes possuíam. Contudo, ela tem também o efeito oposto. A globalização não somente puxa para cima, mas também empurra para baixo, criando novas pressões por autonomia local. O sociólogo americano Daniel Bell descreve isso muito bem quando diz que a nação se torna não só pequena demais para resolver grandes problemas, como também grande demais para resolver os pequenos.

[...]

A globalização pressiona também para os lados. Cria novas zonas econômicas e culturais dentro e através das nações. (GIDDENS, 2007, p. 23)

Sob esta perspectiva, Giddens (2007, p. 40, 43, 91) identifica ainda que vivemos num mundo em descontrole, no qual os riscos são fabricados por nós mesmos, revelando situações em cujo confronto temos pouca experiência histórica.

Nesse mundo, com a difusão do risco fabricado, que a todos atinge, a colaboração entre os governos é necessária, pois raros são os riscos desse novo estilo que estão circunscritos às fronteiras nacionais. Em sentido semelhante Melillo Dinis do Nascimento, alertando para a complexidade da sociedade e dos tempos em que vivemos, com transformações de amplitude global, sentencia que: “Não é uma época de mudanças, é uma mudança de épocas” (NASCIMENTO, 2014, p. 91).

Essa realidade foi constatada pelos Estados Unidos a partir da aplicação de diploma legal editado internamente para punir empresas norte-americanas que atuavam no mercado internacional subornando agentes públicos estrangeiros para o sucesso de seus atos negociais, independente do grau de eficiência com que operavam, o que gerava uma concorrência desleal com outras empresas norte-americanas, que não adotavam a mesma postura. O diploma legal foi o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), editado em 1977, que: “[...] sanciona exclusivamente atos de corrupção praticados no exterior. A corrupção interna, evidentemente, também é proibida nos Estados Unidos, porém está prevista em outros diplomas legais” (CARVALHO, 2015, p. 41).

Tal diploma legal tem suas origens no espírito reformista que tomou conta do Congresso norte-americano, nos idos de 1977, após o escândalo de Watergate (OSÓRIO, 2013, p. 156), quando vieram à tona fatos envolvendo uma série de práticas corruptas, por parte de empresas multinacionais daquele país envolvidas em contribuições ilegais para a campanha do presidente Richard Nixon, além do pagamento de propinas diretas de companhias estadunidenses para autoridades de governos estrangeiros, sendo apontado como o mais grave desses casos de corrupção, que veio a público em meados da década de 1970, o pagamento de US\$ 25 milhões, levado a efeito pela Lockheed Corporation (empresa norte-americana), para autoridades japonesas com o intuito de assegurar a venda do avião Tristar L-101, fato que inclusive gerou, posteriormente, a renúncia e a condenação criminal do primeiro-ministro do Japão, Kakuei Tanaka (GLYNN; KOBRIN; NAÍM, 2002, p. 42).

Contudo, enquanto os Estados Unidos trataram de editar marco legal para punir suas empresas, verificou-se, à época, que essa preocupação não se concretizou em outros países, notadamente europeus e asiáticos, cujas empresas continuaram a se utilizar de atos de suborno de agentes públicos estrangeiros para seus negócios, mantendo uma vantagem competitiva em relação às empresas norte-americanas (CARVALHO, 2015, p. 37-38). Aliás, até meados da década de 1990, várias nações

permitiam a dedução fiscal e comercial do valor pago como suborno, no mercado internacional, identificados como “comissões”, quais sejam Áustria, Bélgica, Luxemburgo, Países Baixos, Alemanha e Grécia (com poucas restrições) e, também, Austrália, Canadá, Dinamarca, França, Irlanda, Noruega, Nova Zelândia, Espanha e Suíça, estas desde que o favorecido fosse identificado (ELLIOTT, 2002, p. 319-321).

Esse cenário de crescente preocupação e perplexidade com o tema da corrupção e suas consequências no mercado global, demandou providências mais efetivas nos Estados Unidos, já no final da década de 1980, conforme noticia Modesto Carvalhosa:

Assim é que uma emenda da FCPA de 1988 determinou que o Governo norte-americano promovesse gestões visando à celebração de um acordo internacional abrangente e eficaz, no combate à corrupção empresarial, no interior dos países signatários, praticada por empresas locais e estrangeiras. (CARVALHOSA, 2015, p. 109)

A preocupação norte-americana pode ser apreendida nas observações de especialistas sobre o tema da corrupção global, quando asseveram que:

[...] as evidências sugerem que as empresas americanas pagaram um preço pela virtude impingida por força de lei, muito embora o alcance dos prejuízos seja ainda incerto. Um relatório do Departamento de Comércio, de 1996, estimou (com a colaboração de agências americanas de serviço de inteligência) que as empresas estadunidenses perderam o equivalente a US\$ 11 bilhões em volume de negócios, ao longo dos dois anos anteriores, para concorrentes que pagavam propinas [...] (GLYNN; KOBRIN; NAÍM, 2002, p. 43)

As multinacionais competentes se vêem (sic) diante do 'dilema do prisioneiro' quando executam suas transações em países de regime corrupto. Cada uma delas acredita que precisa pagar subornos para fazer negócios, mas cada uma sabe que todas estariam em melhor situação se nenhuma delas o pagasse. O tabuleiro pende em favor das empresas inescrupulosas, porém menos competentes, que não teriam desempenho tão bom em um sistema honesto. Essa constatação foi responsável por esforços recentes, em âmbito mundial, no sentido de se limitar a corrupção no comércio internacional. (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 92)

De modo que advieram as pressões do país norte-americano, no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, para a negociação de um tratado internacional vinculando os demais países, com atuação no mercado internacional, a fim de que também adotassem medidas legais similares acerca da corrupção de agentes públicos estrangeiros (CARVALHO, 2015, p. 37-38).

A OCDE, com sede em Paris, França, é um organismo composto por 34 membros, foi fundada em 14 de dezembro de 1961, atuando nos âmbitos internacional

e intergovernamental, reunindo os países mais industrializados do mundo e alguns países emergentes, como México, Chile, Coreia do Sul e Turquia e, em seu âmbito, os representantes efetuam o intercâmbio de informações e alinham políticas, com o objetivo de potencializar seu crescimento econômico e colaborar com o desenvolvimento de todos os demais países membros (BRASIL, 2016j). O Brasil embora não seja membro da OCDE, participa do organismo como *key partner* (parceiro-chave), integrando Comitês da Organização e de várias áreas de trabalho (BRASIL, 2016j).

A iniciativa norte-americana, portanto, surtiu efeito e deu origem à já citada Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, firmada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, integrada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 3.678/2000 (BRASIL, 2000). Anote-se que essa Convenção “[...] entrou em vigor em 15 de fevereiro de 1999, com 37 países firmantes [...]” (PIMENTEL FILHO, 2015a, p. 70).

É bem verdade que, para além, outros diplomas, de outros organismos internacionais (Organização das Nações Unidas – ONU e Organização dos Estados Americanos – OEA) foram editados, conforme já mencionados em sub-tópico anterior, com a preocupação de um combate mais intenso e com mais eficiência à corrupção, no âmbito dos países aderentes, que assumiram compromissos neste sentido (CARVALHOSA, 2015, p. 31).

Assim foi que o Brasil, além da tipificação do crime de corrupção e tráfico de influência de agente público estrangeiro, através da Lei nº 10.467/2002, acrescentando ao Código Penal os arts. 337-B, 337-C e 337-D, fez editar a Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), tendo como importante novidade a “[...] responsabilização objetiva, nos âmbitos administrativo e civil, das pessoas jurídicas, pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira” (CARVALHO, 2015, p. 42).

Aliás, a responsabilização das pessoas jurídicas, pela corrupção de funcionário público estrangeiro, consta como compromisso dos países que subscreveram a já citada Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (BRASIL, 2000), conforme expressa previsão de seu art. 3º. E, de outra banda, o art. 9º da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b) faz expressa remissão a essa Convenção, ao eleger a



Controladoria Geral da União (CGU) como órgão responsável, no Brasil, para apurar e punir atos lesivos praticados contra a Administração Pública estrangeira.

Considerando o lapso temporal decorrido desde a adesão do Brasil à Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, bem como a integração desse tratado ao direito pátrio através do Decreto nº 3.678/2000 (BRASIL, 2000), há quem na doutrina repute, em verdade, como decisivo componente deflagrador da aprovação e sanção da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), as intensas manifestações populares, de insatisfação com o governo, que eclodiram durante o ano de 2013 (JACOBY FERNANDES; COSTA, 2014, p. 31; PEREIRA, 2016, p. 84; LEONEL, 2014, p. 505; PFAFFENZELLER, 2015, p. 886) notadamente em espaços públicos, no exercício da garantia prevista no art. 5º, XVI, da Constituição (BRASIL, 1988).

#### 2.4.2 Principais Aspectos da Lei Anticorrupção

Os atos lesivos à Administração Pública (nacional e estrangeira) e aos princípios por ela adotados, estão tipificados no art. 5º, incisos I a V, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b):

- 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.



Anota-se, desde já, que não se realizará análise tópica de cada um dos atos lesivos, por não ser esse o foco do presente trabalho, conquanto, no próximo capítulo, se busque desenvolver os pontos de aproximação entre tais atos, os crimes de corrupção previstos em nosso Código Penal (BRASIL, 1940) e fraudes da lei de licitações (BRASIL, 1993b) e, de ambos, com os atos de improbidade administrativa (BRASIL, 1992b).

De qualquer forma, observa-se que a preocupação legislativa está focada em punir (civil e administrativamente, ou melhor, judicial e extrajudicialmente) o suborno de agentes públicos nacionais e estrangeiros, além das fraudes às licitações e contratações públicas e, também, os expedientes ardilosos que visem escamotear a real responsabilidade pela prática dos atos lesivos previstos na lei anticorrupção.

Como principais aspectos da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b) tem-se que: a) seu foco central são as pessoas jurídicas; b) as vítimas ou sujeitos passivos são os entes da Administração Pública nacional ou estrangeira, assim como organismos internacionais; c) a modalidade de responsabilização é a objetiva, sob a perspectiva civil (em verdade, administrativa, na via judicial) e administrativa estrito senso, sendo adotada uma ampla definição do sujeito ativo (pessoa jurídica) dos atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira; d) adota-se a independência da responsabilização das pessoas naturais partícipes ou coautoras nos atos lesivos; e) estabelece-se a atenuação das penas para as pessoas jurídicas que adotem programas eficientes de integridade e; f) prevê a possibilidade de acordos de leniência, com atenuação e isenção das sanções, em caso de confissão, identificação dos coautores e colaboração nas investigações, observados os parâmetros definidos na própria lei; g) é de cinco anos o prazo de prescrição para a punição dos atos lesivos, contado a partir da ciência da infração ou do dia em que tiver cessado, no caso de infração permanente.

#### *2.4.2.1 Da responsabilidade objetiva*

A responsabilidade objetiva está prevista no art. 2º da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), dispensando-se a comprovação de dolo ou culpa, bastando a comprovação do nexos causal entre a conduta corruptiva ou ato lesivo à Administração Pública e a potencial vantagem à pessoa jurídica:

A responsabilidade objetiva trazida pela Lei Anticorrupção, na linha da legislação moderna, é instituída em razão de um crescente reconhecimento

de responsabilidade da empresa por condutas de grande risco ou lesiva a bens jurídicos coletivos ou individuais. Baseia-se na teoria do risco-proveito ou dano-proveito, em virtude do que se deve responder, civil e/ou administrativamente pela conduta que tenha gerado risco ou dano, independentemente de qualquer coeficiente subjetivo e indiferente à licitude ou ilicitude da mesma. (AZEVEDO, D.; AZEVEDO, A., 2014, p. 56)

Com efeito, a matriz de responsabilização da lei 12.846/2013 exige os elementos resumidos na seguinte fórmula:

Ato Corrupto de Agente/Representante + Benefício/Interesse da empresa = Sanção. (PIMENTEL FILHO, 2015a, p. 79)

E esta modalidade objetiva de responsabilidade das pessoas jurídicas não deve causar qualquer surpresa ou estranheza, pois já está presente entre nós, estabelecida, por exemplo, no plano constitucional, relativamente a danos nucleares, consoante art. 21, XIII, “d”, da Constituição (BRASIL, 1988), no 927, parágrafo único, além do art. 931, do Código Civil (BRASIL, 2002a), nos arts. 12 a 14 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990b), no art. 14, § 1º, da Lei sobre a Política Ambiental (BRASIL, 1981), em relação ao poluidor.

Todavia pode-se ainda concluir que, no caso da lei anticorrupção se está à frente de responsabilidade objetiva ancorada não só no risco-proveito, mas também no risco-criado, quando o fato prejudicial decorre tão somente do funcionamento de uma atividade, quando esta gera eventos danosos a terceiros, não se cogitando se o dano trouxe ou não algum proveito ao causador do dano (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 138). Nesta linha:

Mas o que se pode entender por responsabilidade objetiva? Responsabilidade objetiva é aquela que independe da prova de culpa, bastando a relação de causalidade entre a ação e o dano causado para que se configure o dever de indenizar. Uma das teorias que procura justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco; por essa teoria, quem exerce uma atividade cria um risco de dano para terceiros e está obrigado a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

Transportando essa noção de responsabilidade objetiva para os termos da Lei Anticorrupção, isso significa que, para fins de responsabilização da pessoa jurídica, é suficiente a comprovação da ocorrência de um dos atos de corrupção previstos no art. 5.º e a conduta de qualquer representante da pessoa jurídica envolvida.

[...]

Em vista disso, para se imputar a responsabilidade objetiva à pessoa jurídica nos termos da Lei 12.846/2013, duas circunstâncias devem estar presentes: (i) nexos de causalidade entre a conduta da pessoa física e o ato ilícito e (ii) o liame entre a pessoa jurídica e a pessoa física que perpetrou a conduta tida por lesiva à Administração Pública. (BONFIM, 2014)

Deveras, pois vejamos, *v.g.*, a hipótese da pessoa jurídica (que através de um preposto) promete, oferece ou dá, direta ou indiretamente, vantagem indevida a

agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada, ato lesivo previsto no art. 5º, I, da lei anticorrupção. Tal conduta ilícita não necessariamente redundará num proveito à pessoa jurídica, caso o agente público não aceite a vantagem ou, caso aceitando ou recebendo-a, descumpra o compromisso ilícito e não pratique nenhum ato de ofício que traga benefício ao ente moral. Nesse caso, de qualquer forma, estaria configurado o ato lesivo à Administração Pública, conquanto nenhum proveito tenha obtido a pessoa jurídica, pois foi acutilada a moralidade administrativa, estando, *ipso facto*, sujeito o ente moral às penas da lei anticorrupção.

Portanto, não desconhecendo que há entendimento de que a configuração das condutas lesivas previstas na lei anticorrupção (BRASIL, 2013b) pressupõem sempre a participação de um agente público (CARVALHOSA, 2015, p. 177, 203-204), considerando os termos da lei e seus objetivos, afigura-se prescindível tal participação para a responsabilização da pessoa jurídica.

Isso porque, reafirme-se, mesmo quando o agente público não aceita a proposta de vantagem indevida (suborno/corrupção), no caso, considerando o que estabelece o art. 5º, I, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), já estará caracterizado o ato lesivo à Administração Pública, nas modalidades oferecer e prometer vantagem indevida. Dito de outra forma, a pessoa jurídica será responsabilizada “[...] mesmo que o ato praticado não proporcione a ela vantagem efetiva ou que tal vantagem não a beneficie direta ou exclusivamente (NASCIMENTO, 2014, p. 112). Na mesma linha Paulo Roberto Galvão de Carvalho (2015, p. 48).

Visto isso, escorreito concluir que a pessoa jurídica responde pelos atos lesivos à Administração Pública, de forma objetiva, praticados em seu benefício ou interesse, por seus agentes, até mesmo porque, cabe uma vez mais vincar, o art. 5º, I, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b) não exige que o agente público efetivamente aceite a vantagem indevida ou pratique ato de ofício em razão dela e, portanto, que a pessoa jurídica obtenha alguma vantagem indevida, pois para além de eventual benefício indevido à pessoa jurídica corruptora ou prejuízo material ao erário, o que se tutela é a moralidade administrativa

Para explorar ainda mais esse tema da possibilidade do estabelecimento, em lei, da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, vale dedicar um olhar para a seara do direito penal, para inicialmente constatar que no nosso ordenamento jurídico, no plano concreto das leis penais, salvo uma exceção, não se adota a responsabilidade penal da pessoa jurídica. A exceção decorre da hipótese prevista no

art. 225, 3º, da Constituição (BRASIL, 1988), e que está normatizada no plano infraconstitucional, no art. 3º, da Lei nº 9.605/98 (BRASIL, 1998a), e nos tipos penais nela previstos, de modo que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

E, em tal hipótese (crimes ambientais) havia entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2006b) de que a pessoa jurídica só poderia ser responsabilizada quando houvesse a intervenção de uma pessoa física, que atuasse em nome e em benefício do ente moral, pois não se poderia compreender a responsabilização penal do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa), entendimento que ficou conhecido como sistema ou teoria da dupla imputação.

Ocorre que no Recurso Extraordinário nº 548.181-PR, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal desconstruiu a teoria da dupla imputação, que vinha sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça apontando a possibilidade da responsabilização penal isolada e objetiva da pessoa jurídica. A decisão foi por maioria apertada (3 X 2), colhendo-se do voto vencedor da Relatora Ministra Rosa Weber:

Assim, em muitas situações a busca de responsabilização penal da pessoa jurídica, sem que o mesmo fato ilícito tenha sido atribuído a pessoa física precisamente identificada, poderá decorrer de uma quase impossibilidade prática de comprovar a responsabilidade humana no interior da corporação, ante divisão horizontal e vertical de atribuições; ou de uma reconhecida amenização das culpas individuais, em face da complexidade estrutural e orgânica do funcionamento e das deliberações do ente moral, levando a um abrandamento de responsabilidades pessoais a ponto de a colaboração de cada pessoa física tornar-se diluída no processo de imputação. Por esses motivos, a Constituição Federal de 1988 (art. 225, § 3º) permite a apenação da pessoa jurídica sem que, necessariamente, se atribua o mesmo fato delituoso à pessoa física, bastando que fique demonstrado que o ilícito decorreu de deliberações ou atos cometidos por indivíduos ou órgãos vinculados à empresa, no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, enquanto comportamentos aceitos pela pessoa jurídica, concernentes à sua atuação social ordinária; e ainda que tal atuação tenha se realizado no interesse ou em benefício da entidade coletiva. (BRASIL, 2013f)

No seu voto, no mesmo julgamento, o Ministro Luís Barroso, que acompanhou a Relatora, foi ainda mais explícito, acerca também da possibilidade da responsabilização penal objetiva no caso:

Sei que a doutrina criminal, em geral, questiona, em alguma medida, essa responsabilização da pessoa jurídica e questiona por uma certa dificuldade em admitir a responsabilidade objetiva em matéria penal, mas o fato é que a dicção do artigo 225, § 3º, é inequívoca, e para pesar, eu sei, da doutrina

criminal, há uma certa tendência mundial de responsabilização das pessoas jurídicas em algumas matérias.

O fato do artigo 225, § 3º, não fazer menção específica à exclusividade da pessoa jurídica, ou a possibilidade de responsabilidade seja estabelecida sem que se subjetive a culpabilidade em uma pessoa, é uma dicção, de certa forma, semelhante ao do 37, § 6º, que estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de Direito Público e das pessoas privadas que prestem serviços públicos, igualmente sem distinguir entre responsabilidade subjetiva e objetiva, um pouco a caracterizar que onde a Constituição não distingue é porque está admitindo qualquer tipo de responsabilização. (BRASIL, 2013f)

Esta decisão retrata um *leading case* na verdade só quanto à possibilidade de responsabilização penal objetiva. Isto porque acerca da prescindibilidade da teoria da dupla imputação, ao menos sob a perspectiva de *obiter dictum* o tema já havia sido visitado no voto do Relator Ministro Dias Toffoli, no Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 628.852-RS (BRASIL, 2011c), quando se manifestou a Corte Suprema pela possibilidade de responsabilização penal isolada da pessoa jurídica, sem necessidade de se imputar o fato delituoso também aos seus dirigentes ou responsáveis. Aliás, mais recentemente, em razão desses posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, já há decisões do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido, quanto à desnecessidade de dupla imputação (BRASIL, 2015e).

É bem verdade que não se pode considerar ainda como consolidado o entendimento da responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica, nos crimes ambientais, considerando que a decisão noticiada foi proferida por órgão fracionário do Tribunal, em placar apertado. Além do mais sempre presente a possibilidade desta matéria ser rediscutida e revisitada futuramente (e ao que tudo indica, inexoravelmente) pelo plenário da Corte Suprema. Todavia não deixa de ser um precedente importante e já com potencial para influenciar, sem dúvida, a jurisprudência pátria.

Adotando posicionamento, que se pode entender como intermediário, quanto ao alcance dessa responsabilização objetiva da pessoa jurídica no campo do direito administrativo sancionador, e mais especificamente no âmbito da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), anota Fabio Medina Osório que:

Nada impede, todavia, que lei ou normas contratuais estabeleçam sistemas de responsabilidade fundados na teoria do risco da atividade ou de outros critérios que embasem a responsabilidade objetiva, especialmente dentro da liberdade de configuração legislativa. Pensamos que a exigência de requisitos subjetivos, no terreno sancionatório, decorre da culpabilidade. Apesar de ser encontrável, no Direito comparado, referência à dispensabilidade da culpabilidade em relação às pessoas jurídicas, entendemos que tal dispensa se dá ao abrigo de critérios de responsabilização subjetiva, no mais das vezes. Pode se dizer que a

culpabilidade é outra, mas não deixa de existir. Essa ‘outra’ culpabilidade implica admitir, inclusive, as excludentes pertinentes, apenas observados os contornos próprios, naturalmente mais rígidos.

[...]

Quando um agente dotado de representatividade corporativa – seja a que título for – atua ilicitamente no interesse de uma pessoa jurídica, tornam-se presentes, *prima facie*, os pressupostos de imputação do ilícito à pessoa moral, nos moldes da Lei Anticorrupção brasileira. A responsabilidade é, inclusive, objetiva, nos termos do art. 2º, da Lei nº 12.846/13 [...]

O fato de existir previsão de responsabilidade objetiva não inibe a possibilidade de excludentes, eis que a terminologia utilizada pressupõe nexo causal entre essa conduta (omissiva ou comissiva da pessoa jurídica) e resultado lesivo. A previsão de mecanismos internos de ‘compliance’ pode produzir a ruptura do nexo de causalidade, nos termos do art. 7º da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) [...] (OSÓRIO, 2015, p. 402, 406)

Quando noticia a admissão de responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, no Direito comparado, Fábio Medina Osório está a se referir ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, que acolhe tal modalidade de responsabilização sob a condição de que esteja prevista no âmbito intestino da legislação ou da Constituição dos Estados-membros (OSÓRIO, 2015, p. 402)

Seja como for, ante tal cenário, marcadamente tendo em conta o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 628.852-RS (BRASIL, 2011c), é possível vislumbrar que se no campo penal é admissível a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, ao menos na opinião respeitável de alguns Ministros da Suprema Corte, não se pode negar que tal possibilidade também seja legítima e constitucional, na seara do direito administrativo sancionador, aplicável diretamente pela autoridade administrativa ou na via judicial, conforme arts. 2º, 5º, 6º e 19, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), considerada a esfera de liberdade de conformação do legislador, a quem foi conferido, democraticamente, a função ou missão institucional de definir essa pauta, que encontra limites tão somente no respeito a garantias e direitos fundamentais, bem como nos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade (que de resto derivam do princípio do devido processo legal substantivo).

#### *2.4.2.2 A pessoa jurídica enquanto sujeito ativo dos atos lesivos à Administração Pública*

O alcance ou conteúdo de pessoa jurídica, adotado pela lei anticorrupção, é amplo pois inclui aquelas constituídas sob qualquer forma de organização, englobando inclusive as de caráter não lucrativo e as personificadas ou não, até

partidos políticos e organizações religiosas, considerando que esses dois últimos constam do rol do art. 44, do Código Civil (BRASIL, 2002a), como pessoas jurídicas de direito privado (CARVALHOSA, 2015, p. 60-62). Ademais, subsiste a responsabilidade pelos atos lesivos mesmo na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária determinando a solidariedade das sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas (CARVALHOSA, 2015, p. 30), consoante seu art. 1º, par. único e art. 4º, *caput* e parágrafos, restringindo-se, todavia, a responsabilidade da pessoa jurídica sucessora, nos casos de fusão e incorporação, à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido. E, no caso das controladoras, controladas, coligadas e consorciadas, à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, sem limite.

A quem defenda ainda que estariam incluídos como potenciais sujeitos ativos as empresas públicas, as de economia mista, e também as fundações e institutos públicos (CARVALHOSA, 2015, p. 56-57). De qualquer forma, considerando o controle a que são submetidas as entidades de direito público, notadamente a ordinária fiscalização pelos Tribunais de Contas, *ex vi* do art. 70, *caput* e parágrafo único, bem como art. 75, *caput* e parágrafo único, da Constituição (BRASIL, 1988), é possível vislumbrar tais entes muito mais como vítimas do que como sujeitos ativos dos atos lesivos da lei anticorrupção, até mesmo porque se submetem elas, por exemplo, à observância da lei de licitações – Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), quando precisam contratar a aquisição de produtos, insumos ou serviços.

#### *2.4.2.3 A independência das sanções civis e administrativas da lei anticorrupção e também de outras esferas de responsabilização civil, administrativa e criminal*

A lei anticorrupção prevê sanções de duas espécies: administrativa *stricto sensu* e civil (em verdade, administrativa aplicada através da via judicial, observado o rito da ação civil pública), que são independentes e cumulativas (QUEIROZ, 2015, p. 289; NASCIMENTO, 2014, p. 107). Consoante o art. 18, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), ambas as esferas de responsabilização (observado o devido processo legal, contraditório e ampla defesa) são cumulativas, isto é, as sanções do art. 6º, que são aplicáveis através de processo administrativo, com as sanções do art. 19, cuja imposição se dá na via judicial.



Cabe aqui uma advertência. Sempre que se referir à lei anticorrupção, conquanto, por vezes se faça a diferenciação entre a existência de uma responsabilidade civil e outra administrativa, é preciso observar que, a rigor, ambas as sanções previstas, seja no processo administrativo, seja no processo judicial, deste diploma legal, a bem da verdade revelam expressão do exercício do poder administrativo sancionador, conquanto perante autoridades de esferas diferentes: administrativa e judicial, conforme arts. 6º, 8º a 15 e 19, do citado diploma legal (BRASIL, 2013b), pois “[...] o Estado-Juiz pode receber competências sancionatórias disciplinadas direta e originariamente pelo Direito Administrativo [...] Trata-se do Direito Administrativo Sancionador judicializado [...]” (OSÓRIO, 2015, p. 48).

As sanções administrativas *stricto sensu* são, nos termos do art. 6º da lei anticorrupção, multa no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo e publicação extraordinária da decisão condenatória.

Já as sanções civis, ou melhor, administrativas, que são aplicadas através de processo judicial, sob o rito da lei da ação civil pública (BRASIL, 1985), conforme art. 21 da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), tendo como legitimados concorrentes o Ministério Público e as respectivas advocacias públicas dos entes da Administração Pública, constituem-se, na forma do art. 19 da mesma lei em:

- I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
- II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
- III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;
- IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

De outro lado, destaque-se que a responsabilização da pessoa jurídica, na forma estabelecida na lei anticorrupção, não exclui a de seus dirigentes envolvidos na ilicitude, nem das demais pessoas naturais partícipes ou coautoras dos atos lesivos, desde que as condutas destas se amoldem à tipificação previstas em outras esferas do direito sancionador (CARVALHOSA, 2015, p. 68-70), notadamente a penal, por crimes de corrupção ou de fraudes à licitação, conforme arts. 316, 317 e 333, do Código Penal (BRASIL, 1940), assim como arts. 90, 92, 93, 95 e 96, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b) e, eventualmente, havendo envolvimento de agente público, por ato de improbidade administrativa, na forma da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b),



conforme estabelece o art. 3º, *caput* e §§ 1º e 2º, da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b).

Isto porque o escopo da lei anticorrupção é a punição das pessoas jurídicas (sociedades empresárias e sociedades simples, fundações, associações de entidades ou pessoas, e sociedades estrangeiras com sede, filial ou representação no Brasil), daí que os seus dirigentes ou administradores, quando partícipes ou coautores nos atos lesivos serão responsabilizados em outras esferas do direito sancionador, mas aí somente sob a modalidade da responsabilidade subjetiva (AZEVEDO, D.; AZEVEDO, A., 2014, p. 57-59), isto é, na dicção legal, “na medida da sua culpabilidade”, conforme o art. 3º, § 2º, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b).

Aliás, em outras searas do direito sancionador, inclusive a própria pessoa jurídica poderá vir a ser responsabilizada (QUEIROZ, 2015, p. 310-312; CARVALHOSA, 2015, p. 423-425; LEONEL, 2014, p. 507-510), seja por improbidade administrativa, na forma da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), quando houver participação de agente público, seja ainda no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, se verificada, por exemplo, a existência de práticas caracterizadoras de cartel, previstas na Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011c), além das infrações à Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), por violação às normas de licitações e contratos, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011a). Os arts. 29 e 30 (e incisos), da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), preveem essa cumulatividade de responsabilização pelos atos ilícitos praticados em detrimento da probidade administrativa, da Administração Pública e do sistema de livre concorrência.

#### *2.4.2.4 A hipótese de desconsideração da personalidade jurídica*

Visando evitar entraves ou obstáculos na aplicação das penas civis ou administrativas, o art. 14 da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b) preceitua que será possível a desconsideração da pessoa jurídica, quando verificado o abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos, ou para provocar confusão patrimonial (CARVALHO, 2015, p. 51). E, se após o contraditório e ampla defesa – o que é de rigor inclusive com a instauração de incidente processual específico, observando-se (ainda que) analogicamente os arts. 133 a 137, do Código

de Processo Civil (BRASIL, 2015c) – for acolhido o pedido de desconsideração da pessoa jurídica, serão estendidos todos os efeitos das sanções, aplicadas ao ente moral, aos administradores e sócios com poderes de administração.

No ponto cabe reafirmar que somente a pessoa jurídica é responsabilizada objetivamente pelos atos lesivos previstos na lei anticorrupção (CARVALHOSA, 2015, p. 70). Isso contudo não impede, por exemplo, que havendo aplicação das sanções da lei, após o devido processo legal, se obtenha em juízo a desconsideração da personalidade jurídica – art. 134 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c) – em procedimento que não comportará discussão sobre dolo ou culpa, mas apenas sobre o abuso ou não da personalidade jurídica e da confusão patrimonial, notadamente para a extensão das sanções aos administradores (CARVALHO, 2015, p. 51). O objetivo ao que tudo indica é a efetividade da execução das consequências de caráter pecuniário, como a multa, os custos com a publicação extraordinária da decisão condenatória, a reparação integral do dano, além do perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos com a infração.

Ante o objetivo do presente trabalho, não se pretende aqui incursionar sobre as várias teorias e perspectivas que tratam do tema da desconsideração da pessoa jurídica, também conhecida como *disregard doctrine*, suas origens históricas no direito comprado ou no direito pátrio (tema que por si só demanda um ou mais trabalhos científicos específicos). De qualquer modo, sinteticamente, pode-se afirmar que no caso da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b) trata-se de hipótese de desconsideração da personalidade jurídica com base no que parte da doutrina denomina de teoria maior (LEONEL, 2014, p. 508), sob a perspectiva unitarista ou subjetiva (BONFIM, 2014; RODRIGUES; CURY, 2015, p. 20-21), que pressupõe a comprovação de que, episodicamente, se verificou um abuso de direito (desvio de finalidade ou confusão patrimonial), visando fraudar os fins do ordenamento jurídico, teoria essa que foi adotada pelo art. 50, do Código Civil (BRASIL, 2002a). Afastada assim, no âmbito da lei anticorrupção, a incidência de tal instituto quando verificada tão somente a mera insolvência da pessoa jurídica, cenário que autorizaria a desconsideração da pessoa ou da personalidade jurídica, para responsabilização de seus sócios, com arrimo no que a doutrina denomina de teoria menor, aplicada, sobretudo, no âmbito do direito do consumidor e do direito ambiental (RODRIGUES; CURY, 2015, p. 20-21).

Todavia considerando tais contornos, é preciso não olvidar que tal questão merece melhor análise (o que não será aqui possível, reafirme-se, dados os objetivos do presente trabalho). Isto porque, diante da garantia do art. 5º, LXV, da Constituição (BRASIL, 1988), nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Daí que, a princípio, a desconsideração da personalidade jurídica poderia ter como desiderato apenas o ressarcimento ao erário e o perdimento de bens, conforme autoriza o mesmo dispositivo constitucional, mas não outras sanções, como o pagamento de multa pelos administradores da pessoa jurídica.

Por outro lado, não se pode negar trata-se de tema tormentoso, visto que o direito é sistema e há de ser interpretado nesse contexto, de modo que não há princípios absolutos (mormente no bojo de uma Constituição). Ademais, sempre pairou sobranceiro nos domínios da hermenêutica e da interpretação do direito o princípio da boa-fé, a exigir que o ordenamento jurídico não se presta a tutelar ou chancelar comportamentos desleais, fraudulentos e com fins escusos, nem tampouco abusos de direito. Em sociedades cada vez mais complexas é preciso sempre não olvidar tais diretrizes norteadoras, diante de perplexidades geradas por riscos que não conhecemos profundamente, quer sejam, os riscos fabricados por nós, característica do mundo contemporâneo:

A melhor maneira de explicar o que está acontecendo é fazer uma distinção entre dois tipos de risco. Chamarei um deles de risco externo. O risco externo é o risco experimentado como vindo de fora, das fixidades da tradição ou da natureza. Quero distingui-lo do risco fabricado, com o que quero designar o risco criado pelo próprio impacto de nosso crescente conhecimento sobre o mundo. O risco fabricado diz respeito a situações em cujo confronto temos pouca experiência histórica.

[...]

O risco fabricado não se liga apenas à natureza – ou ao que antes era natureza. Penetra em outras áreas da vida também. Tome, por exemplo, o casamento e a família, que estão sofrendo mudanças profundas nos países industrializados e, em certa medida, no mundo todo.

[...]

Seja qual for nossa perspectiva, vemo-nos envolvidos num problema de administração de risco. Com a difusão do risco fabricado, os governos não podem fingir que esse tipo de administração não lhes compete. (GIDDENS, 2007, p. 36-37, 43)

Ao que tudo indica, foi considerando tais aspectos que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2003c) decidiu, no recurso em mandado de segurança nº 15.166-BA, que constitui abuso de forma e fraude à lei de licitações a constituição de outra sociedade empresária, tendo o idêntico objeto social, os mesmos sócios e ainda o mesmo endereço, visando superar (burlar) a incidência da sanção

administrativa de declaração de inidoneidade para licitar com a Administração Pública, aplicada à sociedade empresária antecessora, admitindo na hipótese a extensão dos efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída, com supedâneo no princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desde que facultado (à nova empresa, instituída nessas condições) o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. Ou seja, aplicando uma leitura sob a perspectiva substancial e não meramente formal ao princípio da intranscendência das sanções administrativas, garantia decorrente do que estabelece o art. 5º, LXV, da Constituição (BRASIL, 1988).

No mais, cumpre noticiar, trata-se de tema que deverá ser apreciado oportunamente pelo Supremo Tribunal Federal, no mandado de segurança nº 32.494/DF (BRASIL, 2013e), ao menos sob a perspectiva do que ali se discute e que tem interface com o que aqui tratado, qual seja, se é possível na esfera extrajudicial (no caso concreto o Tribunal de Contas) ampliar os efeitos de sanção administrativa a empresa do mesmo grupo econômico, bem como aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e, ainda, se essa desconsideração expansiva da personalidade jurídica é (in)compatível com os princípios da legalidade e da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de ordem jurídica, corolário da garantia estampada no já citado art. 5º, LXV, da Constituição (BRASIL, 1988).

Nesta ação mandamental, o relator, Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2013e), deferiu o pedido de medida liminar para suspender cautelarmente a eficácia da decisão da Corte de Contas, asseverando a plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pelo impetrante, bem como que o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou sobre a validade da aplicação da *disregard doctrine* na esfera administrativa, embora, em análise preliminar (juízo de mera delibação), tenha apontado (o relator) ser possível a desconsideração da pessoa jurídica no âmbito administrativo, ante o princípio da moralidade administrativa e da teoria dos poderes implícitos, bem como acenado com a possibilidade da extensão de medidas restritivas de ordem jurídica, a outra pessoa ou entidade envolvida em prática comprovadamente fraudulenta ou cometida em colusão com terceiros.

#### 2.4.2.5 Compliance sob a perspectiva da minimização dos riscos para a sociedade

Dessas características ou aspectos principais, da lei anticorrupção, apontados até aqui, verifica-se um endurecimento e tratamento muito mais rigoroso em relação às pessoas jurídicas (notadamente as de direito privado, as sociedades empresárias, enfim os agentes de mercado), constituindo uma mudança de paradigma (NASCIMENTO, 2014, p. 96), visando fundamentalmente combater a corrupção e as fraudes em contratos e licitações públicas – ambos simbolizando os principais pontos de fragilidade da moralidade, da probidade e da eficiência no funcionamento da Administração Pública.

Impôs-se, desta forma, às pessoas jurídicas como que um dever legal, de adotar providências preventivas e efetivas de caráter ético para evitar que qualquer preposto, ou pessoa que atue em seu interesse, mantendo relações jurídicas, ou encetando atos negociais, com a Administração Pública, pratique os atos lesivos previstos na lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), que atingem de forma tão nefasta o interesse público. Ou seja, passou a integrar, como risco das atividades das pessoas jurídicas, a ineficácia das medidas, por elas adotadas, voltadas a evitar tais ilícitos:

Em outras palavras: a responsabilidade objetiva induz mudança de comportamento das empresas, pois o quadro de insegurança é muito maior para aquelas que não definem rígidos padrões de conduta e ignoram seu papel de orientar, controlar e, eventualmente, punir os atos de seus funcionários.

E, se o grau de insegurança é maior nesses casos, a menor probabilidade da ocorrência de desvios coloca finalmente as empresas que procedem de forma correta e preventiva em vantagem, alterando-se assim o cálculo de escolha, que antes pendia para o caminho errado frente a um cenário de impunidade e ausência de incentivos em se fazer o correto. (CAPANEMA, 2014, p. 21)

Destarte, sob essa perspectiva, há uma sintonia ou conexão, entre a responsabilização objetiva, o estabelecimento de sanções severas e cumulativas, mas com a previsão de atenuação para as empresas que adotarem mecanismos eficazes de *compliance*, conforme estimula a lei. Isto porque nos incisos do art. 7º, a lei anticorrupção (BRASIL, 2013b) elenca as circunstâncias e aspectos que devem ser considerados na dosagem das penas aplicáveis sob o prisma da responsabilização administrativa, dentre eles (inciso VIII), determinando seja considerado em favor da pessoa jurídica a ser punida, a iniciativa de adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, providências que se identificam com:

Os programas e as medidas concretas tomadas pelas pessoas jurídicas visando criar, incentivar e efetivar métodos de conformidade das suas

atividades com as exigências legais e regulamentares emanadas pelo Estado incluem as práticas relacionadas com a moralidade da conduta profissional dos integrantes de seus quadros – dirigentes e empregados.

Essas práticas compreendem os relacionamentos da pessoa jurídica (i) internos; (ii) com outras pessoas jurídicas; e (iii) com o Estado [...]

As medidas institucionais de conformidade (compliance) devem compreender (i) o referido Código de Ética e (ii) a criação de uma auditoria interna independente e de um comitê permanente e atuante de acompanhamento, formado por integrantes dos órgãos dirigentes da pessoa jurídica (diretoria e conselhos). (CARVALHOSA, 2015, p. 323-324)

O detalhamento dos requisitos mínimos, ou recomendáveis, que devem conter um programa de integridade – *compliance* – adotado pelas pessoas jurídicas, com potencial para influir na atenuação das sanções que porventura lhe forem aplicadas em razão da prática de atos lesivos previstos na lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), está previsto nos arts. 41 e 42, parágrafos e incisos do Decreto nº 8.420/2015 (BRASIL, 2015a).

Ou seja, trata-se de tendência hodierna do direito, imposição de socialização dos riscos, advindos da complexidade da sociedade contemporânea que, conforme anota Felipe P. Braga Neto (2015, p. 25-26), sofre um incremento e potencialização dos riscos, e se vê cada vez mais integrada e veloz, na qual a tecnologia da informação e das comunicações (internet) impõe o rompimento das fronteiras entre os países. Nessa linha, vale trazer também as observações de Sérgio Cavalieri Filho, falando sobre as consequências do impacto destes riscos, embora sob o enfoque da securitização dos danos, mas que guarda certa identidade com a abordagem aqui tratada:

Nas últimas décadas vem se acentuando, cada vez mais forte um movimento no sentido da socialização dos riscos.

[...]

A vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito, passa a ser o enfoque central da responsabilidade civil. Em outras palavras, a responsabilidade centrada no sujeito responsável, volta-se para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido.

[...]

O dano, por esse enfoque, deixa de ser apenas contra a vítima para ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 146-147)

A similaridade da teoria da socialização dos riscos, com a origem da ideia de *compliance*, é inegável, considerando o que anotam Emerson Gabardo e Gabriel Morettini e Castilla sobre o assunto, localizando sua origem na legislação estadunidense:

Com o recrudescimento das leis e a forte pressão internacional, objetivando-se estimular a participação do setor privado no gerenciamento adequado de variáveis, surgiu uma proposta nova de minimização dos riscos da sociedade moderna e contemporânea, o instituto do *compliance*. A ideia surgiu por intermédio da legislação norte-americana, com a criação da Prudential Securities, em 1950, e com a regulação da Securities and Exchange Commission (SEC), de 1960, onde se fez menção à necessidade de institucionalizar os programas de *compliance*, com a finalidade de criar procedimentos internos de controle e monitoramento das operações entre pessoas. (GABARDO; CASTELLA, 2015)

No plano internacional, de expansão da adoção dessa perspectiva de mecanismos de integridade das pessoas jurídicas empresárias, Fritz F. Heimann (2002, p. 224) anota que em 1977, a Câmara Internacional do Comércio (ICC) publicou um relatório intitulado 'Extorsão e Suborno em Transações Comerciais', resultado de atividade desenvolvida por comissão presidida por Lord Shawcross, ex-procurador-geral da Grã-Bretanha e promotor de Nuremberg, sendo que uma das providências recomendadas por esse trabalho foi a instituição de normas de conduta que servissem de base para a autorregulamentação de empresas.

Sob outra perspectiva trata-se também do que a doutrina (A. de B. G. SOUZA, 2015, p. 827) denomina de autorregulação regulada, que seria ao lado da regulação privada (autorregulação pelos próprios agentes econômicos, discricionariamente) e da regulação estatal (imposta unilateral e determinadamente pelo Estado), um dos três modelos de regulação da economia, na qual a adoção pelos agentes econômicos de programas de *compliance*, códigos de conduta ou boa governança, são impostos ou estimulados, para atendimento de valores e objetivos tutelados pelo poder público.

No caso do Reino Unido, por exemplo, há um dever de instituição de programas de *compliance*, ante a previsão de delito penal autônomo para a mera conduta de omissão de pessoas jurídicas quanto à instituição de programas de prevenção da corrupção (CARVALHO, 2015, p. 53), conforme prevê a lei anticorrupção britânica, o UKBA Bribery Act, do ano de 2010 (THE NATIONAL ARCHIVES, 2010).

Assim, trata-se de instituto inovador no combate à corrupção ou atos lesivos à Administração Pública, conquanto não propriamente inaugural no direito pátrio, considerado, por exemplo o que já preveem o art. 10, III e o art. 11, I, da Lei 9.613/98 (BRASIL, 1998b), lei de lavagem e ocultação de bens e valores, quanto à determinação para que as pessoas físicas e jurídicas que atuem no mercado financeiro, de valores mobiliários e câmbio, adotem práticas preventivas, para evitar



crimes próprios desse setor econômico, sob pena de aplicação de sanções administrativas, na forma do art. 12, da mesma Lei.

#### *2.4.2.6 A possibilidade de acordo de leniência*

A lei anticorrupção (BRASIL, 2013b) estabelece, no art. 16, a possibilidade de, observados certos parâmetros, atenuar e/ou isentar a pessoa jurídica das sanções administrativas, através de acordo de leniência, que:

[...] no contexto da presente Lei representa um pacto de colaboração firmado entre a autoridade processante e a pessoa jurídica indiciada ou já processada, através do qual se estabelece a promessa de serem abrandadas as penalidades aqui instituídas (art. 6º) uma vez alcançada a maior abrangência do concurso delitivo em termos de pessoas jurídicas e/ou de agentes públicos envolvidos [...] (CARVALHOSA, 2015, p. 371)

Na seara do combate à corrupção pública, ou de atos lesivos à Administração Pública, é uma novidade, conquanto não se trate de instituto inaugural no direito brasileiro, visto que já vem sendo utilizado relativamente às infrações administrativas contra a ordem econômica, atualmente previsto nos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011c), apuradas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

Assevere-se outrossim que, nos estritos termos da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b) o acordo de leniência somente é previsto para a esfera de responsabilização na via administrativa, pois o seu art. 16 é expresso ao estabelecer que cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública a atribuição para firmar tal acordo com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos, que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo. No âmbito do Poder Executivo federal e, ainda, no caso de atos lesivos praticados contra a Administração Pública estrangeira, a competência será da Controladoria Geral da União, conforme parágrafo 10, do art. 16. De qualquer forma, não há previsão expressa de tal acordo quanto ao poder administrativo sancionador exercido no processo judicial, através do qual se dá o que a lei denomina de responsabilização civil e respectivas sanções.

Note-se, todavia, que a celebração do acordo de leniência tem, como contrapartida, na forma do parágrafo 2º do art. 16 da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), a redução em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável, além da isenção das sanções de publicação extraordinária da decisão condenatória e proibição de



receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de instituições públicas por até cinco anos, previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 (as duas primeiras são sanções da esfera administrativa e a última da esfera judicial), desde que, haja colaboração efetiva da pessoa jurídica leniente com as investigações resultando na identificação dos demais envolvidos na infração, com a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Além do mais a pessoa jurídica leniente deve ser a primeira das envolvidas a se manifestar, deve cessar a prática delituosa e confessar a participação, além de cooperar com as investigações.

Como aspectos relevantes do acordo de leniência tem-se ainda, conforme parágrafos do art. 16, da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b) que: a) a sua celebração não isenta a pessoa jurídica do ressarcimento dos danos, nem tampouco da responsabilização civil (mais propriamente, administrativa, na via judicial) prevista no art. 19, exceto quanto à pena de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de instituições públicas por até cinco anos; b) os seus efeitos podem ser estendidos às pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, mas não isenta as pessoas físicas envolvidas, relativamente a outras esferas de responsabilização; c) a proposta de acordo rejeitada não importará em confissão dos fatos investigados; d) em caso de descumprimento, a mesma pessoa jurídica ficará impedida de celebrar outro acordo, pelo prazo de três anos; e) firmado o acordo é interrompida a prescrição dos atos ilícitos investigados; f) o ajuste somente será tornado público após efetivado, salvo no interesse das investigações; g) poderá ainda ser celebrado no processo administrativo que apure infrações previstas nos arts. 86 a 88 da lei de licitações, Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b).

O acordo de leniência surge como um instrumento com a característica de desestabilizar as relações de confiança, de segurança e sigilo que envolve os pactos de corruptos e corruptores, bem como daqueles que se unem para fraudar licitações e contratos públicos e, portanto, de uma atuação estatal mais eficiente frente ao problema, pois é certo que:

Quanto maior a probabilidade de se detectar e de se punir a corrupção menor é a disponibilidade de benefícios eficientes. Se a possibilidade de detecção e de castigo é alta, a oferta ou a demanda por suborno pode cair a zero. [...] A expectativa de custo do suborno é igual à probabilidade de ser pego multiplicada pela probabilidade de se ser condenado multiplicada pelo castigo imposto. O corruptor ou o agente público isento de riscos compara essa

expectativa de custo com a expectativa de benefício, e só age corruptamente se o saldo for positivo.

[...]

As estratégias que diminuem os benefícios líquidos do pagamento e do recebimento de subornos oferecem uma base para reformas jurídicas substanciais. A política governamental pode aumentar os benefícios de quem é honesto, ampliar a probabilidade de detecção e castigo e elevar as penalidades impostas àqueles que forem pegos. (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 72, 81)

Todavia é preciso não olvidar que se trata de instrumento que traz inovações, para a nossa realidade, na forma de atuação do direito sancionador estatal e necessidade de mudança de paradigmas, visto que sua origem está radicada no direito anglo-saxão, nos sistemas de *common law*, nos quais não há apego ao princípio da obrigatoriedade da atuação dos órgãos de controle e fiscalização, como normalmente se verifica na família do direito romano-germânica, sistemas de *civil law* (caso brasileiro), pois o que se busca é uma atuação mais prática, eficiente e que produza resultados na tutela dos interesses públicos e da sociedade:

De modo que, na Era da Complexidade, ou na sociedade pós-capitalista da informação, os ilícitos assumem proporções tão agressivas que passam a exigir um Estado igualmente mais “agressivo”, logicamente dentro do Direito, porém menos burocrata, menos isolacionista, mais comunicativo e veloz em suas decisões, sempre no afã de lograr resultados. Tais horizontes demandam posturas funcionalistas e estratégias de aproximação das ferramentas inerentes ao Direito Punitivo. [...] E não deixa de ser previsível que as pessoas jurídicas venham a ser encaradas também como eventuais instrumentos de organizações criminosas, para efeito de blindagem de responsabilidades pessoais, problema que não se resolve somente com a desconsideração de sua personalidade jurídica, mas com a concomitante expansão dos tentáculos sancionadores estatais, de modo a encontrar respostas cada vez mais abrangentes e eficazes. (OSÓRIO, 2015, p. 136)

Tal tendência aliás ingressou no direito pátrio na seara criminal, de forma mais tímida na década 1990, com a lei dos crimes hediondos, Lei nº 8.072/90 (BRASIL, 1990a), nos seus arts. 7º e 8º, através do instituto da delação ou colaboração premiada, que acabou se ampliando e consolidando, através de outros diplomas legais, conforme se demonstrará mais detidamente no capítulo 4 do presente trabalho, sendo certo que dentre eles o mais recente é a Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013c), lei de combate às organizações criminosas, em seus arts. 4º a 7º. Sobre o tema:

[...] o Direito Punitivo, em especial o Direito Penal, teve que se adaptar à nova dinâmica da criminalidade invisível e organizada, cedendo lugar às demandas pragmáticas em detrimento das elucubrações teóricas, descomprometidas com a realidade. Não serão as mesmas garantias individuais a vigor para os acusados de crimes de alto impacto social e os acusados de criminalidade média ou baixa potencial lesividade. As notáveis transformações das

estruturas criminosas organizadas ensejam a expansão de vertentes funcionalistas, com o reconhecimento das peculiaridades dos nichos de poder criminal, fortalecendo-se o viés pragmático do Direito Punitivo. [...] É claro que resulta possível perceber a necessidade de combinar e amenizar o impacto de vertentes teóricas radicais. O funcionalismo, por não definir parâmetros materiais para os conteúdos possíveis, deixa em aberto o problema dos limites para esses conteúdos. Todavia, tais limites se encontram nos virtuais conteúdos materializados nos textos constitucionais e legais, expressos pela vontade democrática dos legisladores. (OSÓRIO, 2015, p. 386)

E sob tal perspectiva, de mudança de paradigmas no mundo contemporâneo, considerada a intensa integração e permeabilidade de fronteiras e observada sempre a intangibilidade dos direitos fundamentais (devido processo legal, contraditório e ampla defesa, da interdição à arbitrariedade), afigura-se inexorável a globalização das fontes do direito, assim como dos raciocínios e institutos hermenêuticos, o que não deve causar perplexidades, pois sob esse *background*:

[...] nada mais previsível do que o desaparecimento progressivo de características rígidas nos modelos jurídicos que integravam as tradicionais famílias romano-germânica ou anglo-saxônica, com aproximações e novos formatos, combinando-se os sistemas jurídicos na busca da mescla incessante de valores, culturas e sentimentos coletivos. Basta notarmos, nestes cenários complexos, que a mídia, que pauta os debates nacionais, já não é apenas mídia nacional, mas, sobretudo, também internacional. A opinião pública internacional é que dita os rumos mais diretos ao campo da economia das nações, fluxos de investimentos, credibilidade nos mercados, desenvolvimento, índices de percepção da corrupção dos países, e tantos outros aspectos que poderiam aqui ser lembrados. (OSÓRIO, 2013, p. 157)

Por fim, anote-se que uma análise mais detida do potencial do acordo de leniência, como instrumento coadjuvante no combate à corrupção e às condutas lesivas às licitações e contratos, com repercussão na esfera de responsabilização de atos de improbidade administrativa, será abordada mais à frente, no último capítulo do presente trabalho. Para tanto se adotará, a seguir, no próximo capítulo, um conceito mais concreto de corrupção, buscando-se identificar os pontos de aproximação entre as condutas criminais e de improbidade administrativa, com as previstas como atos lesivos, na lei anticorrupção, além de analisar se a responsabilização, em várias esferas, agride ou não a cláusula do *non bis in idem*.

#### 2.4.2.7 O devido processo legal na lei anticorrupção

O devido processo legal é um postulado inerente a um Estado Democrático de Direito, consistindo em garantia outorgada aos entes naturais e morais que transitam

ou se encontram sob a imperatividade de um ordenamento jurídico fundado em bases democráticas.

Nossa Constituição (BRASIL, 1988), em seu art. 5º, LIV, preceitua que ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2013, p. 697) defendem que esse dispositivo constitucional veicula, em verdade, um direito fundamental ao processo justo, noticiando que embora tenha sua inspiração no direito estadunidense, notadamente na 5ª e 14ª emendas da Constituição dos Estados Unidos, constitui norma presente em constituições ocidentais, tais como a italiana (arts. 24 e 111), a espanhola (art. 24), a alemã (art. 103) e a portuguesa (art. 20), além de diplomas jurídicos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (arts. 8º e 10º), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 (art. 6º), o Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 14) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (art. 8º).

Já se afirmou, mas cumpre retomar a constatação de que a Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), a lei anticorrupção, estabelece as hipóteses de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, administrativa e civil, na literalidade da lei (arts. 1º, 6º, 18 e 19) a significar, ambas, na verdade, dimensões do direito administrativo sancionador, quais sejam: a) a administrativa estrito senso (quando os ilícitos são apurados e as sanções, sendo devidas, são aplicadas por autoridade administrativa, através do processo administrativo); e b) a administrativa na via judicial, hipótese na qual os infratores (quando comprovados os atos lesivos e o liame da culpabilidade) recebem sanções aplicadas por autoridade judiciária, através do processo civil, mediante sentença condenatória:

O Direito Administrativo pode ser aplicado por autoridades administrativas ou judiciais, sendo estas pertencentes à esfera extrapenal. [...]

O elemento formal da sanção administrativa é o processo judicial ou administrativo, extrapenal. [...]

A sanção administrativa, como se disse antes, não é expressão exclusiva de um poder sancionador das Administrações Públicas, visto que pode ser imposta por juízes e tribunais judiciais, inclusive em respeito às deliberações do Poder Legislativo e às estruturas do funcionamento de nossos Poderes de Estado. (OSÓRIO, 2015, p. 137, 138, 141-142)

Tem-se, portanto, como já destacado no sub-tópico 2.4.2.3, que as pessoas jurídicas estão sujeitas à punição por atos lesivos à administração pública, tipificados no art. 5º, I a IV, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), de forma cumulativa, nas esferas administrativas e judicial extrapenal (nesta sob a regência das normas

processuais civis, mais especificamente, em observância ao rito da lei da ação civil pública (BRASIL, 1985), conforme arts. 6º, 18 e 21, da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b).

E, desde o que determina o art. 5º, LIII, LIV, LV, LVI e LVII, LX, LXIII, assim como o art. 93, IX, da Constituição (BRASIL, 1988), o devido processo legal há de ser observado seja na seara administrativa, seja na judicial (no caso, processual civil), ante a garantia de que aos litigantes, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, cujos processos e sentenças somente devem se concretizar pela autoridade competente (Juiz Natural, Promotor Natural), imparcial, fixada em regras pré-existentes à deflagração do processo, sob as garantias da presunção de inocência, do direito de não autoincriminação e de um processo no qual somente sejam admitidas provas lícitas, sendo, como regra, públicos os julgamentos e devidamente fundamentadas as decisões, sob pena de nulidade

Aliás, na esfera administrativa, estrito senso, tem-se, no âmbito da União e seus órgãos (autarquias, fundações, empresas públicas, sociedade de economia mista etc.) a existência de um diploma legal, de caráter geral, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, qual seja a Lei nº 9.784/99 (BRASIL, 1999), estabelecendo que nesta seara (processos administrativos), deverão ser obedecidos, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 2º, *caput*)

E o processo administrativo deve se pautar ainda, dentre outros critérios, pela atuação conforme a lei e o Direito, segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, com a indicação dos pressupostos de fato e de direito determinantes de suas decisões, observando-se as formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, mediante a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, quer sejam, os direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio, conforme art. 2º, parágrafo único, incisos, I, IV, VII, VIII, IX e X, da Lei nº 9.784/99 (BRASIL, 1999).

No que toca à esfera judicial (extrapenal) de responsabilização da pessoa jurídica, tem-se as determinações do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c), que

reafirmam, robusta e substancialmente, o que consagrado constitucionalmente, pois já em seu art. 1º enuncia-se que processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), observando-se as disposições do próprio Código.

Acresça-se ainda que o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c) preceitua a indeclinabilidade da jurisdição (art. 3º), o estímulo à solução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º), o direito das partes à duração razoável do processo (art. 4º) e o dever de atuarem com lealdade, boa-fé e cooperação para tal desiderato (arts. 5º e 6º), devendo o julgador lhes assegurar igualdade através da paridade de tratamento em relação a direitos, faculdades processuais, meios de defesa, ônus e deveres (art. 7º), sendo certo ainda que o julgador há de seguir um roteiro na aplicação do ordenamento jurídico, atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (art. 8º), além de não proferir decisões contra qualquer das partes, sem sua prévia oitiva (arts. 9º e 10), decisões estas que sempre deverão estar motivadas, fundamentadas, sob pena de nulidade, mediante julgamento público, como regra (art. 11).

Aliás, ausência de motivação das decisões judiciais constitui violação de garantia imprescindível, de alto grau de importância e relevância, num Estado Democrático de Direito, que quando insuficiente ou ausente, gera nulidade, grave consequência processual cominada não só pela legislação infraconstitucional, como diretamente (e excepcionalmente, diga-se de passagem) pelo próprio texto constitucional, conforme já visto: art. 93, IX, da Constituição (BRASIL, 1988).

De modo que, seja no processo administrativo, seja no judicial, há um núcleo mínimo de garantias fundamentais que devem ser observadas, notadamente na hipótese aqui tratada, considerado o caráter sancionador da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b). Indelével assim a observância do devido processo legal que determinada corrente doutrinária denomina de processo justo:

O direito ao processo justo é um modelo mínimo de conformação do processo. Com rastró fundo na história e desconhecendo cada vez mais fronteiras, o direito ao processo justo é reconhecido pela doutrina como um modelo em expansão (tem o condão de conformar a atuação do legislador infraconstitucional), variável (pode assumir formas diversas, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto) e perfectibilizável (passível de aperfeiçoamento pelo legislador infraconstitucional). É tarefa de todos os

que se encontram empenhados no império do Estado Constitucional delinea-lo e densificá-lo. (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 701)

Tratando-se de processo, através do qual se exerce o poder sancionador estatal, tais garantias ganham especial relevo e atenção, tanto para que o processo tenha efetividade e não seja desvirtuado, gerando impunidade, como para que, nem tampouco se viole direitos fundamentais dos litigantes réus, pois:

O Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos. Se essa proteção depende do processo, ela só pode ocorrer mediante o processo justo. No Estado Constitucional, o processo só pode ser compreendido como meio pelo qual se tutelam os direitos na dimensão da Constituição.

[...]

A tutela jurisdicional é a mais ampla no direito brasileiro. No nosso sistema a atividade jurisdicional abarca não só a possibilidade de defesa de direitos individuais, mas também de direitos coletivos (direitos individuais homogêneos, direitos difusos e direitos coletivos), podendo envolver ainda a sindicabilidade dos atos da Administração Pública. (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 701, 712)

Na esfera judicial, já se disse, o rito a ser seguido é o da ação civil pública, Lei nº 7.347/85 (BRASIL, 1985), que em seu art. 19, determina que a ela devem ser integradas as disposições do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c), desde que não contrariem as suas próprias disposições (da lei da ação civil pública). E, os legitimados para a propositura da ação são as Advocacias Públicas os órgãos de representação judicial, ou equivalentes, dos entes públicos lesados, além do Ministério Público, conforme art. 19, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b).

Cabe aqui destacar ainda a legitimidade exclusiva do Ministério Público para requerer na via judicial a aplicação das sanções administrativas estrito senso, do art. 6º, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL 2013b), quando verificada a omissão da autoridade administrativa competente em promover a responsabilização administrativa da pessoa jurídica infratora, ante o que preceitua o art. 20, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL 2013b). Em tal hipótese determina ainda a lei anticorrupção (BRASIL 2013b), no seu art. 27, que a autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável (*verbi gratia*, crimes de prevaricação, corrupção passiva ou, na esfera do direito administrativo sancionador, responsabilização por ato de improbidade administrativa e punição disciplinar).



Para as sanções administrativas, estrito senso (aplicadas através do processo administrativo, por autoridade administrativa), a Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b) estabeleceu, em seu Capítulo IV, arts. 8º a 15, contornos próprios, motivo pelo qual incide, no caso, o que preceitua o art. 69 da Lei 9.784/99 (BRASIL, 1999), no sentido de que os seus preceitos têm aplicação apenas subsidiária aos processos administrativos específicos que são regidos por lei própria.

Assim é que a lei anticorrupção (BRASIL, 2013b) prevê que a instauração do processo administrativo, para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, compete à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa, competência essa que pode ser delegada para outra autoridade, vedada, contudo, a subdelegação (art. 8º, *caput* e parágrafo único).

Considerado o princípio federativo e, como corolário a autonomia dos entes federativos, a Lei nº 12.846/2013 (BRASIL 2013b), lei federal, previu que no âmbito do Poder Executivo federal a Controladoria-Geral da União (CGU) terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para lhes corrigir o andamento. No mais, cumpre aos Estados e Municípios regularem em legislação própria tal aspecto da autoridade competente, consideradas as especificidades de suas estruturas, enfim das peculiaridades de sua organicidade própria.

Observe-se que essa atribuição concorrente (entendemos subsidiária) da Controladoria-Geral da União (CGU) no âmbito do Poder Executivo Federal não é novidade. Deveras, pois já esteve contemplada na legislação para as hipóteses de omissão da autoridade competente da administração pública, nos demais casos de apuração de ilicitudes e infrações, no âmbito do controle interno, conquanto de forma mais invasiva, a outorgar-lhe (à Controladoria-Geral da União) expressamente o poder avocatório, inclusive para a aplicação da penalidade cabível, conforme art. 18, §§ 1º e 2º, da Lei nº 10.683/2003 (BRASIL, 2003), atribuições que, no entanto, foram revogadas pelo art. 12, da Lei nº 13.341/2016 (BRASIL, 2016e). De qualquer forma, na hipótese legal revogada e, agora, na lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), não se atribuiu competência ampla e irrestrita à Controladoria-Geral da União (CGU) para que, sem que haja omissão da autoridade competente ou irregularidade comprovada quanto ao trâmite de processos de apuração e responsabilização, lhe seja possível,



de ofício, agir visando tal desiderato, em razão de atos lesivos à Administração Pública, atribuídos a pessoas jurídicas, definidos na lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), em seu art. 5º, incisos, alíneas e parágrafos. No ponto, aliás, o parágrafo 1º do art. 13, do Decreto nº 8.420/2015 (BRASIL, 2015a) regula o tema no sentido do que aqui se defende.

De outra banda foi atribuída competência exclusiva à Controladoria-Geral da União (CGU) para apuração, processo e julgamento administrativo das pessoas jurídicas quando os atos ilícitos, de corrupção, tiverem sido praticados em face de administração pública estrangeira, nos termos do art. 9º, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b).

Para a celebração do acordo de leniência (cujos contornos, pressupostos e requisitos foram abordados no sub-tópico anterior), a lei estabeleceu que também será competente a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, conforme art. 16, Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), regra essa que é excepcionada no âmbito do Poder Executivo federal, pois aqui foi conferida competência, também exclusiva, à Controladoria-Geral da União (CGU) para tanto, consoante parágrafo 10, do art. 16, Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b).

A lei anticorrupção (BRASIL, 2013b) prevê de forma expressa a celebração do acordo de leniência somente pela autoridade administrativa (na esfera do processo administrativo), com repercussão sobre as sanções administrativas previstas no art. 6º e também sobre a sanção aplicável na via judicial do art. 19, IV, conforme seu art. 16, § 2º, estendendo, ainda, a mesma possibilidade para as sanções previstas no art. 87 a 89, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), que trata de licitações e contratos, conforme art. 17 da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b)

Vê-se assim que, quando firmado o acordo de leniência, poderá ser concedida pela autoridade administrativa a isenção da sanção de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos, consoante art. 16 da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL 2013b). O inusitado ainda é que a aplicação da sanção, prevista no art. 19, V, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL 2013b) não é de atribuição da autoridade administrativa, pois somente é aplicável na esfera judicial, em processo civil que adota o rito da ação civil pública.

Aliás, também é curioso notar que, conquanto não prevista como penalidade (tanto administrativa, como civil), na lei (anticorrupção), também poderão ser objeto de atenuação ou isenção, através de acordo de leniência, as graves penas de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento temporário de contratar com a Administração Pública, além da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, conforme art. 17 da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b) e art. 87, III e IV, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b).

Ou seja, as pessoas jurídicas infratoras, ou beneficiadas por atos de corrupção, que tenham seu portfólio de negócios voltado ou concentrado em contratos com a administração pública, ou que dependem de financiamentos públicos, podem ser beneficiadas justamente com a isenção de penas que as impeçam de continuar a firmar contratos administrativos e a receber benefícios fiscais e creditícios, caso venham a firmar acordo de leniência com a autoridade administrativa.

É de se observar que não se previu expressamente a possibilidade de firmar ajuste de leniência no bojo da ação judicial de responsabilização pelas sanções civis, isto é, de direito administrativo sancionador judicializado, previstas no art. 19, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b).

No entanto, na linha do que será melhor aprofundado no capítulo 4 do presente trabalho, o acordo de leniência é uma opção estatal que visa propiciar mais efetividade no combate à corrupção, sendo possível concluir, em razão de tal objetivo, que também no âmbito judicial, no tocante às sanções civis, ou melhor, administrativas aplicadas na via judicial, há juridicidade em adotar o mesmo instituto, observados os parâmetros do art. 16, incisos e parágrafos, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), considerada ainda a regra de hermenêutica *ubi eadem ratio, ibi jus idem esse debet* (onde a mesma razão, o mesmo direito).

Vale não olvidar também a possibilidade do Ministério Público, na sua função de *custos legis*, consoante art. 127 e 129, I, da Constituição (BRASIL, 1988); art. 7º, III, Lei Complementar nº 75/93 (BRASIL, 1993); art. 25, V e art. 26, I, “c”, Lei nº 8.625/93 (BRASIL, 1993a); art. 3º, II e art. 9º, II, Lei nº 9.784/99 (BRASIL, 1999), acompanhar e intervir nos processos administrativos instaurados para a punição de pessoas jurídicas, por atos de corrupção, notadamente quando se apresentar a hipótese de celebração de acordo de leniência.

Conquanto a competência para a instauração do processo administrativo esteja definida no art. 8º, da 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), como já visto, a condução, isto é, instrução desse processo administrativo estará afeta a uma comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que poderá propor a suspensão dos efeitos do ato ou processo objeto da investigação, conforme art. 10, *caput* e § 2º da mesma lei. E, caso essa comissão necessite de medidas judiciais para levar a frente o seu mister, tal como busca e apreensão de documentos e elementos de prova, deverá requerer as providências pertinentes ao órgão de representação judicial do ente público respectivo, conforme parágrafo 1º, do art. 10 da mesma lei.

No ponto é preciso ainda observar que são estáveis os servidores públicos que atendam o previsto no art. 41, da Constituição (BRASIL, 1988), a quem são conferidas prerrogativas que impõem restrições quanto à forma pela qual podem perder o cargo, conforme art. 41, § 1º, da Constituição (BRASIL, 1988). Ademais, considerados os princípios setoriais da impessoalidade, da legalidade e da moralidade administrativa, bem como a garantia dos acusados ao devido processo legal, processo justo, é preciso que os servidores públicos, membros da comissão processante, sejam imparciais, isto é, não se encontrem sob suspeição ou impedimento para atuar no caso, observadas as balizas dos arts. 18 a 21, da Lei nº 9.784/99 (BRASIL, 1999).

Visto isso, o processo administrativo deverá estar concluído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis, mediante decisão fundamentada, conforme parágrafos 3º e 4º do art. 10, da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), sendo certo que ao concluir a apuração a comissão deverá apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.

Nota-se que a lei anticorrupção (BRASIL, 2013b) é omissa quanto ao detalhamento dos aspectos instrutórios do processo administrativo, somente estabelecendo que será concedido à pessoa jurídica prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados a partir da intimação. Ante tal quadro mister deixar claro que sob a perspectiva do devido processo legal, do processo justo, uma vez instaurado o processo administrativo, mister a notificação ou citação da pessoa jurídica processada, para ter ciência da imputação que lhe é feita, bem como para acompanhar a instrução, produzir provas e impugnar a acusação administrativa,

observado a título de complemento e integração normativa, aplicação subsidiária, *verbi gratia*, dos arts. 3º, 23 a 27, 38, 45 e 68, da Lei nº 9.784/99 (BRASIL, 1999), pois:

O direito ao contraditório rege todo e qualquer processo: pouco importa se jurisdicional ou não. A Constituição é expressa, aliás, em reconhecer a necessidade de contraditório no processo administrativo. Existindo possibilidade de advir para alguém decisão desfavorável, que afete negativamente sua esfera jurídica, o contraditório é direito que se impõe, sob pena de solapado da parte o seu direito ao processo justo [...] Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é: direito de influência. [...] Comumente associado ao contraditório está o direito fundamental à ampla defesa. Trata-se de direito tradicionalmente reconhecido pelo nosso direito constitucional, nada obstante historicamente circunscrito ao âmbito processual penal. A constituição de 1988 inovou, estendendo-a a todos e qualquer processo (art. 5º, LV) [...] O direito à ampla defesa constitui direito do demandado. É direito que respeita ao polo passivo do processo. O direito de defesa é direito à resistência no processo [...] O direito de defesa – com os meios e recursos a ela inerentes – grava todo e qualquer processo. Jurisdicional ou não, estatal ou não [...] (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 730, 731-732, 735)

Isso porque, se é indene de dúvidas que os processos punitivos demandam a defesa da sociedade, contra comportamentos lesivos ao pacto social, aos interesses coletivos e difusos, não é menos verdade que no Estado Democrático de Direito, o devido processo legal (substancial), com contraditório efetivo e ampla defesa, se constitui instrumento imprescindível para evitar a arbitrariedade estatal, tão danosa à cidadania quanto a prática infracionária que se pretende punir:

Os processos punitivos, em especial, assumem dimensões vinculadas aos direitos de defesa e ao contraditório. O processo é finalisticamente orientado à busca do equilíbrio de forças, paridade de armas e preservação da presunção de inocência, ao mesmo tempo em que se volta à apuração das responsabilidades cabíveis e imposição das sanções pertinentes. Nesse balanceamento de direitos, em rota de potencial colisão, os processos punitivos se prestam a valorações e escalonamentos diferenciados dos direitos de defesa, aqueles que bloqueiam atitudes arbitrárias e permitem uma equação justa dos problemas ventilados. [...] Não há dúvidas de que o devido processo permite, construções hermenêuticas mais ricas e coerentes em torno dos direitos de defesa. Não é por outra razão que o STF tem caminhado no sentido de aquilatar os direitos de defesa, incluindo o contraditório, dentro do devido processo legal. (OSÓRIO, 2015, p. 441)

No mais, é preciso ainda destacar que no ato do Poder Executivo federal, que regulamentou a Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), o Decreto nº 8.420/2015 (BRASIL, 2015a), houve a preocupação de explicitar o que ali se denominou de Processo Administrativo de Responsabilização – PAR (processo através do qual serão apuradas as sanções, punindo-se ou absolvendo-se os responsáveis), consoante seus arts. 2º a 14, estabelecendo inclusive a possibilidade de uma prévia investigação preliminar, de caráter sigiloso (antes de se deliberar pela instauração do PAR),

prevendo, com a instauração do processo, os requisitos mínimos e os prazos para defesa/manifestação preliminar e também para produção de provas e alegações finais.

Não se pretende, em hipótese alguma aprofundar ou esgotar todos os aspectos procedimentais e/ou processuais da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), mas cumpre lançar um olhar mais atento ao que preceituam os parágrafos 2º e 3º do art. 5º, do Decreto nº 8.420/2015 (BRASIL, 2015a), no sentido de que o pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas haverão de passar pelo crivo da comissão processante que deverá decidir se são indispensáveis, podendo recusar, mediante decisão fundamentada, as que sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas. Visto isso, cabe consignar que, discorrendo sobre o direito fundamental à prova, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero asseveram que:

O direito fundamental à prova assegura a produção da prova admissível. Note-se que a Constituição, ao vedar a admissão da prova ilícita (art. 5º, LIV), contrario sensu autoriza a admissão de toda e qualquer prova lícita. O problema está, portanto, em individualizar quais são os requisitos que determinam a admissão da prova. Uma prova é admissível quando a alegação de fato é controversa, pertinente e relevante. A alegação é controversa quando pendem nos autos duas ou mais versões a seu respeito. É pertinente quando diz respeito ao mérito da causa. E é relevante quando seu esclarecimento é capaz de levar à verdade. (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 740-741)

Os mesmos autores (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 741-744) ainda defendem a possibilidade do uso excepcional até mesmo da prova ilícita, ao menos no processo penal (somente em favor do acusado) e civil, sob um juízo de proporcionalidade, considerado, no campo penal, a proeminência do direito à liberdade diante do Estado e, na seara do processo civil (excepcionalmente), mediante ponderação entre a efetividade da proteção ao direito material e o direito de descoberta da verdade, bem como entre o direito (bens e interesses) afirmado em juízo, pela parte, e o direito violado pela prova ilícita. O tema é provocador e merecedor, sem dúvida, de trabalho científico específico, motivo pelo qual apenas se faz esse registro e não se dispensará aqui mais considerações sobre esse intrigante dilema jurídico, além de suas relevantes e complexas repercussões na esfera de outros interesses e direitos, que podem advir do entendimento que adotam os citados autores.

No mais, concluído o processo administrativo, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade instauradora, para julgamento, nos termos do art. 12, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), estabelecendo-se ainda no art. 13, *caput* e parágrafo único, bem como art. 15, que será possível a instauração paralela e independente de processo administrativo para apuração e reparação do dano (cujo inadimplemento redundará na inscrição do valor apurado em dívida ativa para cobrança judicial), de modo que a sua tramitação e finalização não prejudicará o processo administrativo de aplicação das sanções, de cujo teor a comissão apuradora dará conhecimento ao Ministério Público para as providências de seu mister.

O prazo prescricional para apuração e aplicação das sanções administrativas que é de 5 (cinco), contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado, prazo esse que será interrompido com a instauração do processo administrativo ou com a celebração do acordo de leniência.

Por fim, imperioso que o julgamento, a decisão final da autoridade administrativa, consoante art. 12, da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), observe o indeclinável dever estatal de motivação e fundamentação, ante o que já exposto acerca dessa garantia dos litigantes ou acusados em processo judicial ou administrativo, notadamente levando em consideração e, ainda, explicitando expressamente a presença ou não das circunstâncias previstas no art. 7º da mesma lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), assim como nos arts. 15 a 22 do Decreto nº 8.420/2015 (BRASIL, 2015a), a incidirem sobre o cálculo e dosagem de eventuais sanções aplicadas, sob a perspectiva do que apurado e comprovado no processo administrativo, além da gravidade e repercussões da infração que se tiver por provada.

### **3. CORRUPÇÃO, FRAUDES EM LICITAÇÕES, LEI ANTICORRUPÇÃO, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O *NON BIS IN IDEM***

#### **3.1 ADOTANDO COMO PARADIGMA A CORRUPÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL**

Uma definição de corrupção ou da ação de corromper, no âmbito da Administração Pública, conquanto não exaustiva ou definitiva, mais consagrada no ordenamento jurídico, é a que consta no tipo penal da corrupção passiva, art. 317, do Código Penal (BRASIL, 1940), sob a ótica da postura do agente público, quer seja, a conduta de solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função pública ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

Destaque-se ainda um outro formato do ato de corromper, mais grave, que é a concussão, tipificada no *caput* do art. 316, do Código Penal (BRASIL, 1940), por envolver um aspecto de coerção moral mais explícita do agente público, que para além de simplesmente solicitar ou receber (cuja gravidade já é indiscutível), exige (ordena, impõe, obriga) do particular uma vantagem indevida (para si ou para terceiro), em razão do cargo que ocupa.

Neste crime de concussão a exigência não poderá ter como beneficiário o próprio Estado ou órgão público que, em verdade, é o sujeito passivo do delito, daí que em tal hipótese estaria descaracterizado este crime, podendo eventualmente as condutas serem colhidas por outros tipos penais (BITENCOURT, 2012, p. 1190). Deveras, pois se o terceiro (beneficiário) for a própria Administração Pública, pode configurar-se excesso de exação (art. 316, § 1º, Código Penal) e, ainda, somente se essa exigência se referir a tributo ou contribuição social, hipótese em que o sujeito passivo será o contribuinte e não mais o Estado. Num sentido mais amplo outros crimes contra o patrimônio podem se caracterizar se a vantagem indevida não se der em razão das funções de funcionário público – *v.g.* extorsão e estelionato, previstos nos arts. 158 e 171 do Código Penal (BRASIL, 1940) –, sobre os quais, contudo, não se fará qualquer abordagem por não ser o escopo do presente trabalho.

Os pontos que unem ambos os crimes (corrupção passiva e concussão) são: a) o bem jurídico protegido que é a Administração Pública notadamente os consectários da moralidade e da probidade administrativa; b) o sujeito ativo que é sempre o funcionário público, ainda que através de interposta pessoa; c) o sujeito



passivo imediato que é o Estado e num plano secundário o particular que paga ou que é assediado com a proposta de pagamento indevido; d) as elementares normativas consistentes na vantagem que deve sempre ser indevida e na circunstância de que a oferta, a solicitação, a exigência ou o recebimento, de tal vantagem, tem que se dar em razão das funções que exerce (ou tem a expectativa de exercer) o funcionário público; e) a característica de que são delitos formais, cuja consumação independe do resultado, isto é da obtenção efetiva da vantagem indevida (embora na corrupção passiva convivam duas condutas: solicitar ou receber) ou, ainda, da efetiva prática do ato de ofício, conquanto na corrupção passiva tal evento, se o ato for ilegítimo ou ilegal, configure causa de aumento de pena, art. 317, § 1º, Código Penal (BRASIL, 1940); f) a tentativa é admissível na hipótese de exigência ou solicitação escrita (BITENCOURT, 2012, p. 1187-1188, 1191, 1195-1197, 1201-1202).

Na doutrina se denomina de corrupção passiva imprópria aquela em que o funcionário público, em razão da obtenção da vantagem, efetivamente pratique um ato legítimo, lícito. Veja-se que o ato de ofício a ser hipoteticamente realizado (o que já configura o crime), ou o efetivamente praticado, não precisa ser ilegal ou ilegítimo, mas sim a vantagem solicitada, prometida ou recebida é que há de ser indevida, pois o que se pune é a mercancia da função pública. Se, entretanto, o agente público pratica ato ilegal ou ilegítimo, ou, mesmo não sendo ilegal ou ilegítimo (corrupção passiva imprópria), retarda-o ou se omite em relação a ele (em razão do recebimento ou promessa de obtenção da vantagem indevida), a pena do crime será majorada, conforme previsão do parágrafo primeiro do art. 317 do Código Penal (BRASIL, 1940). Neste sentido:

Classifica a doutrina como corrupção própria a solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida para a prática de ato ilícito, contrário aos deveres funcionais, bem como de corrupção imprópria, quando a prática se refere a ato lícito, inerente aos deveres impostos pelo cargo ou função. (NUCCI, 2008)

Incoerentemente, no entanto, quanto ao preceito cominatório, na corrupção passiva a lei penal ficou mais severa quanto à pena máxima privativa de liberdade (doze anos de reclusão, enquanto a concussão prevê oito anos). O aumento na pena máxima da corrupção passiva se deu pela modificação introduzida pela Lei nº 10.763/2003 (BRASIL, 2003b), mantendo-se para ambas as infrações penais a mesma pena mínima (dois anos de reclusão). No ponto destaca Cezar Roberto Bitencourt:

[...] constata-se uma absurda inversão na graduação legislativa da sanção cominada: a concussão – crime mais grave – recebe punição mais branda, qual seja, de reclusão de dois a oito anos e multa; a corrupção passiva – crime nos grave, comparativamente – recebe punição consideravelmente mais grave, qual seja reclusão de dois a doze anos e multa.

Pode-se afirmar – sem qualquer menosprezo institucional do Poder Legislativo – que aqui se concentra o lixo da produção legislativa ad hoc que tomou conta do Parlamento nos últimos quinze anos, que conseguiu destruir a harmonia do sistema que o sistema jurídico nacional então apresentava [...] (BITENCOURT, 2012, p. 1189)

Verifica-se, no mais, que essa tipificação dicotômica (corrupção passiva, concussão *versus* corrupção ativa) decorre da constatação de que a corrupção, quando concretizada (vantagem indevida prometida ou paga pelo corruptor e aceita ou recebida pelo corrupto) na Administração Pública, está como que grafada nas duas faces de uma mesma moeda, ostentando de um lado a figura do corruptor (o particular) e no outro a do corrupto ou corrompido (o agente público).

É bem verdade que, considerado o caráter formal de tais tipos penais, e a independência entre determinadas ações típicas, é possível que se configure um ato de corrupção do particular, no oferecimento ou promessa de vantagem indevida, sem que o agente público a ela venha a aderir, e vice-versa. Sobre este aspecto:

Punem-se, alternativamente, as ações de: (a) solicitar (pedir, manifestar que deseja algo): aqui não há emprego de qualquer ameaça explícita ou implícita. O funcionário (intraneus) solicita a vantagem, e a vítima (extraneus) cede por deliberada vontade, não por metus publicae potestatis. Aqui não há a necessidade da caracterização do anterior crime de corrupção ativa; ou (b) receber (aceitar, entrar na posse): aqui a proposta parte de terceiros (extraneus) e a ele adere o funcionário (intraneus), havendo, portanto, a necessidade da caracterização do anterior crime de corrupção ativa. (CAPEZ; PRADO, 2013, p. 639)

[...] a corrupção nas modalidades de ‘receber’ e ‘aceitar’, que presumem a correspondente ‘oferta’ ou ‘promessa’ do corruptor, são condutas física e subjetivamente vinculadas umas às outras. Embora o pactum sceleris não seja requisito obrigatório, repetindo, em todas as hipóteses o crime de corrupção, nas modalidades de receber (vantagem indevida) ou aceitar (promessa) a bilateralidade é inerente a referidas condutas, pois somente recebe ou aceita se houver em contrapartida quem ofereça ou prometa. (BITENCOURT, 2012, p. 1201)

No plano concreto, todavia, que impacta em maior grau quanto aos danos ao erário e à moralidade administrativa, a corrupção, propiciando ganhos indevidos ao particular, e ao agente público, é essa sua face dicotômica ou bilateral, que se observa na realidade cotidiana (mundo do ser), para além da previsão abstrata da tipificação penal (mundo do dever ser).

Anote-se ainda que no crime de corrupção ativa, do art. 333, do Código Penal (BRASIL, 1940), que agora no plano da responsabilidade civil objetiva das pessoas

jurídicas encontra paralelo no art. 5º, I, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), pressupõe que: a) o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa; b) o sujeito passivo é exclusivamente o Estado, embora o agente público figure como destinatário da ação do sujeito ativo; c) o ato a ser praticado tem que estar dentro da esfera de competência do funcionário público (se assim não o for, poderá caracterizar outro crime, mas não corrupção ativa); d) a configuração com simples oferta ou promessa, revelando-se como crime de mera conduta, independente da aderência do funcionário público; e) a oferta da vantagem indevida pode se dar por interposta pessoa; f) a tentativa é possível se a oferta for escrita; g) um aumento de pena, para o caso do funcionário público efetivamente praticar um ato de ofício ilegal ou ilegítimo, ou ainda retardar ou se omitir em relação a ato lícito (BITENCOURT, 2012, p. 1197, 1270-1274; CAPEZ; PRADO, 2013, p. 675-676).

Imperioso ainda observar que o Código Penal (BRASIL, 1940) confere um significado amplo ao conceito de funcionário público, pois em seu art. 327, *caput* e parágrafo primeiro, considera como tal, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública e, por equiparação, também quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, ou trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. Tal significado, como norma geral, se espraia e tem incidência em relação a todos os demais crimes previstos no ordenamento penal, contidos ou não do Código Penal (BITENCOURT, 2012, p. 1239), conquanto exista quem refira-se à extensão dessa definição de funcionário público apenas para as demais figuras penais previstas no Código Penal (nos demais títulos da codificação) (CAPEZ; PRADO, 2013, p. 658).

Ademais, em decorrência dessa inquietação global com o fenômeno da corrupção, a Lei nº 10.467/2002 (BRASIL, 2002b) acrescentou ao Código Penal (BRASIL, 1940) o art. 337-B, tipificando a corrupção ativa em transação comercial internacional. Tal tipo penal tem também pouca variação com o do art. 333, pois tão somente acrescentou a ação de “dar”, àquelas de prometer ou oferecer vantagem indevida (o que para fins de enquadramento não traz maiores consequências, conquanto possa influenciar na dosagem da pena, em caso de condenação). A mesma Lei nº 10.467/2002 (BRASIL, 2002b) inseriu os arts. 337-C e 337-D, no Código Penal (BRASIL, 1940) o primeiro tipificando o crime de tráfico de influência em transação comercial internacional e, segundo, delineando a definição de funcionário público

estrangeiro (identificado como aquele, que mesmo transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro).

Cumpra consignar que se trata de inovação legislativa que atende a compromisso internacional assumido pelo Brasil, na Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (BRASIL, 2000), que no seu art. 1º estabelece que os países aderentes deverão tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que (segundo suas leis) passa a ser delito criminal a conduta intencionalmente adotada por qualquer pessoa, de oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, visando uma ação ou a omissão desse funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.

No plano de temas específicos ou setoriais, cumpre consignar, além da corrupção eleitoral, já mencionada no Capítulo anterior, conforme art. 299, do Código Eleitoral (BRASIL, 1965a), o crime de corrupção (ativa) de testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação, previsto no art. 343, do Código Penal (BRASIL, 1940), bem como a corrupção (passiva) e concussão praticada especificamente por funcionário público da administração fazendária, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente, previsto no art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90 (BRASIL, 1990d).

No art. 343, do Código Penal (BRASIL, 1940), a pena é de três a quatro anos de reclusão, aumentando-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal. No art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90 (BRASIL, 1990d), a pena privativa de liberdade é de três a oito anos. Para estes delitos corruptivos setoriais vale a mesma crítica já apontada, neste sub-tópico, no tocante aos quantitativos das penas privativas de liberdade (BITENCOURT, 2012, p. 1189).

Importante outrossim obter que as definições dos tipos de concussão, corrupção passiva e ativa, dos arts. 316, 317, 330 e 337-B, do Código Penal (BRASIL, 1940), todos crimes punidos apenas na modalidade dolosa, são de uma forma ou de outra, com pequenas variações, equivalentes às adotadas nos tratados internacionais

sobre o tema, subscritos pelo Brasil e incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, conforme já se relatou. Essas, portanto, servirão de balizas para os objetivos do presente trabalho científico, no tocante ao alcance da expressão corrupção.

O que cabe vincar, de qualquer forma, é que nos casos da corrupção passiva e corrupção ativa – arts. 317 e 333, Código Penal (BRASIL, 1940) –, se o funcionário público efetivamente pratica ou retarda o ato, ou ainda se omite, em tais hipóteses, a pena é agravada – art. 317, § 1º e art. 317, par. único, Código Penal (BRASIL, 1940) –, independente de gerar dano ao erário, prejuízo material ao patrimônio público. Já na tipificação do crime de concussão – art. 316, Código Penal (BRASIL, 1940) – não existe nenhuma agravante, quanto a tal aspecto.

Ou seja, no âmbito penal, a existência de dano não tem qualquer repercussão quanto à tipificação delituosa, podendo, contudo, influenciar: a) na fixação da pena já que o art. 59, do Código Penal (BRASIL, 1940) preceitua que as consequências do crime devem ser sopesadas na dosagem da pena; b) nos efeitos da condenação, pois o art. 91, I e II, “a”, do Código Penal (BRASIL, 1940) estabelece a certeza da obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, além da perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso; c) sobre a execução penal, pois o art. 33, § 4º, do Código Penal (BRASIL, 1940) estipula que o condenado por crime contra a Administração Pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Antes de encerrar este sub-tópico cumpre destacar que no direito penal (quando os agentes são pessoas físicas – vide sub-tópico 2.4.2.1 do capítulo anterior) vige apenas a responsabilidade subjetiva, de modo que a imposição de condenação fica condicionada à comprovação de culpabilidade, de efetivo dolo, vontade de agir e praticar as condutas previstas em dado tipo penal, ou culpa, quando o crime prevê essa modalidade de conduta. Uma consequência desse entendimento é o que estabelece o art. 386, V, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), no sentido de que o julgador deverá sempre decidir pela absolvição quando não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal. Sobre o tema:

Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência ou caracterizadoras de delinquência

econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa ('nullum crimen sine culpa'), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do 'versari in re illicita', banida do domínio do direito penal da culpa. (BRASIL, 2009a)

No caso dos crimes aqui tratados como foco central, quais sejam, os de concussão, corrupção passiva e corrupção ativa conforme arts. 316, 317 e 333, do Código Penal (BRASIL, 1940), exige-se o dolo para a configuração, não havendo hipótese de sanção a título de culpa, ante a ausência de expressa previsão legal.

### 3.2 OS PONTOS DE APROXIMAÇÃO ENTRE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, CORRUPÇÃO PENAL E OS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PREVISTOS NA LEI Nº 12.846/2013

Conforme pontuado no Capítulo I, a preocupação com o combate à improbidade na Administração Pública já é antiga, conquanto sob um enfoque mais estrito. Todavia, somente com a vigente Constituição (BRASIL, 1988), o tema ganhou dimensão e se espalhou também para uma tipificação mais explícita e ampla, com a estipulação inédita de uma responsabilização sob o prisma civil (mais propriamente responsabilização administrativa, aplicada na via judicial), que prevê em relação aos sujeitos ativos da improbidade a imposição de reparação do dano, cumulada com sanções específicas que a lei estipula. Neste sentido:

O enfoque de todas as Constituições republicanas desde 1891, salvo a de 1988, foi o da improbidade como fenômeno político-penal, sem destacar seu nomen iure como modalidade autônoma de ilícito, independentemente dos delitos de responsabilidade. Esse era o sentido terminológico que se emprestava à impunidade administrativa, tratada singularmente como improbidade, no âmbito constitucional precedente a 1988, mas somente em passant considerada também ilícito distinto do campo da responsabilidade administrativa.

[...]

É na Constituição Federal de 1988, portanto, que a improbidade administrativa foi tratada como ilícito de responsabilidade e ilícito extrapenal, num movimento inovador descentralizado e despreendido da tradição constitucional. (OSÓRIO, 2013, p. 99).

Relembre-se que a atual Constituição (BRASIL, 1988), referiu-se à improbidade administrativa, como: a) modalidade de crime de responsabilidade do Presidente da República; b) motivo impeditivo para o exercício da capacidade eleitoral passiva (art. 14, § 9º); c) motivo que interdita a manutenção dos direitos políticos (art. 15, V); d) conduta que implica na responsabilização dos agentes públicos em geral, dos três poderes e de todos os entes federados (art. 37, § 4º); e e) tipificação de uma

modalidade mais específica, no caso de mora na quitação de precatórios vencidos, que enseja a responsabilidade dos chefes do poder executivo (art. 97, § 10, III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT).

Dentre tais hipóteses, a que será aqui objeto de preocupação é a que trata da responsabilização dos agentes públicos de forma geral, considerada a sua abrangência sobre todos aqueles que exercem função pública, por força do que expressamente preceituam o *caput* e o parágrafo 4º, do art. 37, da Constituição (BRASIL, 1988), no sentido de que 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, bem como que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Vê-se assim que a tipificação de atos de improbidade administrativa e as respectivas sanções ficaram condicionadas ao princípio da reserva legal (GARCIA, 2010a, p. 126).

E, em obediência a esse mandamento constitucional, foi aprovada e sancionada a Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), que é aplicável aos três Poderes ou três funções do Poder Estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário), que Fábio Medina Osório (2013, p. 37) denomina de Lei Geral de Improbidade Administrativa (LGIA), equiparado a um Código Geral de Conduta, pois trata-se de:

[...] uma Lei Geral, de caráter nacional, seguindo o art. 37, § 4º, da CF. Isso significa que a lei alcança todos os agentes do setor público e todas as instituições públicas brasileiras, do Presidente da Nação até o mais humilde dos servidores, porque não faz ressalva. Diga-se que a única autoridade que ganhou uma referência autônoma, nesse tópico, foi o Presidente da Nação, no art. 85, V, da CF, mas tampouco tal previsão resulta suficiente a afastar essa máxima autoridade pública dos ditames da LGIA. Diga-se que nem mesmo a prerrogativa de foro alteraria esse quadro institucional, visto como não teria força para eliminar o caráter geral do Código em comento. (OSÓRIO, 2013, p. 163-164)

Essa lei prevê três ordens de sanção para a improbidade administrativa, conforme a tipologia adotada, qual seja, atos que importem em enriquecimento do agente público (art. 9º), que causem dano ao erário (art. 10), ou que violem os princípios da Administração Pública (art. 11) (GARCIA, 2010a, p. 126).



De outra banda, como se viu, os tipos penais de corrupção passiva e concussão importam nas condutas de solicitar, receber, aceitar vantagem ou exigir, direta ou indiretamente, em razão da função, vantagem indevida. Vide arts. 316, 317, Código Penal (BRASIL, 1940).

A corrupção ativa consiste em oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para influenciá-lo a agir e se omitir em relação a ato de ofício, ou mesmo retardá-lo.

Portanto busca a lei penal punir condutas de traficância da função pública e que atentam contra a moralidade e probidade administrativas, o interesse público (BITENCOURT, 2012, p. 1187,1195, 1270), e que ainda ameacem ou coloquem em risco o erário. Deveras, pois como já visto se é possível que tais condutas não necessariamente causem danos materiais ao erário, prejuízo econômico ao Estado, não é menos certo que por vezes acarretam tal consequência, a depender do ato de ofício que praticar ou deixar de praticar o sujeito ativo do crime, o agente público, sendo certo que, de qualquer modo, acutilado ficará em qualquer caso o princípio da moralidade administrativa.

Já se destacou também que são crimes formais, que se configuram independente da adesão do agente público, no caso de corrupção ativa, ou do particular, no caso da corrupção passiva e da concussão.

Portanto, aqui já é de se lembrar que, no tocante à conduta do agente público, quanto aos crimes corrupção passiva e concussão, solicitando, aceitando promessa ou exigindo vantagem indevida do particular, para praticar ato de ofício, mesmo que não se tenha o atendimento (dessa solicitação, promessa ou exigência), pelo particular, configurados estarão os tipos penais. Como o bem jurídico protegido pela lei penal é o Estado, sob o enfoque da moralidade e a probidade administrativa, estará também configurado, na hipótese, ato de improbidade administrativa, que malfere os princípios da Administração Pública (cujos conteúdos já foram abordados no Capítulo I do presente trabalho), notadamente o da legalidade e moralidade, conforme art. 11, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), que tipifica posturas ímprobas, independente de prejuízo ao erário e de obtenção de vantagem indevida pelo agente público. No caso o que previsto no caput do art. 11, colhe, sob o prisma da improbidade administrativa, a hipótese aqui tratada:

Lei nº 8.429/92

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os

deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]

De outro lado, nos cenários em que há exaurimento das condutas criminais de solicitar ou exigir vantagem indevida, ou, melhor, quando aperfeiçoada a conduta de receber tal vantagem, mesmo que inexistente o prejuízo material ao erário, o paralelo sob a perspectiva de responsabilidade civil, por improbidade administrativa, encontra-se nos arts. 3º, 6º e 9º, I, II, III, V, VI, VIII, IX, X, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), colhendo-se as condutas dos agentes públicos (corrompidos) que receberam a vantagem indevida e dos particulares (corruptores) que induziram, concorreram, ou se beneficiaram com este ato de improbidade administrativa.

Isso porque na letra desse artigo 9º, constitui ato de improbidade, constituindo enriquecimento ilícito, auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade conforme definidos nos arts 1º e 2º, da mesma Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b). Destaque-se que nos incisos do art. 9º, inserem-se várias condutas concretas e exemplificativas, portanto não exaustivas de enriquecimento ilícito que caracteriza ato de improbidade pois no *caput* deste dispositivo, antes de elencar os incisos, utiliza-se o advérbio “notadamente” (PAZZAGLINI FILHO, 2005a, p. 62). Assim, qualquer enriquecimento ilícito, em razão da função pública exercida constitui ato de improbidade administrativa que se identifica, inexoravelmente, com o tipo penal da corrupção passiva na modalidade receber vantagem indevida.

E todas essas tipificações dos incisos do art. 9º, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b) consistem em possibilidades de ações ou omissões do sujeito ativo (agente, funcionário público), perpetradas mediante a percepção ou recebimento de vantagem econômica indevida, no exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública. Em análise a este dispositivo da lei de improbidade, Emerson Garcia anota que, além do dolo do agente, são elementos de sua configuração:

a) o enriquecimento do agente; b) que se trate de agente que ocupe cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades elencadas no art. 1º, ou mesmo o *extraneus* que concorra para a prática do ato ou dele se beneficie (arts. 3º e 6º); c) a ausência de justa causa, devendo se tratar de vantagem indevida, sem qualquer correspondência com os subsídios ou vencimentos recebidos pelo agente público; d) relação de causalidade entre a vantagem indevida e o exercício do cargo, pois a lei não deixa margem a dúvidas ao falar em ‘vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo ...’ (GARCIA, 2010d, p. 302)

Havendo prejuízo ao erário, o que é dispensável, reafirme-se, para a configuração, consumação, dos crimes de corrupção passiva, concussão e corrupção ativa, a conduta será ainda colhida pelo art. 10 da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), que prevê, a mesma fórmula casuística de estabelecer no *caput* que constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres, ao erário, às entidades elencadas no art. 1º, para depois exemplificar condutas em seus incisos (PAZZAGLINI FILHO, 2005a, p. 81).

De qualquer forma, mesmo na presença de dano ao erário, se estiver ainda configurada a obtenção de vantagem indevida pelo agente público, a tipificação da improbidade se desloca para o art. 9º, da lei de improbidade administrativa. Neste sentido:

Além do dano ao patrimônio público, não raro ocorrerá que os atos de improbidade enquadrados na tipologia do art. 10 resultem em enriquecimento ilícito de terceiros, o que tornará aplicável a sanção de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio destes (art. 12, II). Tratando-se de vantagem indevida auferida pelo próprio agente público, ter-se-á o deslocamento da tipificação para uma das figuras do art. 9º da Lei nº 8.429/1992. (GARCIA, 2010d, p. 321)

Observe-se no mais que à semelhança do art. 327, do Código Penal (BRASIL, 1940), igualmente amplo é também o significado de agente público, para fins de responsabilização civil por improbidade administrativa, nos arts. 1º e 2º, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), quer seja, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. Inclui-se ainda os atos praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Portanto, quanto aos sujeitos ativos dessas condutas violadoras da moralidade e probidade administrativas, previstas no art. 9º, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), que pressupõe enriquecimento ilícito ou a percepção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, pelo agente público, em razão do cargo, cumpre anotar que não há praticamente diferenças para fins de responsabilização penal e por improbidade administrativa, tratando-se de corrupção. Aliás, para qualquer das condutas violadoras da probidade administrativa é inegável a identidade do que vem a ser agente público na esfera da improbidade administrativa e na esfera penal de crimes praticados contra a administração pública.

Sob o prisma da abrangência do momento em que dada pessoa se torna funcionário ou agente público, vê-se que no âmbito penal, ao menos para os delitos de concussão e corrupção passiva – arts. 316 e 317, Código Penal (BRASIL, 1940) – é colhida a conduta daquele (sujeito ativo do crime), que ainda não exerce a função, mas tem real expectativa de assumi-la, ou está temporariamente afastado (na letra da lei: *ainda que fora da função, ou antes de assumi-la ...*), desde que o recebimento da vantagem se dê em razão da prática, da omissão, ou do retardamento de ato de ofício, que seja de sua competência. A doutrina aponta nesse sentido inclusive (BITENCOURT, 2012, p. 1187, 1195-1196; CAPEZ; PRADO, 2013, p. 635, 640).

Ao passo que para o ato de improbidade, conforme arts. 1º e 2º, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), há entendimento doutrinário de que determinados agentes de fato também podem ser considerados agentes públicos e praticar atos de improbidade administrativa:

[...] os denominados agentes de fato, em contraposição aos agentes de direito, somente serão considerados agentes públicos (para fins da Lei de Improbidade) quando assumirem tal posição por força de ato voluntário do ente lesado tendo por fim, a consecução, ainda que dissimulada, de um objeto lícito.

[...] podem ser divididos em duas categorias: os agentes necessários e os putativos. São agentes necessários aqueles que, em colaboração e com aquiescência do poder público, executam determinada atividade em situação excepcional (v.g.: calamidade pública, guerra etc.). Agentes putativos são todos aqueles que, embora não tenham vínculo com a estrita observância do procedimento previsto em lei, desempenham uma atividade pública com presunção de legitimidade (v.g. agente admitido em cargo efetivo sem a realização de concurso público etc.) (GARCIA, 2010c, p. 267-268)

Num olhar em perspectiva tem-se, portanto, que sob a égide da lei de improbidade administrativa o que é denominado “agentes de fato”, pela doutrina, enquadra-se na definição prevista no *caput* do art. 327, do Código Penal (BRASIL, 1940), que considera funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora

transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. A similaridade e os pontos de aproximação são notórios.

Outrossim, já se viu no sub-título anterior que o direito penal não alberga a tese da responsabilidade objetiva (ao menos em relação à responsabilidade penal das pessoas físicas). Os crimes são punidos sempre quando presente uma conduta dolosa ou a culposa (e esta somente quando expressamente prevista no tipo incriminador).

Assim como na esfera penal, a responsabilidade objetiva não tem guarida também quanto à punição por ato de improbidade administrativa, pois as condutas descritas na Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b) devem ser dolosas ou culposas. A doutrina, com alguma variação sobre quais condutas específicas admitiriam também a culpa, além do dolo, aponta claramente neste sentido (OSÓRIO, 2013, p. 215; PAZZAGLINI FILHO, 2005a, p. 61, 79, 113; GARCIA, 2010d, p. 363). No ponto anote-se que o Superior Tribunal de Justiça, a teor do art. 926, caput e art. 927, § 5º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c), publicou em seu site oficial, Tese nº 1 sobre o tema, com arrimo em julgados de suas Turmas:

1) É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário. (BRASIL, 2015f).

No mais, cumpre vincar, que ainda como sujeitos ativos, passíveis de enquadramento nas penas da lei de improbidade encontram-se os particulares que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem, sob qualquer forma, direta ou indireta, conforme arts. 3º e 6º, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b). Observa-se, dessa forma, que o particular somente será responsabilizado, pelo ato de improbidade administrativa se houver também um ato de improbidade de agente público (GARCIA, 2010c, p. 282) (PAZZAGLINI FILHO, 2005, p. 27,28). Sobre o tema, em atendimento ao art. 926, caput e art. 927, § 5º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c), o Superior Tribunal de Justiça fixou e publicou em seu site oficial, a Tese nº 8 (entendimento), baseada em julgados de suas Turmas:

8) É inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda. (BRASIL, 2015g)

E essa lacuna de responsabilização administrativa (estrito senso) e civil (administrativa na via judicial) do particular, quando se tratar de pessoa jurídica, vem a ser suprida pela Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), lei anticorrupção, inclusive sob a ótica da responsabilidade objetiva, conforme seu art. 1º, mormente quando o ato de corromper, conduta do art. 333, do Código Penal, nas ações típicas oferecer e prometer, não encontra receptividade do agente público (o que impossibilita a responsabilização do particular, no caso a pessoa jurídica, por ato de improbidade administrativa). Confira-se:

Lei nº 12.846/2013

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;

Vê-se assim que existem, no tocante à corrupção pública, claros e concretos pontos de contato entre a responsabilização penal do agente público e do particular (pessoas físicas), com aquela decorrente dos atos de improbidade administrativa dos agentes públicos e dos particulares (pessoas físicas/naturais e pessoas jurídicas/morais). E, mais recentemente, dessas duas hipóteses de responsabilidade com a da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), essa destinada à responsabilização objetiva, administrativa (estrito senso) e civil (administrativa na via judicial) das pessoas jurídicas.

### 3.3 OS PONTOS DE APROXIMAÇÃO ENTRE OS CRIMES DA LEI DE LICITAÇÕES, OS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PREVISTOS NA LEI ANTICORRUPÇÃO E OS ATOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Cumprindo observar, com Enzo Roppo (1988, p. 342-343), que não é só atuando de forma unidimensional, aliás, cada vez mais intensa a regular os regulamentos contratuais, v.g., Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990b), Lei dos Planos de Saúde (BRASIL, 1998c); Código Civil (BRASIL, 2002a), Lei do Inquilinato (BRASIL, 1991) etc., que se tem a ação administrativa, visto que o Poder Público também necessita, para o desenvolvimento de suas atividades, ter acesso aos mais variados bens e serviços produzidos e prestados por particulares, empresas privadas, o que

gerou a participação cada vez mais intensa dos entes públicos no tráfego contratual, ou seja, também como protagonistas nas transferências de riquezas.

Ou seja, se é certo que nos termos do art. 174, Constituição (BRASIL, 1988), compete ao Estado “[...] a fiscalização das atividades econômicas [...] a função de incentivador e planejador, sendo obrigatório no setor público e recomendável sua atuação no setor privado [...]” (LAMY, 2014, p. 66-67), é também indene de dúvidas que o Estado é um grande consumidor, de bens, insumos e serviços, produzidos e ofertados no (e pelo livre) mercado.

Os contratos firmados pela Administração Pública têm significativo impacto na economia, consistindo em intensa relação entre o Estado (inclusive suas entidades paraestatais) e o setor produtivo, isto é, com os agentes de mercado. Não se trata de uma afirmação de caráter meramente empírico. É possível se ter uma ideia de tal dimensão, através de dados colhidos no Painel de Compras de Governo Federal, no âmbito do SIASG (Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão), que apresenta em um só local os principais números das contratações públicas e tem por finalidade oferecer um panorama dos gastos públicos e do comportamento licitatório no âmbito da Administração Pública Federal (BRASIL, 2016f).

Acessando o referido aplicativo, Painel de Compras do Governo Federal (BRASIL, 2016f) e delimitando-se a pesquisa para os últimos seis anos, optando-se por dados globais anuais de quantitativo de contratos e valores, em pesquisa realizada em 27.10.2016, utilizando-se: a) Dimensão: Ano; b) Métrica: Quantidade de Compra e Valor de Compra, obteve-se o seguinte resultado, relativamente à Administração Pública Federal:

Ano	Quantidade de Compras	Valor da Compra
2011	178.569	R\$ 38.816.474.790,37
2012	169.223	R\$ 66.619.916.064,49
2013	159.418	R\$ 51.426.174.272,71
2014	144.990	R\$ 74.284.303.905,70
2015	105.444	R\$ 43.845.462.690,29
2016	61.090	R\$ 27.724.193.366,09
<b>TOTAIS</b>	<b>818.734</b>	<b>R\$ 302.716.525.089,63</b>

Acresça-se a estes dispêndios de recursos públicos, em contratos de aquisição de bens, insumos e serviços, os que são realizados pelos demais vinte e sete Governos dos Estados da Federação, além dos mais de 5.560 municípios, quantitativo



que consta dos dados demográficos do Sistema IBGE de recuperação automática – SIDRA (BRASIL, 2010). Ante tais dados, vale registrar o apontamento de Jaques F. Reolon sobre a pena administrativa de inidoneidade aplicada ao licitante, pelo Tribunal de Contas da União, na forma do art. 46, da Lei nº 8.443/92 (BRASIL, 1992c), impedindo quem é apenado de participação em novos certames pelo prazo de até cinco anos. Daí que:

Em termos pragmáticos, a importância da legalidade no manejo dessa sanção deve-se basicamente aos seus efeitos econômicos devastadores na atividade finalística de muitas empresas ou licitantes pessoas físicas que ficam impedidas de participar de licitações realizadas com recursos públicos federais por um período de até cinco anos.

Não se deve olvidar que as compras governamentais são indutoras da atividade econômica e representam parcela significativa das receitas de licitantes; de alguns, a totalidade, via de consequência, ceifam também inúmeros empregos. (REOLON, 2014, p. 118)

E os contratos celebrados com o Poder Público se implementam a partir peculiaridades próprias, sob a regência e observância de postulados setoriais, no caso do direito administrativo. No Brasil as contratações do setor público se dão, notadamente, sob a égide dos princípios constitucionais da Administração Pública, quer seja, da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência, consoante art. 37, *caput*, da Constituição (BRASIL, 1988) e, especialmente, como regra, mediante prévio procedimento licitatório, *ex vi* do art. 37, XXI; art. 175; também da Constituição (BRASIL, 1988). Com tal arcabouço jurídico visa-se conferir isonomia e impessoalidade no trato da Administração Pública com particulares, buscando impor ambiente de leal e real competição, entre os interessados em contratar com a Administração Pública direta e indireta, com o desiderato de obter a contratação mais vantajosa e com o menor custo para o erário e para o interesse social, dispensando-se tratamento isonômico e imparcial aos licitantes, contratantes e, enfim, aos interessados em celebrar contratos com a Administração Pública.

Em reforço ao que já se afirmou, a licitação ou o procedimento licitatório, que é o certame através do qual as entidades governamentais realizam suas contratações, abrindo a disputa entre os interessados em firmar com elas relações de conteúdo patrimonial, visando escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas, é um imperativo que decorre dos princípios da igualdade de todos perante a lei e da impessoalidade, que inclusive deve se impor também nos casos de permissões de uso exclusivo de bem público, ou qualquer ato da administração que pretenda investir

terceiros no desfrute de situação jurídica especial à qual outros administrados, particulares, podem ter interesses (MELLO, 2015, p. 536-538). Decorre ademais da imparcialidade e da consideração e respeito que a Administração Pública deve a todos dispensar, atendendo ao princípio da moralidade administrativa (DIAS, 2009, p. 69).

O procedimento licitatório visa assim, de um lado conferir eficiência à aplicação dos recursos públicos, através da obtenção da melhor proposta para a contratação que vier a ser celebrada (mormente preço e qualidade), além de propiciar, de forma impessoal, que todos os interessados em firmar contratos com a Administração Pública, que atendam aos requisitos de qualificação técnica, profissional e jurídica, possam apresentar suas propostas, que serão apreciadas com imparcialidade e critérios previamente fixados na lei e no edital de licitação (regras e condições pré-fixadas, publicamente, para cada certame).

Desta forma, considerado o volume de recursos empregados cotidianamente nas contratações realizadas pelas Administrações Públicas Federal, Estadual e Municipal, direta e indireta (o que inclui, portanto, as suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, enfim as entidades paraestatais), é indubitoso que se trata de campo fértil para que aí se instale práticas corruptas.

A Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b) regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição (BRASIL, 1988) e estabelece as regras gerais acerca das licitações na Administração Pública, as modalidades de licitação (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão) e as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação. Outras modalidades, contudo, podem ser estabelecidas por lei. Foi o que ocorreu com a Lei nº 10.520/2002 (BRASIL, 2002c), que criou e disciplinou a modalidade conhecida como pregão, inclusive autorizando a utilização de recursos de tecnologia da informação (pregão eletrônico), nos termos de regulamentação específica, visando tornar mais ágil e eficiente a ação administrativa sobre o tema. A regulamentação do pregão eletrônico deu-se através do Decreto nº 5.450/2005 (BRASIL, 2005), e do Decreto nº 5.504/2005 (BRASIL, 2005a). E, o pregão constitui hodiernamente, ao menos na Administração Pública, a modalidade licitatória mais utilizada para contratação, conforme verifica-se de dados disponíveis no sítio eletrônico Painel de Compras do Governo Federal (BRASIL, 2016f), referente ao ano de 2016, até 27.10.2016:

<b>Modalidade de Compras</b>	<b>Quantidade de Compras</b>	<b>Valor da Compra</b>
Tomada de Preços	167	R\$ 58.407.203,10
Concorrência	146	R\$ 410.465.238,25
Convite	43	R\$ 2.172.767,08
Concorrência Internacional	3	R\$ 1.909.336,98
Pregão	12.866	R\$ 12.500.604.592,76
Dispensa de Licitação	37.791	R\$ 8.489.580.516,95
Inexigibilidade de Licitação	10.064	R\$ 6.259.634.990,97
Concurso	10	R\$ 1.418.720,00
<b>TOTAIS</b>	<b>61.090</b>	<b>R\$ 27.724.193.366,09</b>

Aliás, nessa perspectiva de que o Estado atua e influencia o mercado como um grande consumidor de bens, insumos e serviços, tem-se, inclusive, sob a égide do direito econômico, de condutas violadoras da livre concorrência, previsão legal específica de infração administrativa contra a ordem econômica (e respectiva sanção), por violação à competitividade nas licitações públicas.

Nesse sentido o art. 2º, IV, “b”, Lei nº 4.137/62 (BRASIL, 1962), já previa expressamente como abuso do poder econômico o exercício de concorrência desleal mediante combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa. Esse diploma legal foi revogado pela Lei nº 8.884/94 (BRASIL, 1994), que em seu art. 20, VIII, também tipificou de forma similar essa conduta anticoncorrencial voltada estritamente para as licitações promovidas pela Administração Pública. Por fim, a Lei nº 8.884/94 (BRASIL, 1994) foi revogada pela Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011c), atualmente em vigor, que em seu art. 36, § 3º, I, “d”, estabelece que constitui infração à ordem econômica acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, os preços, as condições, as vantagens ou a abstenção em licitação pública.

Tratam-se de infrações administrativas que são apuradas, e quando identificadas, punidas pelo CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ente autárquico da Administração Pública Federal, vinculado ao Ministério da Justiça, atualmente composto de um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, de uma Superintendência-Geral, e de um Departamento de Estudos Econômicos conforme art. 4º, da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011c). Tal estrutura punitiva encontra fundamento de validade no art. 24, I e art. 173, §§ 4º e 5º, da Constituição (BRASIL, 1988).

Na tutela específica do mercado e do consumidor, o art. 4º e incisos, da Lei nº 8.137/90 (BRASIL, 1990d) tipifica os crimes contra a ordem econômica, tutelando mormente a livre concorrência. No ponto vale observar que:

Atualmente, mesmo nos modelos econômicos mais liberais, nota-se a preocupação com os cartéis e a criação de regramentos para coibi-los. Isso porque a eficiência econômica deve sustentar-se em uma ordem econômica juridicamente determinada, atendendo assim, aos anseios de que o Estado garanta e regule a competitividade entre os mercados.

Seguindo tendência mundial, nosso ordenamento jurídico prevê regras, na seara administrativa, penal e civil, voltadas para o objetivo de desencorajar e coibir a prática infracional desestabilizadora do principal pilar do sistema capitalista: a livre concorrência. (BRANCO, 2008, p. 139)

Na Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), que encontra fundamento de validade no art. 22, XXXVII e art. 37, XXI, da Constituição (BRASIL, 1988) estão previstas as infrações e sanções administrativas para atos que atentem contra a regularidade das licitações e contratos públicos, assim como o estabelecimento de tipos penais, que visam tutelar o mesmo fim.

Reavive-se mais uma vez a constatação de que o Estado é um grande consumidor e realiza cotidianamente um grande número de contratações. Ocorre que quando vai ao mercado para adquirir produtos, insumos e serviços, o faz por meio de disciplina própria, notadamente a observância de prévia licitação, que pressupõe a observância de postulados como o do tratamento isonômico e impessoal a ser dispensado aos licitantes, num procedimento que tem como desiderato a efetiva e leal competitividade entre esses licitantes, para que as contratações estatais se deem à vista da seleção da proposta mais vantajosa, tutelando-se assim o erário, o interesse público e o bem comum:

Logo, constituindo-se a essência da licitação a promoção da justa disputa de interessados, alheios aos quadros estatais, em celebrar contrato com o Poder Público, enaltecendo-se a imparcialidade, é natural que o resultado deva ser promissor e vantajoso à Administração. Aliás, em qualquer ambiente de negócios privados busca-se, por estímulo à competição e à livre concorrência, o melhor negócio. [...] O Estado, não podendo sair em busca de um fornecedor de seu interesse, pois deve atuar com imparcialidade, produz por intermédio da competição regrada, o mesmo resultado: consegue o melhor produto com o mais baixo custo possível. (NUCCI, 2013, p. 471)

Essa intensa e complexa atividade de contratações dos mais diversos produtos e serviços, realizada cotidianamente pela Administração Pública, constitui também seara na qual vicejam os aproveitadores, isto é, aqueles que pretendem obter vantagens indevidas, contratações prejudiciais ao erário e aos interesses públicos, à

custa de fraudar o procedimento licitatório ou a própria execução dos contratos, que como já se afirmou, constitui campo igualmente fértil para a corrupção.

Cabe obter-se que as licitações e contratos, de forma geral (e notadamente em setores monopolizados ou oligopolizados), propiciam uma oportunidade econômica para que viceje a corrupção:

O governo compra e vende bens e serviços, distribui subsídios, organiza a privatização de empresas estatais e faz concessões. As autoridades freqüentemente (sic) detêm monopólio de informações valiosas. Todas essas atividades criam incentivos para a corrupção.

Quando o governo está na posição de comprador ou na de fornecedor, surgem diversas razões para o pagamento de propinas aos agentes públicos. Primeira: uma companhia pode pagar para que seja incluída no rol de concorrentes habilitados. Segunda: essa companhia pode pagar para que agentes organizem as especificações da concorrência de tal modo que a empresa corrupta seja a única a atender os requisitos. Terceira: a companhia pode pagar para ser selecionada como vencedora da concorrência. Finalmente: uma vez selecionada a empresa pode pagar para obter preços inflacionados ou para poupar em qualidade. (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 64)

Tome-se nessa perspectiva os dados de investimento da Petrobrás, sociedade de economia mista e capital aberto, com controle acionário da União, conforme arts. 61 a 66 da Lei nº 9.478/97 (BRASIL, 1997), contando com 725.447 acionistas, que atua de forma integrada e especializada (inclusive através de subsidiárias suas) na indústria de óleo, gás natural e energia, com produção diária de 2 milhões 787 mil barris de óleo, através de 16 refinarias, sendo três no exterior, com presença global em 19 países (PETROBRÁS, 2016).

A Petrobrás, em seu Relatório da Administração 2015 (PETROBRÁS, 2016a, p. 28), indica que fez investimentos reais em 2014, no montante de: R\$ 87,1 bilhões e, em 2015, 76,3 bilhões. E suas contratações não se encontram albergadas nos números já apresentados do painel de compras do governo federal (BRASIL, 2016f), pois regem-se por regime simplificado ou especial de licitação, conforme art. 67 da Lei nº 9.478/97 (BRASIL, 1997) e Decreto nº 2.745/98 (BRASIL, 1998) e, atualmente, na forma da Lei nº 13.303/2016 (BRASIL, 2016d) que, no entanto, expressamente prevê, no seu art. 41, que às licitações e contratos por ela regulados, se aplicam normas de direito penal contidas nos arts. 89 a 99 da Lei no 8.666/93 (BRASIL, 1993b). Considerando de qualquer forma essas licitações para contratos de infraestrutura, que envolvem cifras vultosas, vale observar que:

Certas decisões como aquelas que concernem às concorrências e à infraestrutura (sic) governamentais somente podem ser tomadas em escalões superiores do governo. [...] (Quanto maior a complexidade do projeto mais

difícil é provar que foi o suborno, e não especificações técnicas, que determinou o resultado da licitação). (ELLIOTT, 2002, p. 278)

Ademais tais números revelam que o Estado brasileiro, seja diretamente, seja através de empresas nas quais detém o controle acionário, realiza contratações de vulto, o que justifica, sem sombra de dúvidas, a preocupação legislativa de tutelar as licitações e contratações públicas, através da lei anticorrupção, Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b).

A economista americana e professora da escola de Direito da Universidade de Yale, Susan Rose-Ackerman, Ph.D. em economia e ex-pesquisadora do Banco Mundial, perguntada sobre os problemas de corrupção envolvendo a Petrobrás, amplamente divulgados na mídia, em entrevista publicada no site da Revista Época, em 06.01.2016, dentre outros diagnósticos e sugestões, ponderou:

É preciso se perguntar o que está motivando as pessoas a pagar propinas e tentar mudar as estruturas institucionais para que os incentivos à corrupção não sejam tão altos. É muito importante 'quebrar' essa ligação entre o financiamento político e os gastos públicos. Poder ser difícil, mas é um ponto-chave a atacar. Nos contratos de infraestrutura, que são os mais caros, é preciso 'quebrar' os acordos de empresas nas licitações. Também deve haver mais transparência nos processos de licitação [...] (ROSE-ACKERMAN, 2016)

Não foi por outro motivo que os mesmos tipos penais previstos nos arts. 90, 92, 93, 95 e 96, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), serviram de espeque ou inspiração para a tipificação de alguns dos atos lesivos contra a Administração Pública nacional e estrangeira, previstos na Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), a lei anticorrupção. Observe-se:

Lei nº 8.666/93

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

[...]

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei. Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

[...]

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Lei nº 12.846/2013

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:

[...]

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;

Desta forma, à semelhança da esfera penal, todas as condutas da lei anticorrupção revelam sempre o objetivo de tipificar as condutas lesivas às licitações e contratos da Administração Pública, para fins de responsabilização administrativa (estrito senso) e civil (administrativa na via judicial), notadamente sob a perspectiva da fraude (CARVALHOSA, 2015, p. 216-217).

Mas um ponto que une todas essas condutas delituosas é o sujeito passivo, a vítima dos crimes, que são as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado



que se qualifiquem como entes da Administração Pública indireta (v.g. empresas públicas e sociedades de economia mista), obrigadas legalmente a adotar o procedimento licitatório. No ponto vide a definição da própria lei de licitações (BRASIL, 1993b):

Lei nº 8.666/93

Art. 85. As infrações penais previstas nesta Lei pertinem às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, e quaisquer outras entidades sob seu controle direto ou indireto.

Note-se inclusive que, na preocupação de tutelar as licitações e contratos administrativos, por vezes a Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b) apresenta superposição de circunstâncias fáticas, condutas, ou a repetição e pontos de intersecção quanto a situações análogas, nos tipos penais nela previstos. Veja-se

Art. 90.

[...]

Se mencionasse apenas, por exemplo, 'frustrar por qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório' teria atingido o seu propósito. Aliás se a frustração se dá por meio fraudulento (ilusório, enganoso) ou por qualquer outro mecanismo, parece-nos, irrelevante. Logo, a conduta fraudar é, também, um excesso.

Art. 95

[...]

Se o agente atua para eliminar o caráter competitivo da licitação incide na figura do art. 90. Se agir para fraudar qualquer ato licitatório incide no tipo penal do art. 93. Enfim, desnecessário incluir, novamente, o afastamento de licitante, por meio de fraude no art. 95

Art. 96

[...] a elevação arbitrária de preços se tiver por fundamento um ajuste entre licitantes, para eliminar o caráter competitivo da licitação, visando à obtenção de maior lucro, pode inserir-se na figura do art. 90 desta Lei. (NUCCI, 2013, p. 470-471, 478, 481)

Cotejando, através de uma simples leitura, os dispositivos penais dos arts.90, 92, 93, 95 e 96, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), com as condutas lesivas previstas no art. 5º, IV, alíneas "a" a "g", tem-se a perfeita identidade de ações típicas, de modo a fazer incidir o direito sancionador do Estado, sob as perspectivas penal (judicial) e administrativa, extrajudicial ou judicialmente (esta denominada como decorrente de responsabilidade civil).

As condutas do art. 5º, IV e alíneas, lesivas a licitações e contratos, à semelhança dos crimes da Lei nº 8.666/93(BRASIL, 1993b), não necessariamente envolvem sempre a participação de agente público, já que há casos em que as fraudes são praticadas entre os licitantes, combinando preços e condições de fornecimento,

ou ainda, decidindo previamente quem vai ser habilitado ou não, visando frustrar os objetivos e o caráter competitivo do certame.

É o que ocorre, *v.g.*, com a ação típica do art. 5º, IV, “a” da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), que se identifica com a capitulação do crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), observando-se apenas que na conduta penal se exige ainda que o agente tenha o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Para esse tipo penal de frustração ou fraude ao procedimento licitatório, o que se tutela é a moralidade administrativa e a lisura da licitação (COSTA JR., 1994, p. 20), ou seja, a competição do procedimento licitatório, como objeto material e a proteção patrimonial e moral da Administração Pública, no aspecto jurídico, sendo certo que é crime próprio e o sujeito ativo há de ser um participante da licitação, diante da finalidade específica de obter vantagem indevida para si ou outrem, decorrente da adjudicação do objeto da licitação (NUCCI, 2013, p. 471). Adjudicação, por sua vez é “[...] o ato pelo qual a promotora do certame convoca o vencedor para travar o contrato em vista do qual realizou-se o certame” (MELLO, 2015, p. 624).

Assim, sob o aspecto penal é punível a conduta de qualquer participante da licitação, ainda que sem a coautoria ou adesão do agente público ou mesmo de outro licitante, embora seja natural (NUCCI, 2013, p. 472) e, no mais das vezes ocorre, a associação entre licitantes para a prática desse delito (CASTRO e ANDRADE, 2009, p. 192-193). Aliás, nem mesmo é exigida para a tipificação a efetiva obtenção da vantagem indevida, mas só o intuito de obtê-la (NUCCI, 2013, p. 471).

Não há, portanto, como sustentar o entendimento doutrinário (CARVALHOSA, 2015, p. 215) de que todas as condutas do art. 5º, IV, e suas alíneas, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), exigem para sua configuração a necessidade de participação do agente público (em conjunto com pessoa jurídica), ou mesmo de mais de um licitante, embora (repise-se) tais conluíus, ordinariamente, acabem se concretizando. Isso porque a lei anticorrupção tem como desiderato justamente o outro lado da relação Estado-particular, no caso as pessoas jurídicas que participem das licitações públicas.

Reafirme-se, portanto, que sob o prisma penal não se exige esse ajuste (acordo de vontades entre o particular e o agente público, ou a adesão deste, para a configuração do crime de corrupção ativa), sendo certo, contudo, que no mais das

vezes é o que se verifica, inclusive com a tipificação de delito de corrupção passiva do agente público:

Sujeito ativo do delito é, em regra, o particular que concorre ao certame licitatório, que pode atuar, em concurso, com outros participantes da licitação (na hipótese e ajuste ou combinação) ou mesmo sozinho (quando pratica qualquer outro expediente que viole o caráter competitivo do procedimento licitatório). Pode outrossim, o servidor público ser co-autor (sic), autor, ou partícipe do delito, caso não se concretize o crime de corrupção passiva (o que é claro exige o aperfeiçoamento das elementares deste tipo de injusto – art. 317 do CP) (CASTRO; ANDRADE, 2009, p. 192)

*Mutatis mutandis*, é o que também se extrai da leitura do art. 5º, I, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), sendo possível a configuração da prática infracionária de suborno (oferta ou promessa de vantagem indevida a agente público ou terceira pessoa a ele relacionada), mesmo que o agente público não aceite a vantagem ou não pratique nenhum ato de ofício em favor da pessoa jurídica (que seria a beneficiária do ato de corrupção). Em tal hipótese a pessoa jurídica responde por tal conduta delituosa, praticada em seu nome (responsabilidade objetiva), na forma da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), pois o seu art. 5º, I, não exige para a configuração da infração que o agente público aceite ou receba a vantagem indevida, nem tampouco que pratique ato de ofício em razão dela (vantagem indevida). Isto porque o que se tutela é também a moralidade administrativa.

No mais, sendo inexorável os aspectos similares e de contato entre as condutas dos crimes dos arts. 90, 92, 93, 95 e 96, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b) e os atos lesivos, para fins de responsabilização civil (administrativa na via judicial) e administrativa (estricto senso), previstos no art. 5º, IV, alíneas “a” a “g”, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), cumpre verificar como tais condutas são tratadas sob a perspectiva da improbidade administrativa.

Para tanto, é preciso relembrar e reforçar as premissas de que os atos de improbidade administrativa, previstos nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), somente são passíveis de punição, quando praticados de forma dolosa, conforme posição francamente majoritária na jurisprudência, que inclusive afirma que somente as condutas previstas no art. 10 admitem também a conduta culposa. Neste sentido a Tese nº 1 do Superior Tribunal de (BRASIL, 2015f), sobre improbidade administrativa, já mencionada no sub-tópico anterior do presente capítulo.

Imperioso observar também que, nos crimes do arts. 90, 93, 95, *caput* e parágrafo único, ou art. 96, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), os sujeitos ativos em regra não são agentes públicos, mas sim os participantes das licitações ou os contratados, sendo vítimas ou sujeitos passivos as entidades da Administração Pública direta ou indireta, que promovem as licitações e celebram os contratos respectivos. É bem verdade que nada obsta que agentes públicos possam ser coautores ou partícipes da empreitada criminosa, vindo também a ser responsabilizados criminalmente.

Todavia, não havendo a participação de agente público, é indene de dúvidas que não haverá responsabilização do particular (pessoa física ou jurídica), por ato de improbidade, nos termos de entendimento jurisprudencial majoritário quanto ao tema, consolidado na Tese nº 8 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015g), sobre improbidade administrativa já mencionado no sub-tópico anterior do presente capítulo.

Daí também a importância da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), que estabelece a responsabilidade objetiva (independente de dolo ou culpa) administrativa (estrito senso) e civil (administrativa na via judicial), dos licitantes e contratados pela Administração Pública, nos casos de fraudes, quando forem pessoas jurídicas, independente de coautoria ou participação de um agente público, ou de comprovação dessa *affectio societatis* entre a pessoa jurídica e um agente público, pois:

A grande finalidade da norma foi a de alcançar a outra ponta da relação de corrupção, que seria justamente a pessoa corruptora, que pratica atos lesivos à administração pública em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. (QUEIROZ, 2015, p. 307)

No caso do crime do art. 92, *caput*, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), a correspondente responsabilização por improbidade administrativa é inevitável, considerado que tal tipo penal tem como sujeito ativo, necessariamente, um agente público e, eventualmente (aliás muito provavelmente), um particular, o contratado (CASTRO; ANDRADE, 2009, p. 196; COSTA JR., 1994, p. 32; NUCCI, 2013, p. 474), pessoa física ou jurídica, conforme previsão no parágrafo único do mesmo dispositivo. Assim, configurada somente a figura do *caput*, será cabível a responsabilização do agente público por ato de improbidade administrativa.

Todavia, se aperfeiçoada a conduta do parágrafo único, do art. 92, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), também aquele (particular) que firmou o contrato com a Administração Pública, será responsabilizado juntamente com o agente público. A

tipificação da improbidade administrativa, no caso, poderá se dar sob a ótica do art. 9º, 10 ou 11, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), seja o que previsto na cabeça de tais dispositivos, seja em uma das situações exemplificativas de seus incisos, a depender da comprovação de que o agente público obteve vantagem indevida, causou prejuízo ao erário ou deixou de observar os princípios regentes da Administração Pública. Nesta hipótese haverá, independentemente, a responsabilização objetiva, administrativa (estricto senso) e civil (administrativa na via judicial), do contratado pessoa jurídica, conforme art. 5º, IV, “f” ou “g”, assim como art. 30, I e II, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b) (QUEIROZ, 2015, p. 291-295).

Reafirme-se, outrossim, que quanto aos crimes dos arts. 90, 93, 95, *caput* e parágrafo único, ou art. 96, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), tem-se que os sujeitos ativos, em regra são particulares, licitantes ou contratados pela Administração Pública. Logo, quando as ações típicas de tais delitos criminais forem realizadas por ou através de pessoa jurídica, caracterizadas estarão os ilícitos civis e administrativos previstos no art. 5º, IV, “a” a “e”, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), além da responsabilização objetiva, administrativa (estricto senso) e civil (administrativa na via judicial), das pessoas jurídicas envolvidas, se porventura houver a participação ou coautoria delituosa de agente público, o que aliás geralmente ocorrerá.

Aqui o raciocínio é o mesmo, pois será cabível também a responsabilização de ambos, agente público e licitantes ou contratados, por atos de improbidade administrativa, na forma dos arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), a depender do grau de participação, da existência de vantagem indevida recebida pelo agente público, do prejuízo ao erário ou, sem comprovação de tais circunstâncias, a responsabilidade por violação aos princípios regentes da Administração Pública, conforme as mesmas premissas já expostas neste sub-tópico e no anterior.

#### 3.4. O ALCANCE DO *NON BIS IN IDEM* EM RELAÇÃO ÀS ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE CORRUPÇÃO E FRAUDES A LICITAÇÕES E CONTRATOS

Como já visto, a responsabilização por fraudes a licitações e a corrupção pública recebe o influxo de normas de direito sancionador penal e administrativo (este seja na esfera extrajudicial e também judicial).

Para além do que visto até aqui, no campo penal, da improbidade administrativas e das condutas lesivas à Administração Pública, prevista na Lei nº

12.846/2013 (BRASIL, 2013b), é possível ainda vislumbrar que essas ações típicas recebam o influxo do direito administrativo sancionador em outras esferas, quais sejam, as punições administrativas previstas nos art. 87 e 88, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), aplicáveis inclusive no caso de atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação, consistentes em advertência, multas, suspensão temporária de participação em licitação e inidoneidade para licitar com o Poder Público.

Há também as sanções administrativas similares aplicáveis pelos Tribunais de Contas, que na esfera federal, têm previsão no art. 46 e 58, II, da Lei nº 8.443/92 (BRASIL, 1992c).

Não se olvide ainda a responsabilização do direito antitruste, perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no caso de atos lesivos à Administração Pública, relativas a práticas cartelizadoras em licitações públicas, consoante art. 36, incisos e parágrafos, da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011c), que podem se identificar com aquelas previstas no art. 5º, IV e alíneas, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), além, reafirme-se, da esfera penal, da improbidade administrativa e da responsabilização perante os Tribunais de Contas.

Tal cumulação de processos, instâncias e punições geram ou podem gerar questionamento se não estaria a se violar o princípio ou instituto do *non bis in idem*, em razão de condenações múltiplas pelos mesmos fatos.

Ou seja, cumpre abordar o aspecto relativo às cumulações de processos sancionadores e respectivas penas, acerca dos mesmos fatos, considerando o que previsto nas leis apontadas, sob a perspectiva de eventual alegação de violação ao *non bis in idem*.

Pois bem. De início mister observar que, conquanto não tenha previsão constitucional explícita, aponta a doutrina que o postulado do *non bis in idem* estaria “[...] constitucionalmente conectado às garantias de legalidade, proporcionalidade e, fundamentalmente, devido processo legal” (OSÓRIO, 2015, p. 293), consoante art. 5º, LIV, da Constituição (BRASIL, 1988), sendo de rigor reconhecer que o *non bis in idem* decorre mais do processo interpretativo do direito, do que de prescrições expressas na constituição ou nas leis (OSÓRIO, 2015, p. 324).

De outra banda é preciso não olvidar que o legislador, desde uma vertente de legitimação democrática, goza, no Estado Democrático de Direito (OSÓRIO, 2015, p. 140), de uma ampla liberdade para eleger os vários aspectos de um mesmo fenômeno violador dos interesses da sociedade, estabelecendo a carga sancionatória que deve

ser a ele dedicada, desde que respeitados os limites constitucionais, como *v.g.*, art. 5º, incisos XXXIX, XL, XLV, XLVI, LIV, LV, XLV, XLVII, da Constituição (BRASIL, 1988).

Aliás Fábio Medina Osório (2015, p. 293-294, 302, 306-307) que tem uma visão crítica sobre a interpretação restritiva da aplicação do princípio do *non bis in idem* (notadamente no Brasil), reconhece que no direito brasileiro o entendimento prevalente na jurisprudência é o da independência das instâncias:

No Brasil, a ideia preponderante sempre foi a de excluir a aplicabilidade desse princípio ao abrigo do argumento de que fatos acabam assumindo identidades distintas, desde diversas perspectivas normativas e valorações autônomas, além de existir independência entre as instâncias fiscalizadoras, à luz da separação de Poderes. (OSÓRIO, 2015, p. 295)

Registre-se a título de exemplo que o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1998d) ao julgar o Mandado de Segurança nº 22.728-PR deu como legítima a cumulação de pena de multa pelo Tribunal de Contas da União, com a pena de cassação da aposentadoria de agente público, aplicada pela Administração Pública.

Igualmente aquiesceu a Corte Suprema (BRASIL, 2006c), no julgamento do Agravo Regimental na Petição nº 3.606-9-DF, com a convivência das sanções de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, quando aplicadas pelo Tribunal de Contas da União e pela Administração Pública, conforme art. 46, da Lei nº 8.443/92 (BRASIL, 1992c) e art. 87, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b).

Todavia, o que existe, é bem verdade, como exceção à independência das instâncias, é a prevalência das decisões da Justiça Penal, em hipóteses nas quais tal instância reconhece situações específicas, que se mostrariam contraditórias com o poder sancionador estatal em outras esferas, quais sejam, nas situações de absolvição por comprovada a inexistência do fato, ou prova de que o autor não praticou o fato delituoso, e ainda se provada a existência de causas de exclusão da ilicitude, conforme art. 386, incisos I, IV e VI, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) (J. M. de SOUZA, 2015, p. 171; OSÓRIO, 2015, p. 296-299; QUEIROZ, 2015, p. 288)

Isso porque o direito penal sancionador é considerado mais criterioso em relação a outras esferas de responsabilização, ante o seu caráter fragmentário, de tipificar somente as condutas mais graves, passíveis de serem sancionadas com penas privativas de liberdade. Daí que no processo penal a busca pela denominada verdade material é ampla, não havendo limites, desde que lícitos, à produção



probatória, inclusive por meios que somente são possíveis nesta esfera, como *v.g.* a interceptação telefônica e telemática, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a ação controlada, a infiltração, por policiais, em atividade de investigação. Neste sentido o art. 5º XII, da Constituição (BRASIL, 1988) e o art. 3º, da Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013c).

Ante tal perspectiva, no direito penal as decisões vinculam-se a uma dogmática mais comprometida com direitos fundamentais, pois em tal campo, que guarda conexões profundas com o Iluminismo e o ideário e valores humanistas da Revolução Francesa, as garantias, tais como do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, *in dubio pro reo*, historicamente tiveram tratamento dogmático sofisticado e centrado na dignidade da pessoa humana, tendo assumido, o princípio da proporcionalidade, ares revolucionários. (OSÓRIO, 2015, p. 135, 327-328).

Sob outro prisma, pode-se ainda questionar se cabível a cumulação das sanções administrativas estrito senso e as civis (sanções administrativas aplicadas na via judicial), da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), com as sanções da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), que também têm fundamento no direito administrativo sancionador, conquanto submetido à judicialização. A resposta é positiva, pois “[...] ambas têm origem distinta e servem como preceito secundário de um subsistema específico” (QUEIROZ, 2015, p. 288-295). Ou, visto de outra maneira, ante a liberdade de conformação legislativa (limitada apenas a não desrespeitar garantias e direitos fundamentais), fatos unitários podem ser valorados desde perspectivas ou dimensões jurídicas distintas (OSÓRIO, 2015, p. 301, 310)

De mais a mais, as sanções da lei de improbidade atendem a mandamento constitucional imperativo, previsto no parágrafo 4º, do art. 37, da Constituição (BRASIL, 1988), estabelecendo que, sem prejuízo da ação penal cabível, os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei.

Nessa perspectiva, padeceria de inconstitucionalidade legislação que “[...] ao disciplinar a responsabilidade pelos atos anticorrupção, negasse a aplicação, ainda que parcialmente, das sanções previstas da Lei de Improbidade Administrativa”. (LEONEL, 2014, p. 509-510). Nessa análise, sobre tal peculiaridade do poder sancionador estatal em relação aos atos de improbidade administrativa, deve-se ainda levar em conta que:

É verdade que o art. 37, § 4º, da CF/88, não trata, especificamente, de quaisquer outras sanções que não as penais. Porém, ao estatuir que as sanções ali mencionadas são independentes das penais, porquanto a ação penal cabível ficou resguardada, o constituinte sinalizou que as sanções aos atos de improbidade ostentam autonomia perante o Direito Penal. E se essa autonomia se dá perante o mais grave dos ramos jurídicos, certamente também se dará perante outras ramificações do Direito, notadamente as responsabilidades civil e administrativa *stricto sensu*. (OSÓRIO, 2015, p. 343)

Esse entendimento quanto ao alcance do *non bis in idem* não elimina a sua relevância e incidência para vedar que qualquer autoridade estatal possa instaurar processo, e pretender sancionar (por mais uma vez) quem já foi julgado, condenado ou absolvido, em dada esfera (subsistema específico) do poder sancionador. Em tal hipótese a observância do *non bis in idem* é de rigor, para obstar o arbítrio e o abuso de poder estatal, sob a perspectiva da garantia fundamental do devido processo legal, conforme art. 5º, LIV, da Constituição (BRASIL, 1988) e, mais especificamente, do item 4, do art. 8º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, promulgada pelo Decreto nº 678/92 (BRASIL, 1992a), preceito legal que tem status diferenciado, de norma supralegal, abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna, considerada a sua temática, conforme entendimento que firmou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 349.703-1-RS (BRASIL, 2008).

Essa vedação do *bis in idem* faz também todo o sentido no que tange à reparação do dano, que não é medida punitiva, mas de caráter ressarcitório, de modo que havendo condenação (simultânea) a tal obrigação consideradas as várias esferas de responsabilização, a reparação integral ao erário só ocorrerá uma vez, sob pena de enriquecimento sem causa do ente estatal credor (QUEIROZ, 2015, p. 294; OSÓRIO, 2015, p. 114-116)

Jorge Munhós de Souza (2015, p. 175-178), analisando o sistema administrativo sancionador no tocante à incidência da lei anticorrupção, da lei de improbidade administrativa, da legislação penal e da lei de licitações, defende que a vedação do *bis in idem* não tem força pra impedir a instauração múltipla de investigações ou de apenamentos, a partir da perspectiva de que o legislador, na sua liberdade de conformação pode exasperar as consequências sancionadoras de dada conduta ilícita, o que não impede que concretamente se adote interpretação analógica, como o uso dos critérios de unificação de penas previstas no Código Penal,

nas hipóteses de concurso de crimes, destacando, no entanto, que tal operação só será possível no momento da execução das sanções.

Portanto, é preciso um olhar atento à cláusula do *non bis in idem*, no que tange à proporcionalidade na aplicação das sanções, que devem ser valoradas sob uma visão global, nos casos concretos postos à apreciação da autoridade administrativa ou judicial, através, *v.g.*, de regras do concurso formal ou crime continuado dos arts. 70 e 71, do Código Penal, por analogia, permitindo a relativização ou atenuação de repetições e cumulações que porventura se apresentarem abusivas, ainda que tal análise se dê na fase de execução das decisões condenatórias, sem contudo perder de vista que a multiplicidade de instâncias e sanções significa que a conduta ilícita deve, de qualquer forma, ser considerada mais grave, respeitando-se a liberdade de conformação do legislador, a quem foi conferido, democraticamente, a função ou missão institucional de definir essa pauta (a qual, observe-se, não é de atribuição do demais poderes, nem mesmo do Judiciário).

#### **4. O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFICIÊNCIA NO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Até aqui buscou-se demonstrar que, com a consolidação da vigente ordem constitucional, foi adotada uma perspectiva estatal que busca a concretização de um Estado Social ou de bem-estar social, sob o regime democrático de direito (MARTINEZ, 2005). Isto porque, a partir de 1988, nossa ordem constitucional adotou como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e elegeu como objetivos fundamentais, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, considerados os termos expressos dos arts. 1º e 3º, da Constituição (BRASIL, 1988).

Também se dedicou espaço, nas linhas anteriores, a não deixar dúvidas sobre a necessidade de que sejam dedicados os melhores esforços do Poder Público para o intransigente combate à corrupção e à improbidade administrativa, que têm muitos pontos em comum, e constituem males que atrasam e obstruem o longo caminho a ser percorrido na busca desses ambiciosos objetivos da República Federativa do Brasil.

Laborou-se também para evidenciar o espaço que ganhou a preocupação com tais problemas, no plano global, inclusive através de marcos legais internacionais, que foram internalizados pelo nosso ordenamento jurídico, e que sugerem e inspiram novas possibilidades de atuação (mais eficiente) do Estado, através de seus órgãos do sistema de justiça, no trato do assunto.

Sob tal influxo, a introdução do acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), lei anticorrupção, se coloca como alternativa inovadora e importante, conforme se buscará demonstrar, com espeque nos princípios da eficiência, razoabilidade e da proporcionalidade, mormente considerando, como também já foi explorado no capítulo anterior, que as condutas lesivas à Administração Pública nacional e estrangeira previstas nessa diploma legal (lei anticorrupção), têm forte aproximação, e identidade mesmo, com condutas tipificadas criminalmente, na Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b) e no Código Penal (BRASIL, 1940), bem como com os atos de improbidade administrativa descritos na Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b).

#### 4.1 DIFICULDADES DO SISTEMA DE JUSTIÇA PARA O ENFRENTAMENTO EFICIENTE DA CORRUPÇÃO E DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Na atual configuração constitucional se outorgou ao Poder Judiciário a missão indeclinável da tutela de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, conforme art. 5º, XXXV, Constituição (BRASIL, 1988). Para tanto se previu que os seus membros devem pautar-se por atuação independente e imparcial, conforme arts. 93 e 95, da Constituição (BRASIL, 1988), para decidir sobre os conflitos entre particulares e também em face do Estado.

Considerados os pouquíssimos lapsos em que o Brasil conviveu sob um regime realmente democrático, antes da Constituição de 1988 (ROCHA, 1993, p. 47-50), a partir de então o Judiciário assume efetivamente o papel de garantidor das liberdades públicas (direitos de primeira geração ou dimensão), da implementação dos direitos sociais e econômicos (direitos de segunda geração ou dimensão), da tutela de direitos difusos (meio ambiente, dentre outros – direitos de terceira geração ou dimensão), assim como da proteção à democracia, informação e pluralismo (direitos de quarta geração ou dimensão). Em complemento, pode-se dizer que:

Em nosso sistema jurídico este status de Poder (art. 2º, C.F.), acompanhado das garantias constitucionais da inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos (art. 93, I, II e III, C.F.) aos membros do Poder Judiciário, confere a imprescindível imparcialidade e equidistância para a busca da solução justa dos conflitos. (DIAS e MACHADO, 2016)

Ocorre que esse amplo acesso ao Judiciário, para todos os cidadãos, inclusive garantindo-se a assistência jurídica integral e gratuita, aos que comprovarem insuficiência de recursos, conforme art. 5º, LXXIV, da Constituição (BRASIL, 1988), como realmente deve ser em um Estado Democrático de Direito, em uma sociedade complexa, preponderantemente, senão absolutamente urbanizada – que também se vê à frente de conflitos igualmente de massa, potencializada pela intenso aumento de recursos tecnológicos, notadamente na área das comunicações e de fácil acesso à informação –, fez surgir uma demanda pelos serviços judiciários que não tem sido atendida a tempo e modo, gerando uma insatisfação social geral e até mesmo um descrédito com a Justiça, o que fragiliza a própria democracia.

Para melhor compreensão vale anotar as características dessa sociedade contemporânea, na qual nos situamos e com a qual as estruturas do sistema de justiça têm tido dificuldades de lidar, conforme a perspectiva de Anthony Giddens (2007, p.

23, 40, 43, 91), já anotada nas linhas deste trabalho, que podem ser complementadas com as seguintes reflexões:

As estruturas extremamente dinâmicas da sociedade pós-capitalista certamente produzem angústia no jurista, que pode se sentir incapaz de acompanhar a velocidade das mudanças sociais. Se o Direito, em geral, sempre caminhou atrás dos fatos, em uma sociedade veloz, instantânea, de informação, pluralista, esse instrumento de controle social resulta ainda mais lento diante da assustadora rapidez dos acontecimentos e transformações de todos os tipos que ocorrem nas civilizações globalizadas. O fenômeno jurídico, de um lado, vive um profundo descompasso com os fatos cuja regulação é necessária (e ambicionada) e, de outro, se mostra insuficiente como instrumento destinado a solucionar os graves problemas sociais, não conseguindo atender demandas emergentes. As crises institucionais, como já alertei, geram crises jurídicas, com elas se confundem e assim acabam tornando todos os cenários muito nebulosos. (OSÓRIO, 2015, p. 80-81)

Sintomático, portanto, que essa realidade contemporânea, complexa, altamente conectada, com ampliado acesso à informação, sob um regime constitucional que reconhece garantias e outorga direitos fundamentais e sociais – que passam a ser tutelados sob a perspectiva do pós-positivismo com a incorporação da teoria da força normativa da Constituição, dos princípios e valores nela contidos, pela doutrina e jurisprudência pátrias (BARROSO, 2001) –, atropelou os sistemas tradicionais do processo, voltados eminentemente para a solução de conflitos individuais e menos complexos, sem uma visão gerencial quanto às variadas demandas de massa, já que massificadas também ficaram as relações sociais, de consumo e produção como sói acontecer nos regimes de livre iniciativa.

Veja-se, *v.g.*, no campo dos contratos (instrumentos de circulação de riquezas), o fenômeno da objetivação, padronização ou contratação estandardizada, no qual a vontade das partes desempenha um papel que não é decisivo (ROPPO, 1988, p. 301-311), constituindo-se exemplo significativo os serviços de massa prestados por empresas concessionárias de serviço público (fornecimento de água, energia, gás, telecomunicações etc.), os serviços de comunicação audiovisual de acesso condicionado (canais de televisão por assinatura), os financiamentos bancários, a prestação de serviços de provisão de conexão e de aplicações de internet e, mais hodiernamente, os serviços de aplicativos para smartphones, aos quais provavelmente milhões de adesões são realizadas diariamente, por consumidores que aceitam os termos de uso (contrato) e instalam os aplicativos em seus aparelhos com alguns cliques, mesmo sem ler atentamente as suas cláusulas padronizadas.

Assim, a partir da vigente Constituição (BRASIL, 1988), considerados ademais os direitos sociais de acesso à saúde, à educação, à assistência social, à previdência social, com o respectivo dever estatal de prestá-los, garantido constitucionalmente, o Poder Judiciário nunca foi tão (e cada vez mais) acionado, o que provocou uma sobrecarga de demandas e a correspondente incapacidade de se ofertar resposta a tempo e modo, aos conflitos que lhe são endereçados para solução. A circunstância é grave e preocupante, pois do direito de acesso à jurisdição dependem a tutela e o exercício de todos os demais direitos, sendo certo que:

O suicídio das civilizações – já o disse antes – começa pelo descrédito da sociedade na idéia (sic) de justiça que nela predomina e na crença na possibilidade de sua prestação, conforme juridicamente previsto, pela pessoa política estatal. (ROCHA, 1993, p. 35)

Tal advertência ganha gravidade quando se observa os dados coletados pelo Instituto de Pesquisas Datafolha, em meados de março de 2015, em manifestação da sociedade civil que teria reunido, na Avenida Paulista, em São Paulo/SP, cerca de 210.000 pessoas, para protestar, basicamente contra a corrupção e contra o governo da então Presidente Dilma Roussef, constituindo palco de exercício da garantia constitucional do direito de reunião e de livre manifestação do pensamento, previstos no art. 5º, incisos IV, VIII e XVI, da Constituição (BRASIL, 1988). Na oportunidade o Datafolha realizou 432 entrevistas (estimulada e única), para captar a percepção dos entrevistados sobre dadas instituições, obtendo-se revelador resultado indicando que as “Redes Sociais na Internet” têm muito prestígio para 83% e, muito poder para 89%, já a Imprensa, 61% e 77%, respectivamente, a Igreja Católica, 33% e 27%, as Forças Armadas 32% e 23% e, na sequência, o Poder Judiciário, com 22% (muito prestígio) e 29% (muito poder). A margem de erro da pesquisa é estimada em 5 pontos para mais ou para menos (INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA, 2015).

Desde a década de 1990 o tema tem suscitado críticas mais agudas da doutrina. Fala-se em melancólica lentidão (ROCHA, 1993, p. 37) ou, ainda, em crônica e enervante desobediência ao princípio da eficiência e da jurisdição que não se concretiza em prazo razoável (DIAS, 2006, p. 156), podendo-se acrescentar ainda a angustiante espera de quem necessita transitar pela via judicial para a solução de conflitos, características que têm marcado a prestação da tutela jurisdicional, pois é certo que as reformas processuais e estruturais empreendidas, pela via legislativa, ainda não surtiram o efeito almejado. E muitas ocorreram, desde a edição da vigente



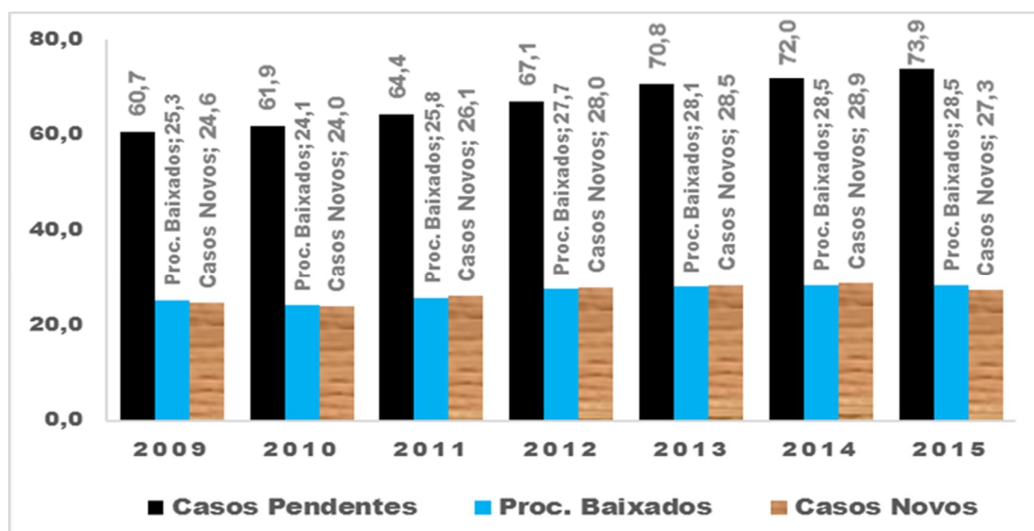
Constituição (BRASIL, 1988), não havendo aqui espaço para indicar todas elas, considerando o objetivo pretendido, mas valendo destacar a Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 1988b), que instituiu o Conselho Nacional de Justiça, inscreveu no texto constitucional a garantia de duração razoável do processo e dos meios que proporcionem a celeridade de sua tramitação, determinando seja observada a proporcionalidade do número de Juízes à efetiva demanda judicial e população respectiva.

No mais, sobreleva destacar a entrada em vigor da nova codificação processual civil – Lei nº 13.105/2015 (BRASIL, 2015c), arts. 294 a 311 –, com uma hodierna estruturação de tutelas provisórias, subdivididas em cautelares (conservativas, de urgência) e antecipatórias (estas sob o caráter de urgência ou de evidência), visando enfrentar o problema do tempo patológico do processo, sem abrir mão do tempo fisiológico de que necessita a fase de conhecimento, com o devido processo legal substancial, além de criar mecanismos que objetivam a formação de precedentes (uniformização de jurisprudência, no desiderato de enfrentar as demandas de massa, de forma mais racional e célere), a cooperação e colaboração dos sujeitos do processo e, mesmo de terceiros, para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (MEDEIROS NETO; MACHADO, 2016), o estímulo, sempre que possível, da solução consensual dos conflitos, dentre outras medidas.

Aliás o atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c), em seus arts. 926 a 928 e 979, expressa preocupação e impõe o dever de manutenção da racionalidade aos entendimentos decisórios (que devem ser estáveis, íntegros e coerentes), através de precedentes jurisprudenciais atualizados e divulgados preferencialmente pela rede mundial de computadores, ou seja, a primordial tarefa de trazer segurança jurídica e eficiência, através da fixação de precedentes racionalmente rastreáveis, com o fim de atenuar a litigiosidade, conferindo um norte aos cidadãos sobre a interpretação e aplicação do direito, notadamente alijando as incertezas sobre conflitos repetitivos.

Veja-se que os dados do relatório “Justiça em números 2016: ano-base 2015”, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (BRASIL, 2016a, p. 42-43), revelam situação desalentadora, pois o estoque de processos em tramitação no Judiciário brasileiro, denominados de “casos pendentes” só faz crescer, ano a ano, desde 2009 (60,7 milhões) até o último levantamento, ao término do ano de 2015 (73,9 milhões). O

Gráfico que se produz abaixo, com base nos números de tal relatório, ilustra a situação:



Abre-se aqui parênteses para registrar que conforme pesquisa que realizou Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2006), em países da Comunidade Europeia existe o constrangimento da sanção de condenação por violação de direitos humanos, quando verificado o descumprimento estatal do postulado da duração razoável do processo, conforme previsto na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, firmada em Roma, aos 04/11/1950, com vigência a partir de 03/09/1953.

Tal sanção é aplicada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que só no primeiro semestre do ano de 2001 julgou 359 casos, sendo 147 deles condenando Estados europeus ao pagamento de indenizações por morosidade na prestação jurisdicional, a saber: a) 132 condenações da Itália; b) 4 da França; c) 3 de Portugal; e) 2 da Polônia e; f) 1 condenação para Polônia, Hungria, Grécia, Eslováquia, Alemanha e Luxemburgo. Portanto a morosidade judicial é tema que aflige outras nações, talvez não na mesma proporção do Brasil (DIAS, 2006). Sobre este poder supranacional, vale registrar as observações de Fábio Medina Osório que, conquanto sob a perspectiva do direito administrativo sancionador, ilustram essa peculiaridade de esforço de unificação institucional no âmbito europeu:

Em verdade, muitas são as dificuldades para unificação institucional de poderes em alguma entidade supranacional, tanto que o próprio fenômeno de unificação europeia passa, historicamente, pelo consenso dos Estados-Membros que ratificam os tratados, ajustando suas respectivas constituições e leis aos novos paradigmas  
[...]

Parece correto afirmar que os Tratados constitutivos dessa figura consagram poderes supranacionais à Comunidade Europeia, que se fundamentam em uma espécie de 'Constituição europeia', a tal ponto que vinculam os Estados-membros e também os particulares. O direito comunitário tem primazia em relação ao direito interno dos Estados. E há um claro e intenso poder sancionador da Comunidade, que pode impor sanções administrativas. (OSÓRIO, 2015, p. 128)

Mas, retornando à situação pátria, cumpre anotar que no mesmo Relatório (BRASIL, 2016a, p. 42-43), há esclarecimento de que se consideram baixados os processos: a) remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; c) arquivados definitivamente; d) em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução. Essa definição do que vem a ser "processos baixados", explica porque, apesar de se verificar um número de processos baixados quase sempre equivalente ao número de casos novos, o estoque de processos no Poder Judiciário continua aumentando desde o ano de 2009.

O segmento responsável do Poder Judiciário que concentra mais demandas é a Justiça dos Estados (justiça estadual), responsável por 79,8% do acervo processual do Poder Judiciário, seguida da Justiça Federal, com acervo de (12,9% do total) que foi a única que conseguiu reduzir o número de casos pendentes em 2015 (-3,7%), mesmo que sutilmente (BRASIL, 2016a, p. 43). Contudo, o acervo (ou os "casos pendentes") teve crescimento de 2,6% no ano de 2015, sendo tal acréscimo de 21,8% no período 2009-2015 (BRASIL, 2016a, p. 43)

Segundo o mesmo relatório, no ano de 2015, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 79,2 bilhões, sendo que 89% deste gasto foi com pessoal (magistrados e servidores), bem como que existem 22.423 cargos de magistrados no Poder Judiciário, criados por lei, mas 5.085 cargos estão vagos, o que equivale a 22,7%. Já do total de servidores efetivos, 55.031 cargos, criados por lei, estavam sem provimento, representando 18,8% dos cargos efetivos existentes (BRASIL, 2016a, p. 33-39).

Outrossim, abordando mais especificamente o tema objeto deste trabalho, cumpre verificar que até a alguns anos atrás as ações judiciais para responsabilização por atos de improbidade eram classificadas sem uma sistemática definida, ao menos na Justiça Federal em São Paulo, ora como ações civis públicas, ora como ações comuns de rito ordinário, conforme constatou Ana Cristina Bandeira Lins (2006), com

pesquisa realizada através da Escola Superior do Ministério Público da União, no período de 23 de agosto a 4 de dezembro de 2006

De qualquer forma, tal pesquisa (realizada por amostragem) trouxe dados indiciários de que a tramitação das ações civis públicas (aí envolvendo diversos temas, como consumidor, ordem econômica, patrimônio público e improbidade, ambiental etc.) é demasiadamente moroso. Deveras, pois constatou-se, que: a) dos 836 processos então analisados, 228 já tinham sido remetidos à 2ª Instância, para julgamento de recurso de apelação, sendo certo que o tempo médio decorrido entre a propositura destas 228 ações e a remessa pela 1ª Instância ao Tribunal foi de 1.458,29 dias (quase 4 anos); b) dos 678 processos nos quais já ocorrida a citação, o tempo médio para tal ato processual foi de 235,11 dias (mais de sete meses), bem como que, destes, 376 tinha chegado à conclusão para o Juízo somente após o prazo médio de 1.090,27 dias (quase três anos); c) desses 376 processos, houve fase instrutória em 89, decorrendo um prazo médio de 1.313,58 dias ( mais de 3 anos), entre o despacho saneador e a conclusão para sentença; d) dos 309 processos sentenciados, verificou-se um prazo médio de 124,56 dias (em torno de 4 meses), para que fossem prolatadas sentenças de extinção sem resolução de mérito, bem como de 445,59 dias (em torno de 15 meses), no caso de resolução de mérito. (LINS, 2006)

A mesma pesquisa ainda constatou que 228 desses processos haviam sido remetidos à segunda instância, em razão de recursos, sendo certo que 200 já haviam sido distribuídos, 10 aguardavam distribuição, e 18 haviam sido julgados, constatando-se nestes um prazo médio de 1.428,83 dias (quase quatro anos), entre a distribuição ao relator e a data em que prolatado o acórdão (LINS, 2006).

Relatório mais recente e mais abrangente, decorrente agora de pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015, p. 18-19, 48), denominado “Lei de Improbidade Administrativa Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade”, coordenada pelo professor Dr. Luiz Manoel Gomes Junior, com recorte temporal limitado às das ações com trânsito em julgado entre os anos de 2010 e 2013, que tiveram trâmite somente perante o Superior Tribunal de Justiça (ações originárias e amostra de Recursos Especiais), o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, concluiu que, em média, o tempo entre a data do ajuizamento

do processo e a data do trânsito em julgado foi de 1.855,83 dias (61,86 meses ou 5,15 anos) com um desvio padrão de 105,19 dias.

No mesmo relatório se registrou pesquisa de campo, por amostragem, nas áreas geográficas dos Tribunais já citados e no Superior Tribunal de Justiça, no mesmo período (entre os anos de 2010 a 2013), em processos de responsabilização por atos de improbidade administrativa, transitados em julgado, constatando que, do total de processos analisados: a) houve sequestro de bens em apenas 8,66%; b) a perda da função pública foi observada em 29,13% dos processos (todavia, em diversos casos, a perda da função já havia ocorrido na esfera disciplinar com a demissão a bem do serviço público como resultado de processo administrativo); c) a suspensão dos direitos políticos foi observada em 25,40% dos casos; d) o ressarcimento dos danos causados, de natureza patrimonial e de forma total foi observado somente em 4,00%, e de natureza parcial ocorreu em 6,40% dos processos, de modo que em 89,60% não se observou o ressarcimento integral ao erário (BRASIL, 2015, p. 67-70).

Os resultados dessa pesquisa do Conselho Nacional de Justiça são reveladores, ainda que por amostragem, da baixa eficiência e efetividade na responsabilização judicial por atos de improbidade administrativa, notadamente quanto às penas mais graves aplicáveis aos investigados/réus, de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos e, ainda mais desalentador no que refere-se ao ressarcimento ao erário, ficando registrado nas conclusões dessa pesquisa do órgão de controle externo do Judiciário brasileiro que:

Em termos de efetividade da decisão, com o ressarcimento dos danos causados, verificou-se grave falha no sistema processual. Mesmo após longa tramitação, raras foram as ações nas quais se verificou uma efetiva atuação no sentido de obter a reparação dos danos. As ações de Improbidade Administrativa não têm um fim, ou pelo menos uma parte considerável tem tramitação durante décadas, o que reflete no baixo índice de ressarcimentos. Há diversos mecanismos pouco utilizados pelo Ministério Público, como a Hipoteca Judiciária após a sentença (art. 466, do CPC) e mesmo o início da Execução Provisória quando o recurso de apelação for recebido no seu duplo efeito (o que sequer é a regra – art. 12, da Lei da Ação Civil Pública). (BRASIL, 2015, p. 53-54)

Com relação à legitimidade ativa constatou-se que em 73,73% dos casos os processos foram iniciados pelo Ministério Público, sendo certo, contudo, que em quase 87% deles não incidiria a Lei da Ficha Limpa (BRASIL, 2015, p. 53-54)

No caso, essa referência à Lei da Ficha Limpa remete à sanção de inelegibilidade, por oito anos (suspensão dos direitos políticos, da capacidade eleitoral

ativa e passiva), prevista no art. 1º, inciso I, alínea I, da Lei Complementar nº 64/90 (BRASIL, 1990), com a redação que lhe deu a Lei Complementar nº 135/2010 (BRASIL, 2010a), que preceitua que incidirão em tal pena os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena

#### 4.2 A EFICIÊNCIA COMO IMPORTANTE REQUISITO PARA O MELHOR ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO E DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Vê-se assim que a atuação estatal reclama mais eficiência na apuração e punição dos atos de improbidade administrativa, bem como de ressarcimento ao erário. Fabio Medina Osório (2015, p. 62-63, 65) fala em crise de gestão do aparato estatal, criticando o desgoverno, o descalabro administrativo, favorecimentos de todo tipo, irregularidades disseminadas, ilegalidades culturalmente aceitas, apontando que a crise de nosso sistema punitivo revela, ademais, uma significativa parcela da crise mais ampla, a do Estado brasileiro.

Cabe aqui anotar, no tocante ao princípio (setorial) da eficiência na Administração Pública, que Jefferson Aparecido Dias (2009, p. 71-111) tem uma visão crítica sob a ideologia inspiradora da inserção deste postulado pela Emenda Constitucional nº 19/98 (BRASIL, 1988a), que afirma ser a da produtividade e eficiência econômica, lógica de mercado, sob a perspectiva da análise econômica do direito, que não se coaduna com os objetivos do Estado, havendo portanto de ter menor peso dentre os demais princípios setoriais, no relacionamento entre administração e administrados, devendo-se conferir especial peso ao princípio da moralidade, consistente em dispensar a todos os administrados um tratamento com igual consideração e respeito.

De qualquer forma afigura-se possível e defensável, sem desconsiderar a ideologia política que possa ter inspirado a introdução do postulado da eficiência, vinculá-lo aos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre justa e solidária, além da promoção do bem de todos e da redução das desigualdades sociais, conforme artigos 1º e 3º, da Constituição (BRASIL, 1988), que são

informadores de todos os demais princípios e regras contidas no texto constitucional. Sob tal influxo é possível extrair que o princípio da eficiência tem estreita correlação com a boa gestão pública, a partir dos seguintes contornos:

Pode-se dizer que a juridicização do dever de boa gestão pública decorre de profundas mudanças na teoria política do Estado, o qual passa a assentar-se em novos paradigmas teóricos de justificação, entre os quais a busca e implementação de resultados. O Estado também se alicerça num redimensionamento do papel dos operadores jurídicos, entre os quais advogados, membros do Ministério Público e autoridades judiciárias, forçando, invariavelmente, a inclusão de pautas de boa gestão pública nos horizontes administrativos e institucionais. A boa gestão, como se sabe, pressupõe respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana e satisfação das demandas da cidadania, cumprindo as exigências do liame de confiança que une e deve unir governantes e governados, administradores e administrados. (OSÓRIO, 2013, p. 42)

Aliás, a eficiência sob a perspectiva da atuação da Administração Pública já constava do texto constitucional originário, conforme art. 74, II, da Constituição (BRASIL, 1988), impondo aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a manutenção integrada de sistema de controle interno, tendo como desiderato atestar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

De qualquer forma, não se quer aqui escamotear que, de fato, a introdução do princípio da eficiência no texto constitucional, como princípio setorial da Administração Pública, junto com demais alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 19/98 (BRASIL, 1988a), teve como móvel político a ideologia liberalizante, conhecida como neoliberalismo, que começou a conquistar terreno a partir de 1973, com a chegada da grande crise do modelo econômico do pós-guerra (keynesiano), ganhando força no final desta década, tendo como expoentes o governo do presidente Ronald Regan nos Estados Unidos e da primeira ministra Margaret Thatcher na Inglaterra, mantendo-se ativo e ganhando terreno nas décadas subsequentes, pregando a diminuição da intervenção estatal na economia, com privatizações de empresas estatais, a desregulação dos mercados nacionais e a revisão das políticas sociais, que passaram a ser vistas como custos que oneram a competitividade das empresas (ANDERSON, 1995).

Também não se deve olvidar a constatação de que no Brasil, embora a Constituição vigente (BRASIL, 1988) tenha idealizado um modelo de Estado Social ou



de Bem-estar Social, é inegável que no “mundo do ser”, nossa sociedade não chegou a vivenciar essa realidade (FIORI, 1997) . No ponto vale observar que:

O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do Século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal).

A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos — e não entre certo e errado, justo ou injusto —, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa. (BARROSO, 2001)

Essa visão de contexto histórico político, sob o qual foi inserido no âmbito do direito constitucional o princípio setorial da eficiência, também não passou despercebido por Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2007, p. 378a), no sentido da remodelação do Estado que transmuda de um formato estrito de mera proteção da liberdade e também menos intervencionista (afastando-se do Estado Social), para um Estado que assume funções de controle normativo e regulador, no qual, contudo:

A eficiência é assim um valor utilitário. Mas não perde inteiramente o sentido condicional. Aplicada ao direito, impõe à norma a produção de efeitos, fazendo da eficácia um termo importante na análise de sua estrutura.

[...]

Mas a eficácia no sentido utilitário, adquire o sentido primordial de efetividade ou eficácia social. Um direito socialmente ineficaz caduca, perde razão de ser. Nesse passo, a efetividade/inefetividade é critério para a avaliação retrospectiva do direito. O passo seguinte é colocar a efetividade como condição prospectiva: o direito deve visar sua efetividade. Parece-nos que é nesse sentido que o termo foi apropriado quando se fala em princípio de eficiência, o que tem a ver com as transformações do modelo de Estado nas constituições contemporâneas. (FERRAZ JR., 2007a, p. 373-374)

Todos esses aspectos não impedem, contudo, seja extraído do princípio setorial da eficiência a perspectiva de que os agentes públicos, dos três Poderes, devem envidar seus melhores esforços, no sentido da boa gestão administrativa dos recursos orçamentários e humanos, para atingir os desideratos primordiais da República Federativa do Brasil, até porque muito há para se fazer, mormente no campo das políticas públicas e investimentos de recursos públicos, para a busca do objetivo de debelar as desigualdades sociais e regionais, sendo imperioso estar atento à constatação de que “[...] a ineficiência administrativa deteriora a imagem do setor público no meio comunitário, produz desgaste institucional, gera descrédito da instituição pública na sociedade.” (OSÓRIO, 2015, p. 153)

Conforme anota Eros Grau, a ideologia estática da interpretação jurídica não se coaduna com direito, daí que nem mesmo a vontade do legislador ou o espírito da

lei devem vincular o intérprete, pois a aplicação do direito supõe interpretação, que por sua vez não é mera dedução dele, mas processo de contínua adaptação das normas à realidade e seus conflitos, de modo que esse caráter dinâmico do direito e, por óbvio, da leitura da Constituição, há de conformar, inexoravelmente, a interpretação orientadora, no tempo e no espaço, histórica e culturalmente (GRAU, 2006, p. 168).

Retome-se o que já apontado no capítulo 1, quando se tratou do princípio da eficiência, para resgatar que o vigente Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c), em seu art. 8º, também acolheu a eficiência como um vetor a ser observado pelos órgãos jurisdicionais. No ponto vale destacar sob esse prisma processual que:

O princípio da eficiência está relacionado com a gestão do processo e com o princípio da adequação. O juiz, para livrar-se da rigidez procedimental e para ajustar o processo às particularidades do caso, deve adaptar o procedimento, mas deve fazê-lo de modo eficiente.

A eficiência deve, ainda, funcionar como diretriz interpretativa: os enunciados normativos da legislação processual devem ser interpretados de maneira a observar a eficiência, permitindo-se que se adotem técnicas atípicas ou, até mesmo, que se pratiquem negócios processuais. (CUNHA, 2014, p. 78)

Sabido que o combate à corrupção e aos atos lesivos à Administração Pública não é um fim em si mesmo, mas um meio para se atingir tais objetivos primários e primeiros, eleitos no texto da Constituição da República, também é preciso que se estabeleçam mecanismos dotados de eficiência e efetividade para a tarefa dos órgãos de fiscalização e persecução desses ilícitos. O acordo de leniência, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), pode ser em um desses mecanismos, com importante potencial.

O fim deverá ser sempre a coesão do pacto e do interesse social, assim como a implementação de políticas públicas que visem a emancipação do cidadão, o que indubitavelmente demanda também uma atuação estatal eficiente, não olvidando, todavia, que em uma democracia os meios não devem justificar os fins, bem como que o princípio da eficiência tem que conviver harmonicamente com os demais princípios setoriais da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, publicidade e moralidade), assim como com os princípios e garantias fundamentais de proteção dos cidadãos, sob a perspectiva de que o processo (administrativo, civil ou penal), quando atua como um instrumento de apuração de ilícitos e aplicação de sanções de combate à corrupção, aos atos lesivos ao erário e à moralidade administrativa, não pode perder o seu caráter de instrumento de defesa dos cidadãos frente ao poder sancionador do Estado:

[...] a ideia de eficiência, ou seja, por se tratar de função do Estado, de atividade-dever que lhe incumbe, deve pautar-se pelo princípio da eficiência, que deve reger não somente a administração pública (art. 37, caput, Constituição Brasileira), mas todas as funções estatais exercidas.

[...] o direito de acesso à jurisdição é fundamental e não engloba meramente o direito de provocação do Estado-Juiz, mas também o direito de se obter uma prestação jurisdicional tempestiva e eficiente, que seja, de fato, apta a resguardar os direitos violados [...]

A tempestividade da jurisdição se liga à noção de eficiência que desta é exigida. Contudo, a eficiência jurisdicional reflete-se também na legitimidade dessa função estatal, sendo precípua, para tanto, o respeito ao devido processo legal. (CASTRO JÚNIOR, 2012, p. 10, 73)

A eficiência constitui, na verdade, mais uma qualidade do devido processo legal. O processo devido deve, além de adequado, ser eficiente. O due process of law exige que o processo seja adequado e eficiente: haverá eficiência, se houver observância do juiz natural, da isonomia, da duração razoável, do contraditório, da adequação, enfim, o processo judicial deve ser adequado e eficiente.

O procedimento em contraditório deve ajustar-se, de modo eficiente, às peculiaridades da causa, do direito a ser aplicado e das partes envolvidas. (CUNHA, 2014, p. 78)

De modo que a adoção de mecanismos e institutos jurídicos que possam mostrar-se mais eficientes na tutela dos interesses sociais e fundamentos do Estado, bem como na busca dos objetivos fundamentais estabelecidos no texto constitucional, desde que conciliáveis com as liberdades públicas também garantidas constitucionalmente, não de ser buscados e implementados, aí incluídos os que busquem combater a corrupção pública e a improbidade administrativa, pois:

Ao se buscarem reformas realistas, é importante perceber que, como todas as práticas ilegais, o nível de eficiência do suborno não é zero. O controle do suborno é algo que envolve custos altos. As reformas devem considerar não só os custos marginais mas também os benefícios marginais das estratégias anticorrupção.

Ademais, o combate à corrupção não é uma finalidade em si. A luta contra a malversação de verbas públicas é parte da meta mais ampla de se criar um governo mais eficiente. Os reformistas não se mostram preocupados apenas com a corrupção em si, mas também com seu efeito negativo sobre o desenvolvimento e a sociedade. A corrupção generalizada é um sinal de que algo saiu errado na relação entre o Estado e a sociedade. (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 63)

Nessa perspectiva, retomando a esteira dos dados e dos números, é de se destacar, ainda que no âmbito do Ministério Público brasileiro, a improbidade administrativa ocupa primordial espaço de atuação institucional, conforme se observa na publicação anual sobre tal órgão de nosso sistema de justiça: “Ministério Público - um retrato 2016” (BRASIL, 2016b)

Consultando essa publicação, que consolida os dados de atuação do ano de 2015, se verifica que no âmbito dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito

Federal, entre os 10 principais assuntos que foram objeto de inquéritos civis e procedimentos preparatórios, figura em primeiro lugar o tema improbidade administrativa, com 39.549 casos, seguido de meio ambiente, com 37.290, e saúde com 30.251, de um total de 208.820 casos, envolvendo vários outros temas (BRASIL, 2016, p. 47).

Já no âmbito do Ministério Público Federal o tema improbidade administrativa também tem relevante importância, pois ocupa o quarto lugar em casos de inquéritos civis e procedimentos preparatórios, com 1.692 casos, atrás de saúde – 3.094 casos, patrimônio público – 1.872 casos, e educação – 1.781 casos, de um total de 20.501 casos, envolvendo vários outros assuntos (BRASIL, 2016, p. 218-220).

Portanto, com todos esses dados e os já apresentados anteriormente sobre o Poder Judiciário, é possível deduzir que o sistema de justiça, sob o enfoque do princípio da eficiência, clama por alternativas que tragam melhores resultados e efetividade no enfrentamento e punição das condutas que lesam o erário e os princípios informadores da Administração Pública, tipificados na lei de improbidade administrativa (aí incluída a corrupção pública e as fraudes em licitações), que, como também se viu, ocupa boa parte dos esforços do Ministério Público brasileiro na tutela dos interesses da moralidade, da probidade administrativa e do patrimônio público.

#### 4.3 O ACORDO DE LENIÊNCIA: INSTITUTO COM POTENCIAL PARA TRAZER EFICIÊNCIA NO COMBATE À CORRUPÇÃO E À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), chamada de lei anticorrupção, fincada no tripé responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, direcionamento das pessoas jurídicas à adoção de mecanismos internos de integridade (*compliance*) e possibilidade de acordos de leniência, tem potencial para colaborar, sob a perspectiva de uma atuação estatal mais eficiente, no combate à corrupção e à improbidade administrativa, consideradas as condutas tipificadas na mesma lei como lesivas à Administração Pública nacional ou estrangeira.

O acordo de leniência, é perfeitamente possível defender, constitui um corolário do princípio da consensualidade, que atuaria visando a substituição da litigiosidade nos conflitos ou da imperatividade do Estado nas suas relações com a sociedade, decorrendo daí que:

[...] uma administração consensual vem de encontro aos ditames da eficácia, eficiência, responsabilidade, entre outros, gerando o que pode se denominar

de práticas de boa governança na Administração Pública uma vez que sua utilização facilita e acelera a resolução de possíveis controvérsias.

[...]

Deste modo a administração consensual apresenta vantagem sobre a tradicional ao facilitar os procedimentos, atingindo melhores resultados que os apresentados na forma impositiva de administrar. (MELLO; MAIOLI; ABATI, 2014, p. 158)

Na mesma linha, ao tratar da teoria do processo sancionador, sob a perspectiva da ausência de obrigatoriedade de o acusado declarar contra si mesmo, Fábio Medina Osório também vislumbra traço de consensualidade em tal espécie de instituto:

Tem-se como necessária a proibição de que se force alguém a adotar comportamentos contrários aos seus interesses. Daí a expansão dos mecanismos consensuais e negociais na esfera punitiva, a fim de viabilizar delações premiadas ou acordos nos quais o sujeito entrega a responsabilidade de outros mais importantes e prioritários. (OSÓRIO, 2015, p. 434)

No ponto, a busca pela consensualidade, cabe ainda lembrar, está prevista expressamente no art. 3º, §§ 2º e 3º, do vigente Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c), que enunciam cumprir ao Estado promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, sob a forma de conciliação, mediação e, destaque-se, outros métodos de solução consensual de conflitos, que deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, ou seja, extrajudicial ou judicialmente. Aliás, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c), pode-se dizer, radicalizou, apostando fortemente na consensualidade, como solução de conflitos, conforme se verifica em vários de seus dispositivos: art. 165; art. 174; art. 334, § 4º, II; art. 357, § 2º; art. 359; art. 471, § 3º; art. 694; art. 696; arts. 731, 732 e 733.

Ademais, realce-se uma vez mais que o desiderato da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b) é a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, sob a perspectiva de práticas corruptas e lesivas à Administração Pública, mesmo nas hipóteses em que não exista a participação de um agente público na ilicitude, colmatando assim um vazio existente no nosso ordenamento jurídico pois, como já visto, na lei de improbidade administrativa (BRASIL, 1992b) os particulares, aí incluídas as pessoas jurídicas, somente são passíveis de responsabilização se houver prova da participação de um agente público na conduta improba. Daí porque há quem a denomine de lei de improbidade empresarial (FERRAZ, 2014). No ponto, Dalmo de Abreu Dallari destacou que:

'Não existe corrompido sem um corruptor'. Isso é mais do que óbvio e, no entanto, até agora, na prática brasileira, muitas iniciativas foram tomadas para a cobrança de punição de servidores públicos corruptos, sendo grande o número de casos de servidores, das mais diversas áreas da organização pública e de diferentes níveis de autoridade, que foram efetivamente punidos. [...] Até aí não há motivos para discordância, pois o servidor público corrupto prejudica os interesses do povo e é justo que ele seja punido. [...]

Agora, finalmente, foi concretizada uma importante inovação na legislação brasileira, que se for efetivamente aplicada propiciará um tratamento mais justo e eficiente à apuração de corrupção no setor público e à identificação e punição dos responsáveis situados nos dois lados da prática corrupta: o corruptor e o corrompido. Com efeito, como resultado da prática da democracia participativa foi aprovado e sancionado um projeto que teve início na mobilização do povo, resultando na Lei Federal nº 12846, de 1º de Agosto de 2013, identificada como Lei Anticorrupção. Essa lei teve, efetivamente, origem popular, participando da elaboração do projeto e da campanha por sua aprovação inúmeras entidades sociais, algumas dando contribuição muito significativa. (DALLARI, 2014)

De outro lado, várias das condutas da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b) guardam, se não perfeita, estreita correspondência com aquelas tipificadas na Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), como atos de improbidade administrativa, assim como, com tipos penais de corrupção ativa, passiva e concussão do Código Penal e de fraudes a licitações e contratos da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), conhecida como lei de licitações.

Consideradas ademais a relevância do tema (improbidade administrativa) até mesmo ante o espaço que ocupa na atuação do Ministério Público Brasileiro (BRASIL, 2016b, p. 47, 218-220) e as dificuldades apontadas em termos de resultados pela pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015), se buscará demonstrar, que juridicamente há espaço e possibilidade, através do acordo de leniência, para trazer progresso e eficiência à atuação estatal na punição dos atos de corrupção e improbidade administrativa (notadamente na presença das hipóteses trabalhadas mais detidamente no capítulo 3, quanto aos pontos de aproximação entre atos de improbidade administrativa, fraudes a licitação/contratos públicos e os atos lesivos da lei anticorrupção).

Vale anotar que em pesquisa realizada pelo Datafolha (INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA, 2015a) nos dias 25 e 26/11/2015, constatou-se que, na opinião de 34% dos brasileiros, a corrupção é (ou era, ao menos à época) o principal problema do país, ganhando a primeira posição, à frente da saúde (16%), desemprego (10%), educação (8%), violência e segurança pública (8%), economia (5%), governantes e política (3%), inflação (3%), e fome e miséria (2%), sendo certo que

entre os mais pobres, 25% veem a corrupção como principal problema e 15% citam o desemprego e, na parcela dos mais ricos, a corrupção alcança 49%, e o desemprego cai para 4%.

#### 4.3.1 A Institucionalização do Acordo de Leniência no Direito Comparado e no Direito Pátrio

A doutrina aponta como precursor, do que no Brasil é conhecido como acordo de leniência, os Estados Unidos da América, que adotou em 1978 o Programa de Leniência (*leniency program*), que previa a possibilidade de anistia (*amnesty*), a quem fosse o primeiro participante do cartel a delatá-lo à autoridade antitruste, antes do início de uma investigação oficial (BRANCO, 2008, p. 144). Em agosto de 1993 o país norte-americano reestruturou o instituto, que passou a ser conhecido como Programa de Leniência Corporativa (*Corporate Leniency* ou *Amnesty Program*, ou ainda, *Corporate Leniency Program*), sob a tutela da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (BRANCO, 2008, p. 144; PEREIRA, 2016, p. 85; LAMY, 2014, p. 48; ANDREATO, 2013, p. 111-112).

Essa reformulação no ano de 1993 foi fundamental para que o Programa de Leniência estadunidense ganhasse eficiência, pois buscou-se eliminar as incertezas e inseguranças para quem se propusesse a denunciar um cartel, diminuindo a margem de discricionariedade da autoridade antitruste, deixando claras as exigências, que uma vez cumpridas, assegurariam a anistia criminal e administrativa, quais sejam: a) que a denunciante seja a primeira a se declarar perante as autoridades; b) que contribua para a produção das provas da prática cartelizadora; c) que abandone imediatamente a conduta delituosa; d) repare os danos, quando possível; e d) que não tenha coagido outra empresa concorrente a participar do ilícito, bem como não tenha atuado como líder do cartel (LAMY, 2014, p. 52; BRANCO, 2008, p. 144-145).

Em 1996 os países da União Europeia também passaram a adotar instituto semelhante, tendo a Comunidade Europeia instituído o *Leniency Notice*, inicialmente prevendo como benefícios a redução das multas administrativas por condutas antitruste, àquele que se apresentasse como delator-colaborador na investigação, tendo sido alterado em 2002, também sob a perspectiva da redução da discricionariedade das autoridades antitruste, da transparência nas regras e aumento dos benefícios aos delatores, o que também proporcionou um ganho de efetividade



no combate aos cartéis (LAMY, 2014, p. 53-58; ANDREATO, 2013, p. 111-112). Austrália e Canadá também adotaram o instituto, sempre na perspectiva de clareza e objetividade quanto às hipóteses de cabimento e contrapartidas/benefícios oferecidos aos interessados em colaborar com as autoridades (LAMY, 2014, p. 58-65).

No Brasil o acordo de leniência foi institucionalizado através da Lei nº 10.149/2000 (BRASIL, 2000b), que introduziu os arts. 35-B e 35-C, à Lei nº 8.884/94 (BRASIL, 1994), instituindo que autoridade antitruste brasileira (à época a União, através da Secretaria de Direito Econômico), poderia celebrar tal ajuste com infratores à lei antitruste do Brasil, prevendo inclusive a extinção da punibilidade de crimes contra a ordem econômica, da Lei nº 8.137/90 (BRASIL, 1990d), caso cumprido o previsto no acordo.

O *leading case* brasileiro, caso inaugural na aplicação do instituto do acordo de leniência, em um *bid rigging* – termo internacionalmente consagrado para designar cartel em licitações –, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, foi o chamado Cartel dos Vigilantes, em 2003 (LAMY, 2014, p. 107-109), que revelou prejuízos em contratações de serviços de vigilância, por órgãos públicos e privados, no Estado do Rio Grande do Sul, envolvendo 21 empresas infratoras, 3 associações de classe e mais de 30 pessoas físicas; acordo esse que foi firmado com a participação do Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado gaúcho, isentou o infrator colaborador de qualquer sanção e resultou em R\$ 40 milhões em multas aplicadas aos demais participantes da conduta delituosa, além de denúncias criminais ofertadas contra várias pessoas físicas, por crimes de fraudes a licitação e também contra a ordem econômica (ANDREATO, 2013, p. 115-123).

Vale aqui inserir esse aspecto das práticas de cartel, que têm no campo penal enquadramentos em tipos penais distintos, sob a perspectiva do princípio da especialidade (informador do conflito aparente de normas), pois quando voltadas para fraudar a livre concorrência do mercado (tendo como vítimas agentes do próprio mercado e também consumidores), tipificam-se como crimes contra a ordem econômica, na forma do art. 4º, I e II, da Lei nº 8.137/90 (BRASIL, 1990d), já quando dirigidas a frustrar a livre concorrência em licitações públicas, a incidência será a dos tipos penais da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), arts. 93 a 96.

Atualmente a Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011c), que revogou a Lei nº 8.884/94 (BRASIL, 1994), estabelece no seu capítulo VIII, arts. 86 e 87, o Programa de Leniência, no âmbito do direito antitruste brasileiro, igualmente prevendo a extinção

da punibilidade para crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/90 (BRASIL, 1990d), e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), e os tipificados no art. 288 do Código Penal (BRASIL, 1940), se cumprido o acordo de leniência celebrado com a autoridade antitruste (Superintendência Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que é uma autarquia federal).

Prevê ainda a Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011c) que celebrado o acordo suspende-se a prescrição de tais crimes, até que se escoe o prazo para cumprimento do ajustado, o que, uma vez verificado, extingue a punibilidade das condutas penais indicadas, além de propiciar também a extinção das penas administrativas, se a autoridade antitruste não tinha prévio conhecimento da ilicitude delatada ou, a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, se tendo conhecimento, não dispunha a autoridade antitruste de provas suficientes para a condenação do beneficiário do acordo (arts. 86 e 87).

No tocante a tais repercussões do acordo de leniência celebrado por autoridades administrativas antitruste, no campo da responsabilização penal (extinção da punibilidade de crimes relacionados à prática anticoncorrencial), conquanto não se pretenda aprofundar o tema, cumpre aqui apenas a título de registro, mencionar que se tratam de disposições cuja constitucionalidade é, no mínimo, questionável, considerando que o art. 129 da Constituição (BRASIL, 1988), elegeu o Ministério Público como titular exclusivo da ação penal pública. Veja-se que, no caso (considerada a margem de discricionariedade na apreciação da proposta de acordo), as hipóteses de suspensão e extinção da punibilidade não decorrem de circunstância objetiva, isto é, de atos absolutamente vinculados de autoridade administrativa, como, por exemplo, ocorre nos crimes contra a ordem tributária, nos quais o parcelamento da dívida ou o seu pagamento também irradiam efeitos sobre a pretensão punitiva estatal de tais crimes (tributários). Isto porque, para estes crimes (ordem tributária) as condições estão prévia e objetivamente fixadas em lei, não dependendo de apreciação subjetiva ou ato discricionário de autoridade administrativa (neste cenário a autoridade fiscal), conforme art. 83, *caput* e parágrafos, da Lei nº 9.430/96 (BRASIL, 1996b), com a redação que lhe deu o art. 6º, da Lei nº 12.382/2011 (BRASIL, 2011).

Portanto, afigura-se de duvidosa constitucionalidade a celebração de acordo de leniência sem a participação e anuência do Ministério Público, mais especificamente do membro responsável pela persecução penal, ante as regras de

fixação de competência jurisdicional e atribuição em razão da matéria e do local dos fatos, ou seja, o Promotor Natural ou o Procurador da República Natural,

Note-se que nos termos do art. 5º, LIII, da Constituição (BRASIL, 1988), ninguém será sentenciado e nem mesmo processado senão pela autoridade competente, daí que tal dispositivo constitucional veicula dimensões do princípio do Juiz Natural e também do Promotor Natural ou Procurador da República Natural (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 729-730). No ponto já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 67.759/RJ, que:

O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável (BRASIL, 1992d)

Acrescente-se ainda um aspecto jurídico e procedimental muito relevante, quer seja a possibilidade das investigações criminais já reunir os elementos de prova contra os postulantes ao acordo de leniência e estarem sendo conduzidas sob sigilo, na forma do art. 20 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1940) com eventuais interceptações telefônicas, conforme art. 8º, da Lei nº 9.296/96 (BRASIL, 1996), e demais instrumentos de produção de prova passíveis de serem utilizados somente na esfera penal, considerando o art. 5º XII, da Constituição (BRASIL, 1988) e o art. 3º, da Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013c). Em tais circunstâncias a autoridade antitruste poderá vir a celebrar um acordo prejudicial ao interesse público, pois o Estado já estaria de posse das informações e provas suficientes para punir o infrator na esfera penal (e muito provavelmente na seara do direito concorrencial), provas essas que poderiam ser compartilhadas com a autoridade administrativa antitruste, como prova emprestada, entendimento albergado pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2013d) e pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decidiu a sua Primeira Turma, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28.774-DF:

A jurisprudência desta Corte admite o uso de prova emprestada em processo administrativo disciplinar, em especial a utilização de interceptações

telefônicas autorizadas judicialmente para investigação criminal. Precedentes. (BRASIL, 2015h)

Quanto a essa possibilidade de compartilhamento de provas é preciso não olvidar que o art. 5º, LVI, da Constituição (BRASIL, 1988), estabelece que somente são inadmissíveis, no processo (administrativo, civil ou penal), as provas obtidas por meios ilícitos. Ante tal determinação constitucional e sob a perspectiva do devido processo legal e dos direitos fundamentais processuais, aludem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que:

Embora tradicionalmente fechado, o direito à prova na tradição romano-canônica vem experimentando paulatina abertura. A admissão de provas atípicas é um dos elementos que autorizam essa assertiva – prova emprestada, comportamento processual da parte como prova e prova cibernética são exemplos de provas atípicas admissíveis perante a ordem jurídica brasileira.

A prova emprestada é admitida no processo, desde que observadas as suas condicionantes. O juiz poderá admitir a prova produzida em outro processo atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório ou, excepcionalmente, devidamente ponderados os direitos em colisão.

[...]

Atendido o contraditório, a prova emprestada é obviamente admissível. Em outras hipóteses, porém, o contraditório poderá não ser realizável, mas a prova emprestada pode constituir o único meio de a parte sustentar sua posição em juízo. Nesse caso, convém ponderar os direitos em jogo (o direito ao contraditório, o direito à tutela jurisdicional e eventualmente a importância da pretensão material afirmada em juízo) para saber se a prova emprestada deve ou não, ser admitida no processo. (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 741-742)

Observe-se ainda que os artigos 86 e 87 da legislação antitruste não preveem de forma expressa a extinção da punibilidade por eventual crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, previsto no art. 1º, caput e parágrafos da Lei nº 9.613/98 (BRASIL, 1998b). Poder-se-ia argumentar que é possível extrair interpretação, dos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011c), que qualquer crime relacionado com a infração contra a ordem econômica estaria albergada pela imunização penal (extinção da punibilidade em razão da celebração e cumprimento do acordo de leniência). Contudo, é preciso não olvidar que a Lei nº 12.683/2012 (BRASIL, 2012a), que é posterior à Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011c), alterou o texto do parágrafo 1º do art. 2º, da Lei nº 9.613/98 (BRASIL, 1998b), estabelecendo que havendo indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, será punível o crime de lavagem, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente. Situação similar e de incerteza jurídica quanto aos efeitos do acordo de leniência (antitruste) se observa relativamente

ao crime de organização criminosa (sabido que os ilícitos aqui tratados, no mais nas vezes, envolve atuação coordenada de vários infratores), previsto no art. 2º, da Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013c), diploma legal também posterior à Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011c).

Assim, é certo que o desenho delineado para o acordo de leniência no campo do direito antitruste brasileiro merece reflexões e cautela, quanto ao alcance de seus efeitos, máxime por parte dos que se dispuserem a celebrar tal ajuste, aos quais se faz altamente recomendável, por imperativo de segurança jurídica, que busquem o envolvimento e a participação do Ministério Público, através de seu órgão com atribuições para tratar das repercussões penais sobre os respectivos fatos ilícitos.

Prosseguindo na abordagem objeto do presente sub-tópico, é de se destacar que à semelhança da lei antitruste anterior (revogada) a atual lei antitruste (BRASIL, 2011b) também não isenta o infrator, que firmar o acordo de leniência, das punições administrativas previstas no art. 87, III e IV, combinado com o art. 88, II, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), aplicáveis no caso de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação, que podem resultar em sanções de suspensão por até dois anos de participar de licitações promovidas pela Administração Pública, assim como declaração de inidoneidade para os mesmos fins, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade. Também não se previu a imunização quanto a sanções similares aplicáveis pelos Tribunais de Contas, que na esfera federal, estão previstas nos arts. 46 e 58, II, da Lei nº 8.443/92 (BRASIL, 1992c). Igualmente não há previsão de isenção de eventual sanção, por ato de improbidade administrativa, conforme Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), caso a fraude à licitação tenha se perpetrado com a participação de um agente público (BRASIL, 2015g).

De outra banda a lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), em seu art. 17, prevê a possibilidade de acordo de leniência, celebrado pela Administração Pública com a pessoa jurídica responsável pela prática desses ilícitos administrativos dos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b).

Observa-se no mais que os modelos americano e europeu indicam que o sucesso dos acordos de leniência, enquanto instrumentos de combate a condutas concertadas anticoncorrenciais, ou ilícitos praticados em concurso de pessoas (jurídicas entre si, como é o caso de algumas das fraudes em licitações, ou entre pessoas jurídicas e agentes públicos, como é o caso da corrupção) depende, sob a

perspectiva da racionalidade econômica dos agentes de mercado, de regras transparentes e que tragam segurança a quem se propõe a descortinar a conduta ilícita para as autoridades públicas, de fiscalização e investigação, submetendo-se à irrecusável obrigação de reparar o dano e sofrer sanções administrativas, ainda que mitigadas.

Portanto o fator de sucesso e eficiência do acordo de leniência está ligado à diminuição do grau de discricionariedade da autoridade pública quanto aos efeitos gerados com a adesão, através de estipulação expressa e incondicional dos benefícios dele decorrentes (BRANCO, 2008, p. 144-145; LAMY, 2014, p. 52), assim como com a clareza e certeza das obrigações a serem assumidas e os efeitos decorrentes do acordo, isto é, a cota de sacrifício ao se renunciar a direitos (como o de não se autoincriminar) e assumir compromissos (colaborar de forma efetiva com as investigações), de um lado e, de outro lado, os benefícios ofertados em contrapartida (isenção ou atenuação de sanções).

Vale aqui anotar que o acordo de leniência, assim como a colaboração premiada (no direito penal), técnicas especiais de investigação, não violam a garantia fundamental de não ser obrigado ou forçado à autoincriminação, que decorre do devido processo legal, e do assegurado contraditório e ampla defesa, com meios e recursos inerentes, aos litigantes em processo judicial ou administrativo. Isto porque citados institutos (técnicas especiais de investigação) somente são passíveis de serem implementados mediante ato voluntário daquele que se dispõe a firmar a avença com as autoridades estatais. Portanto mediante ato rigorosamente voluntário pode qualquer investigado ou acusado (pessoa física ou jurídica) renunciar à garantia ou direito fundamental de não autoincriminação.

No art. 16, incisos e parágrafos, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), estão previstas as condições e requisitos para a celebração do acordo de leniência, bem como os efeitos que ele produz. A par destes aspectos dos quais se tratará logo a seguir, imperioso destacar que, à semelhança do art. 86, § 10, a lei antitruste (BRASIL, 2011b), a proposta de acordo de leniência, na lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), que for rejeitada não implicará em confissão ou reconhecimento do ilícito pelo investigado, conforme art. 16, § 7º, tema que será novamente abordado mais à frente, nesse trabalho.

Assim as condições para firmar o acordo de leniência na Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b) são: a) a identificação dos demais envolvidos (quando couber) e b)



a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito em apuração. Os requisitos, que são cumulativos, impõem ônus à pessoa jurídica interessada no acordo, quais sejam: a) ser a primeira a se manifestar sobre os fatos delituosos; b) cessar imediatamente a prática delitiva; c) admitir/confessar sua participação no ilícito e; d) cooperar de forma plena e permanente com as investigações até o encerramento. Já os efeitos ou contrapartidas para a pessoa jurídica que celebrar o acordo serão: a) isenção das penas do art. 6º, II (publicação extraordinária da decisão) e do art. 19, IV (proibição de receber recursos públicos) e b) possibilidade da redução da multa administrativa em até dois terços.

Não será possível, portanto, na lei anticorrupção (BRASIL, 2013b), firmar acordo de leniência com uma segunda pessoa jurídica envolvida nos fatos, diferentemente da perspectiva antitruste da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011c), que, além de aplicável tanto às pessoas físicas como jurídicas, em seu art. 86, § 7º, admite tal hipótese, caso o objetivo do infrator seja revelar outros fatos delituosos, no que é denominado Leniência *Plus*:

Caso o indivíduo não seja o primeiro a se candidatar à leniência, ou não cumpra qualquer dos outros requisitos impostos, poderá participar da chamada Leniência Plus que consiste na delação de outro cartel sobre o qual a Superintendência ainda não tenha, sequer, conhecimento tendo, como resultado, a obtenção de todos os benefícios em relação à segunda conduta relatada e redução da punição da primeira. (LAMY, 2014, p. 118)

Embora não seja objeto do presente trabalho, fica o registro de que merece uma melhor reflexão o aspecto do sigilo que o art. 86, § 9º, da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011c), confere como regra aos acordos de leniência na seara antitruste, excetuando tal regra apenas no interesse das investigações e do processo administrativo. É bem verdade que este sigilo também é previsto nos programas de leniência norte-americano e europeu (LAMY, 2014, p. 58). Compreende-se igualmente que tal sigilo visa preservar ou outorgar segurança ao infrator colaborador (contra retaliações pessoais e comerciais), circunstância que pode ser relevante para que o acordo de leniência venha a se mostrar atrativo e funcionar efetivamente como instrumento de combate a cartéis. Ocorre que no sistema jurídico pátrio um dos princípios regentes da Administração Pública é justamente o da publicidade, conforme art. 37, da Constituição (BRASIL, 1988) a permitir o escrutínio dos cidadãos quanto às atividades de entes públicos ou submetidos às normas de direito público, até mesmo para, se o caso, questionar atos que porventura se mostrem lesivos ao erário



e ao interesse público, através da ação popular, conforme art. 5º, LXXIII, da Constituição (BRASIL, 1988).

Na Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), lei anticorrupção, nos termos do parágrafo 6º, do art. 16, a regra é a publicidade do acordo de leniência, que poderá ser suspensa, de forma provisória, enquanto necessária ao interesse das investigações e do processo administrativo. De qualquer forma, concluídas as investigações, ou findo o processo administrativo de apuração, com aplicação das sanções, o acordo de leniência que deu origem às apurações deverá ser tornado público, mormente em face do que já se pontuou quanto à publicidade e possibilidade de escrutínio social sobre os atos do Poder Público, corolário do regime democrático. Essa mesma linha de levantamento do sigilo, foi a adotada no campo penal, quando concluídas as investigações, com a oferta de denúncia criminal, para os acordos de colaboração premiada da atual lei de organizações criminosas, apenas com a imprescindível cautela de preservação da identidade do infrator colaborador, conforme arts. 4º a 7º, da Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013c).

Vale anotar ainda que pode não se revelar razoável e adequada a supressão na atual lei antitruste do requisito que vedava o acordo de leniência com as empresas ou pessoas físicas que estiveram à frente da conduta tida como infracionária, que constava do parágrafo primeiro do art. 35-B, da revogada Lei nº 8.884/94 (BRASIL, 1994). Orientação que foi seguida também na lei anticorrupção, Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), que igualmente não prevê tal restrição, permitindo, *v.g.*, que o líder (pessoa jurídica) de um cartel para fraudar licitações públicas ou aquele que seja o organizador (pessoa jurídica) de um esquema de obtenção de favorecimentos ilícitos em razão de prática corrupta (promessa ou efetiva entrega de vantagem indevida a agente público, para prática ou deixar de praticar ato de ofício visando interesses privados), seja postulante e se beneficie do acordo de leniência.

Todavia, é preciso não perder de vista que tais condutas lesivas à Administração Pública, ordinariamente são praticadas em concurso de agentes, para fraudar licitações, ou para a obtenção de vantagens indevidas, através de corrupção pública, com prejuízos ao erário. Aliás, sob o aspecto penal, constata-se que, como regra, consubstanciam-se em crimes praticados por grupos organizados deixando vestígios ínfimos ou de difícil percepção (ANDREATO, 2013, p. 97), o que justifica que o legislador pátrio tenha ampliado as potencialidades do acordo de leniência, abandonando restrições que pudessem impor perdas a sua eficiência e efetividade.

De modo que homenageia o princípio da eficiência a introdução (inclusive com base na efetividade já observada no direito comparado) de mecanismos de prevenção e apuração de tais ilícitos, que drenam recursos públicos para interesses privados, causando prejuízos à sociedade e ao cumprimento pelo Estado dos objetivos pactuados no texto constitucional. O acordo de leniência como técnica especial de investigação apresenta-se como mecanismo com essa capacidade.

Em complemento ao que se expôs no presente sub-tópico, elaborou-se ainda quadro sintético comparativo, que consta no Apêndice do presente trabalho, elencando as principais características dos acordos de leniência na seara antitruste e no âmbito da lei anticorrupção.

#### 4.3.2 O Acordo de Leniência como Técnica Especial de Investigação para Facilitação da Coleta de Provas em Ilícitos de Difícil Apuração

Para a perpetração das condutas corruptivas e lesivas às licitações e contratos públicos os infratores se associam, em um clima de confiança e também de sigilo e segredo acerca da trama delituosa, nos moldes da *omertà*, das máfias italianas, que adotam a lei do silêncio e da cumplicidade tácita (DICIONÁRIO INFOPÉDIA DE ITALIANO-PORTUGUÊS, 2003-2016).

Não se pode olvidar que “Boa parte da corrupção nunca vem à luz: aqueles que dela tem conhecimento têm normalmente o interesse de escondê-la, de modo que alguns tipos de corrupção podem ser usados para ocultar outros.” (JOHNSTON, 2002, p. 106). Essa característica do *modus operandi* dos infratores dificulta sobremaneira a detecção das atividades ilícitas, notadamente de práticas corruptas.

No tocante às licitações e contratos administrativos as posturas lesivas ao erário no mais das vezes dizem respeito à fraude ou frustração do caráter competitivo do certame licitatório, notadamente através de cartel de empresas, com combinação de preços e outras condições passíveis de competição, de acordo com o edital respectivo. Tais posturas delitivas se aproximam da mesma lógica dos cartéis que visam limitar a livre concorrência no mercado, nos quais se observa a pluralidade de empresários do mesmo ramo, entabulando acordos entre si, colocando em prática tratativas para a perpetração do ilícito, seja fixando preços artificialmente, seja regulando ilegitimamente quantidades vendidas ou produzidas e, ainda, controlando

regionalmente o mercado, as redes de distribuição ou de fornecedores, tudo sob o manto da clandestinidade e do elo de confiança e sigilo que pactuam mutuamente.

Não bastasse tais peculiaridades dessa atuação ilícita organizada, o mundo contemporâneo trouxe, como já visto neste trabalho, uma grande facilidade no trânsito das comunicações e das informações e, acrescente-se, também do fluxo de capitais financeiros:

Tradicionalmente, o risco de os corruptos serem pegos é baixo. O suborno é sempre pago em segredo, e em geral é transmitido por intermediários. Em raros casos os governos, cujos líderes aceitam grandes subornos, processam aqueles que os pagam. [...] Muitos subornos são depositados em países com leis de sigilo bancário. Os sistemas jurídicos existentes são mal equipados para lidar com um universo econômico no qual uma empresa do país A suborna um funcionário público do país B, usando, para tanto, um agente do país C, e em que o dinheiro é depositado em um banco no país D. (HEIMANN, 2002, p. 220)

Portanto, a intensa integração da economia global cria condições para que a corrupção ganhe eco no universo econômico, o que é potencializado pela permeabilidade das fronteiras e da dificuldade de divisar o interno do externo, circunstâncias às quais deve ser acrescida ainda a existência de um sistema financeiro internacional que opera em rede digital (internet), além do aumento das alianças estratégicas cooperativas nacional e internacionalmente, tornando de um lado mais difícil o controle estatal, conquanto, de outro, crie condições para a união de esforços dos Estados no enfrentamento do problema (GLYNN, KOBRIN e NAÍM, 2002, p. 34-35) . Sob tal prisma a Secretaria da Receita Federal do Brasil registra o seguinte informe:

Segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, a lavagem de dinheiro é uma grave ameaça para a economia legal, havendo a percepção de que a fraude fiscal é, atualmente, uma das três principais origens de dinheiro “sujo”. Nesse contexto, as autoridades fiscais, no exercício da atividade de verificação e análise da contabilidade e dos registros dos contribuintes para apuração de sua situação tributária, desempenham papel fundamental na detecção e identificação não só de crimes fiscais, mas também de lavagem de dinheiro e de outros crimes financeiros. (BRASIL, 2016i)

Visando enfrentar tal realidade as nações estão se articulando em organismos internacionais e criando acordos para a troca de informações financeiras. No plano internacional um passo importante nesta direção foi a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária emendada pelo Protocolo de 1º de junho de 2010, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico – OCDE, à qual já aderiu 101 países. Essa Convenção foi integrada ao ordenamento jurídico

pátrio através do Decreto nº 8.842/2016 (BRASIL, 2016c), firmada que foi pela República Federativa do Brasil, em Cannes, em 3 de novembro de 2011. Sobre esse acordo vale destacar o seu potencial para enfrentamento da evasão fiscal, para os países subscritores do tratado, pois implicará na:

[...] troca automática de informações internacionais, que se torna realidade a partir de 2017 e tem como base a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária (“Acordo Multilateral”). Em 2017, serão 54 países (denominados *early adopters*) trocando automaticamente informações sobre ativos financeiros (ainda que estejam sob trusts, fundações ou empresas offshore) e, a partir de 2018, outros 47 países, incluindo o Brasil, entram na troca automática, totalizando 101 países participantes. O padrão para a troca das informações foi aprovado em 2014 pelo G20, que é denominado “Common Reporting Standards”, ou “CRS” (UTUMI; CALHEIROS, 2016)

Os Estados Unidos não fazem parte desse Acordo Multilateral, contudo estipularam um sistema próprio de troca de informações, denominado *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), tendo o Brasil firmado o “Acordo para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos”, com o país norte-americano, promulgado pelo Decreto nº 8.003/2013 (BRASIL, 2013), assim como o “Acordo para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA”, promulgado através do Decreto nº 8.506/2015 (BRASIL, 2015b), a partir dos quais as autoridades fiscais brasileiras receberam já no ano de 2015, segundo informações da Receita Federal do Brasil, dados sobre cerca de 25.000 contas bancárias de brasileiros (UTUMI; CALHEIROS, 2016).

Tais acordos conquanto para fins tributários, consubstanciam passo importante como coadjuvantes no combate à lavagem de ativos, constituindo em um reconhecimento dos países no sentido da necessidade de estabelecer um melhor controle sobre a volatilidade dos capitais, dos fluxos financeiros, que de há muito não mais conhecem fronteiras, o que, por vezes, tem propiciado porto seguro para a evasão fiscal e para acobertamento de vantagens obtidas em ações delituosas.

Aliás, a Convenção de Palermo, Decreto nº 5.015/2004 (BRASIL, 2004), art. 7º, assim como a Convenção de Mérida, Decreto nº 5.687/2006 (BRASIL, 2006), arts. 14, 46 e 58 a 60, também já dedicam especial atenção acerca da cooperação internacional relativa às práticas ilícitas de lavagem de dinheiro, que no plano interno ganhou tipificação penal com a Lei nº 9.613/98 (BRASIL, 1998b), com posterior alteração pela Lei nº 12.683/2012 (BRASIL, 2012a).

Outrossim, ante o que já visto até aqui, pode-se afirmar que o acordo de leniência consiste em opção ou mecanismo de facilitação da coleta de prova, uma técnica especial de investigação, com o fim de abreviar e economizar o tempo do processo (administrativo ou judicial), conferindo eficiência e efetividade à atuação estatal na repressão ou combate de condutas ilícitas prejudiciais à sociedade, através de acordo a ser firmado com um dos infratores, ao qual será ofertado, em contrapartida, atenuação de algumas sanções e isenção de outras, sempre no desiderato de descortinamento de atividades delituosas lesivas à Administração Pública e também identificação e punição de outros responsáveis envolvidos em tais atividades.

Trata-se de ferramenta que vem fortalecer a repressão estatal a tais tipos de ilícitos, que envolvem uma trama secreta e invisível visto que o conluio para práticas corruptas ou de fraudes a licitações e contratos, de regra, não chegam ao conhecimento de terceiros, comumente não deixam rastros, portanto são de difícil identificação, cumprindo observar ainda que se tratam de ilícitos sem vítima individualmente determinada (as vítimas são o Estado e a sociedade), o que é um dificultador para que chegue ao conhecimento das entidades e órgãos estatais de fiscalização e controle, visto que não há alguém que se sinta obrigado a levar os fatos delituosos ao conhecimento da autoridade competente (CARVALHO, 2015, p. 39)

Todavia, essa necessidade de que o Estado detenha instrumentos modernos de investigação e produção de prova, não significa descuidar da irrenunciável obediência aos postulados do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. O direito sancionador estatal, como meio para restaurar a paz no ambiente social e buscar o bem comum, não prescinde da observância do núcleo de garantias que derivam do devido processo legal.

De qualquer forma é necessário abalar a coesão destes pactos delituosos, que se sustentam no sigilo e na confiança (ambiente de segurança no qual se fiam os infratores), para o êxito das condutas lesivas à Administração Pública. Tratando do acordo de leniência previsto para infrações contra a ordem econômica, Danilo Andreato destaca suas potencialidades, que *mutatis mutandis*, dialogam com o desiderato do acordo de leniência da lei anticorrupção:

Atua o colaborador como agente interno de desestabilização do grupo infrator, de modo a propiciar a ruptura da *societas sceleris* e, por consequência, do cartel. É fora de dúvida que o acordo de leniência consiste em um importante instrumento investigativo de natureza especial direcionado a prevenir e reprimir infrações penais e administrativas contra a ordem

econômica, reduzindo a margem de impunidade, evitando a dilapidação dos recursos públicos e fortalecendo o Estado Democrático de Direito. (ANDREATO, 2013, p. 123)

No campo penal, essa técnica se dá através da delação ou colaboração premiada, que teve início no Brasil, ao menos sob a vigência da atual ordem constitucional, através da Lei nº 8.072/90 (BRASIL, 1990a), conhecida como lei dos crimes hediondos, que em seu art. 8º estabeleceu a redução da pena, de um a dois terços, nos crimes previstos nesta lei, ao participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento. O art. 7º da Lei nº 8.072/90 (BRASIL, 1990a) introduziu ainda o parágrafo quarto ao art. 159 do Código Penal (BRASIL, 1940), prevendo igual possibilidade de redução da pena, nas mesmas condições, para o crime de extorsão mediante sequestro.

Luiz Flávio Gomes visualiza a existência de uma dicotomia entre delação e colaboração premiada, afirmando que:

O escândalo gerado pela ampla divulgação da corrupção política no Brasil propiciou ao mesmo tempo densa publicidade do instituto da delação premiada, já largamente praticada em vários países, incluindo a Itália (pentitismo) e os Estados Unidos. Não se pode confundir delação premiada com colaboração premiada. Esta é mais abrangente. O colaborador da Justiça pode assumir culpa e não incriminar outras pessoas (nesse caso, é só colaborador). Pode, de outro lado, assumir a culpa (confessar) e delatar outras pessoas (nessa hipótese é que se fala em delação premiada). (GOMES, 2005, p. 108)

De outro lado há quem defenda que o vocábulo delação tem conotação pejorativa, daí que o mais apropriado seria colaboração premiada (ANDREATO, 2013, p. 71). Seja como for, esse instituto foi ampliado, para outros tipos de crimes (contra o sistema financeiro, ordem tributária, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e praticados por organizações criminosas), inserido em vários diplomas legais, como as Leis números 7.492/86 (BRASIL, 1986), 8.137/90 (BRASIL, 1990d), 9.613/98 (BRASIL, 1998b), 9.807/99 (BRASIL, 1999a), 11.343/2006 (BRASIL, 2006a) e 12.850/2013 (BRASIL, 2013c). Os requisitos e condições são diversos a depender do crime, e os efeitos, para o colaborador, podem variar de redução da pena, a aplicação somente de penas restritivas de direito, ao perdão judicial e à extinção da punibilidade.

Anote-se que a Lei nº 9.907/99 (BRASIL, 1999a) editada visando a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, assim como de réus colaboradores, estendeu o instituto da colaboração premiada para qualquer processo-crime.

Lançadas essas noções preliminares, não se aprofundará o tema, por não ser o objeto deste estudo, anotando-se a existência de artigo científico, com detida análise sobre a evolução do instituto no âmbito processual penal, de autoria de Nefi Cordeiro (2010), do qual se extraiu maior parte do resumo da evolução legislativa aqui apresentado, sendo certo que há inegável paralelo entre o a delação ou colaboração premiada e o acordo de leniência:

Neste sentido percebe-se que o paralelismo entre a ratio que norteia a colaboração em meio ao processo penal, e aquela que fundamenta os acordos de leniência do Direito Administrativo Sancionador; em ambos, o que se busca é aumentar a carga de eficiência das investigações dos ilícitos que, por sua complexidade e nível de organização, oferecem dificuldades ao deslinde tão somente através do Poder Público. (FIDALGO; CANETTI, 2015, p. 267)

Assim, tanto a colaboração premiada como o acordo de leniência, são técnicas especiais de investigação (ANDREATO, 2013, p. 70), que visam superar as dificuldades na apuração de materialidade e autoria de ilícitos que envolvam coautoria, pluralidade de agentes, que se encontram, no mais das vezes, vinculados por um liame de confiança e sigilo, peculiaridade que confere especial suporte para o sucesso da empreitada delituosa.

#### 4.4 ACORDO DE LENIÊNCIA: PROBLEMAS E ALTERNATIVAS JURIDICAS PARA A EFICIÊNCIA NO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

##### 4.4.1 Os Problemas que Podem Comprometer a Eficiência dos Acordos de Leniência

Empreendeu-se esforços utilizando-se inclusive de dados de pesquisas sobre a funcionalidade e eficiência do Poder Judiciário, assim como do Ministério Público, para demonstrar, que no plano teórico, o acordo de leniência, como técnica especial de investigação, tem potencial (sob a perspectiva do princípio da eficiência) para produzir resultados mais efetivos e eficazes, na apuração de responsabilização por atos lesivos à Administração Pública, corrupção pública e fraudes a licitações e contratos públicos.

Todavia é preciso reconhecer que, numa leitura e interpretação literal dos contornos do acordo de leniência previsto no capítulo V, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), problemas existem que podem comprometer o seu potencial tanto para apuração e punição dos atos lesivos à Administração Pública tipificados nesta lei, assim como para estender tal potencial à apuração e punição dos atos de



improbidade administrativa, previstos da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b) e outras esferas de responsabilização.

Isso porque, sempre sob uma perspectiva literal dos termos da lei anticorrupção, o acordo de leniência tem previsão única e exclusivamente para o processo de responsabilização administrativa, conquanto tenha como efeito a isenção de uma das sanções aplicáveis através da responsabilização judicial, qual seja, a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos, conforme art. 16, § 2º, da lei anticorrupção (BRASIL, 2013b).

De modo que a pessoa jurídica, mesmo celebrando um acordo de leniência, no processo administrativo, atendendo às condições e requisitos para tanto, conforme art. 16, I e II, § 1º, I a III, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), ainda estará submetida à responsabilização das sanções de direito administrativo aplicáveis através de ação civil pública, (consistentes em perdimento de bens, suspensão ou interdição de atividades ou dissolução compulsória), à qual são cumuladas outras esferas de responsabilidade, como a relativa a atos de improbidade administrativa, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), também na via judicial, tudo nos termos dos arts. 18, 19 e 30, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b).

Para tornar ainda mais complexa essa intrincada rede de responsabilização independente, tem-se que é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações judiciais de improbidade administrativa, conforme art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b).

E, também, a depender dos atos lesivos, conforme arts. 5º, I, II e V, alíneas “a” a “g”, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), a pessoa jurídica estará sujeita a responsabilidade perante: a) o órgão da Administração Pública lesado, na forma dos arts. 86 a 88, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b) ou art. 47, da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011a); b) o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no caso de práticas cartelizadoras em licitações públicas, consoante art. 36, incisos e parágrafos, da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011c); c) na esfera federal, o Tribunal de Contas da União, na forma dos arts. 46 e 58, da Lei nº 8.443/92 (BRASIL, 1992c), que prevê pena de multa para grave infração à norma legal, já que “[...] frustrar o caráter competitivo é uma grave infração à norma legal, ou seja, à Lei nº 8.666/93, inclusive criminalizado”. (REOLON, 2014, p. 153).

Mas não é só, pois no tocante às pessoas físicas, com participação nos atos lesivos as mesmas vicissitudes se observam, pois se é certo que não se lhes aplicam as sanções da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), as demais são aplicáveis, acrescidas ainda da responsabilização na seara penal, crimes contra a Administração Pública, notadamente corrupção ativa, art. 333, do Código Penal (BRASIL, 1940), além de outros como *v.g.*, eventual lavagem de dinheiro – art. 1º, da Lei nº 9.613/98 (BRASIL, 1998b), ou organização criminosa – art. 2º, Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013c). E, no caso de fraudes a licitações e contratos, tem-se ainda os crimes da seção III, do capítulo IV, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b).

Tal quadro é revelador de que o acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), tem baixíssimo grau de segurança para a pessoa jurídica (e para eventuais sócios ou administradores envolvidos) que se aventurar a celebrá-lo, exclusivamente no processo administrativo, numa interpretação literal do formato estabelecido na mesma lei, o que milita contra a eficiência do instituto, conforme as experiências verificadas em outros países (BRANCO, 2008, p. 144-145; LAMY, 2014, p. 52).

É inegável que essa insegurança confere muito pouca, para não dizer nula, eficiência ao instituto, dado que não se mostra estimulador, sob tal perspectiva, para as pessoas jurídicas infratoras que cogitem de celebrar tal acordo, restando, ao fim e ao cabo, extremamente reduzido o potencial desta técnica especial de investigação para influir e modificar a realidade atual e propiciar uma atuação estatal que seja mais promissora na apuração e responsabilização de tais ilícitos, nas várias esferas de responsabilização de nosso direito sancionador. Isso, refirme-se, sempre numa interpretação literal do formato do acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b).

De outra banda é bem verdade, e a isso é preciso não olvidar, que para pessoas jurídicas empresariais, notadamente sociedades empresárias de grande ou médio porte, é possível que se avenge a opção pelo acordo de leniência, nos casos em que a direção da empresa, seu conselho de administração, ou os dirigentes que realmente tenham poderes para administrá-la e representá-la, não estejam envolvidos dolosamente nos atos lesivos, como *v.g.*, no caso de algum empregado, representante comercial ou despachante que tenha corrompido agente público (por conta e risco), para praticar ou deixar de praticar ato de ofício, com o objetivo de beneficiar a empresa

(que portanto pode sofrer as sanções da lei anticorrupção, considerada a responsabilidade objetiva).

Em tais hipóteses, mormente se a empresa detiver mecanismos de *compliance*, que detectem tal ilicitude, pode ser uma opção procurar o Poder Público, para celebrar o acordo de leniência e colaborar com as investigações. Mas é preciso não olvidar que em boa parte dos casos as pessoas físicas que têm poder de gestão e decisão estarão envolvidas (ou cientes da prática infracionária se omitiram) tornando muito difícil a iniciativa da pessoa jurídica na celebração de acordo de leniência, consideradas as possibilidades de responsabilização em outras esferas do poder estatal sancionador, conforme já apontado.

#### 4.4.2. O Acordo de Leniência perante a Improbidade Administrativa

O enfrentamento dos demais problemas que podem comprometer a eficiência dos acordos de leniência, passa pela leitura da vigente legislação de direito sancionador de condutas lesivas à Administração Pública sob os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2015a, p. 112) vislumbra que o princípio da proporcionalidade é uma faceta do princípio da razoabilidade, no que é seguido, com pequena variação terminológica por outros doutrinadores (PAZZAGLINI FILHO, 2005, p. 41; CARVALHO FILHO, 2014, p. 44; GARCIA, 2010a, p. 119), pois estes princípios têm como desiderato garantir o uso moderado do poder estatal.

A razoabilidade, outrossim, estaria ligada à concepção de que a atuação estatal deve obedecer a standards de aceitabilidade, de sensatez ou a uma congruência lógica entre os fatos ou questões a serem deliberadas, de competência de dada autoridade administrativa, e a decisão estatal por ela adotada para a solução, o que em última *ratio*, implica na observância da legalidade, ou seja, aos contornos e objetivos de dada norma legal (MELLO, 2015a, p. 111-112). E, tal princípio não incide somente sobre funções administrativas estrito senso, mas sobre qualquer outra função pública, inclusive a legislativa (CARVALHO FILHO, 2014, p. 41-42), como por exemplo entendeu nossa Corte Suprema ao considerar inconstitucional, por ausência de razoabilidade, o art. 91-A, da Lei nº 9.504/97 (BRASIL, 1997a), com redação dada pela Lei nº 12.034/2009, que exigia do eleitor tanto o título eleitoral como um

documento de identidade com foto, para que pudesse votar (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010)

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, incide para afastar a implementação de atos, condutas e decisões estatais que ultrapassem os limites adequados, tendo em vista os objetivos perseguidos pela Administração ou demais Poderes do Estado. Ou seja, havendo necessidade da intervenção estatal esta deve se dar com equilíbrio, sem excessos, proporcionalmente ao fim almejado (CARVALHO FILHO, 2014, p. 43).

Segundo as premissas da doutrina alemã, de onde é oriundo (tendo surgido também na Suíça e depois se espreado por outros países europeus), o princípio da proporcionalidade deve obedecer a três fundamentos, quais sejam: a) adequação dos meios empregados para o fim pretendido; b) exigibilidade da conduta que deve ser necessária e executada da forma menos gravosa; e c) proporcionalidade em sentido estrito, que se identifica com a constatação de que as vantagens conquistadas com o ato ou conduta estatal devem superar as desvantagens (MELLO, 2015a, p. 114; CARVALHO FILHO, 2014, p. 43).

Já Tércio Sampaio Ferraz Jr (2007, p. 40) anota que em termos de razoabilidade, a ligação se perfaz com o princípio do devido processo legal, mais propriamente do *due process of law* substantivo, do direito norte-americano e também do inglês, ao passo que a proporcionalidade tem origem da doutrina e jurisprudência alemãs, sem ligação com o devido processo legal, mas com outro desenvolvimento, conectado com o valor justiça, sendo certo ademais que:

A compreensão desse amálgama no Brasil, entre razoabilidade e proporcionalidade reporta-se, afinal, ainda que de modo não explícito, àquela noção de justiça dos procedimentos, em termos de Estado de Direito, e da obediência à legalidade

A garantia do devido processo legal em sua acepção substantiva passa a ter a ver, pois, com a percepção, na lei, de uma estrutura finalista (relação de meio-fim), cujo vínculo é dado pela proporcionalidade. Nesse sentido, pode-se falar, de um lado, em sua violação, quer quando ocorra o que a doutrina norte-americana, em nome do *rule of reasonableness*, denomina *under-inclusiveness*, caso em que no tipo legal está incluído menos do que deveria, quer quando ocorra uma *over-inclusiveness*, caso em que no tipo penal está incluído mais do que deveria.

[...]

Esses conceitos terminam por propiciar uma aproximação da razoabilidade com a proporcionalidade, enquanto relação justa (FERRAZ JR., 2007a, p. 45)

Luís Roberto Barroso também reconhece esse amálgama, ou ao menos um caráter intercambiável entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, embora registrando também que, historicamente, se originaram de sistemas distintos:

Guardada a circunstância de que suas origens reconduzem a sistemas diversos - ao americano em um caso e ao alemão em outro -, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Cabe a observação, contudo, de que a trajetória do princípio da razoabilidade fluiu mais ligada ao controle dos atos normativos, ao passo que o princípio da proporcionalidade surgiu ligado ao direito administrativo e ao controle dos atos dessa natureza. Vale dizer: em suas matrizes, razoabilidade era mecanismo de controle dos atos de criação do direito, ao passo que proporcionalidade era critério de aferição dos atos de concretização.

[...]

O princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha. O princípio, com certeza, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. Não é de voluntarismo que se trata. A razoabilidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível — ou mesmo aquele que, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se valido do princípio para invalidar discriminações infundadas, exigências absurdas e mesmo vantagens indevidas. (BARROSO, 2001)

Revisite-se, novamente, o que preceitua o art. 8º, do vigente Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c), determinando ao juiz que, na aplicação da lei, deve-se promover a dignidade da pessoa humana, observando-se a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Sob tal perspectiva é preciso refletir para se constatar que:

[...] a eficiência imiscui-se com a proporcionalidade, sobretudo com a adequação e com a proporcionalidade em sentido estrito. Realmente, a proporcionalidade exige que se escolham, para que se alcance a finalidade estabelecida, meios adequados, necessários e proporcionais. O meio será adequado, se promover o fim, sendo necessário se, entre todos os igualmente adequados, for o menos restritivo para o particular. E, finalmente, um meio é proporcional em sentido estrito, se as vantagens promovidas superam as desvantagens provocadas.

O meio a ser adotado para alcançar as finalidades deve ser adequado, mas isso não é suficiente em termos de eficiência. Não basta ser adequado. Se for adequado, mas vier a promover o fim de modo insignificante, com efeitos negativos ou com pouca certeza, será ineficiente. Não haverá eficiência.

O processo judicial deve ter efetividade, com duração razoável, garantindo isonomia, segurança, com contraditório e ampla defesa. Em razão do princípio da eficiência, o procedimento e a atividade jurisdicional não de ser estruturados para que se construam regras adequadas à solução do caso com efetividade, duração razoável, garantindo-se a isonomia, a segurança, com contraditório e ampla defesa. (CUNHA, 2014, p. 79)

Visto isso, não se desconhece que literal e expressamente o art. 16, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b) estabeleceu a hipótese de acordo de leniência somente no âmbito do processo administrativo, instaurado pela autoridade competente de cada um dos poderes, de cada uma das entidades federadas (Administração Pública em sentido amplo, Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como União, Estados e Municípios). Previu também, em seu art. 17, que a autoridade administrativa competente possa celebrar o acordo de leniência quanto às infrações administrativas da lei de licitações, arts. 86 a 88, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b).

De outro lado, verifica-se que não houve vedação explícita para que o acordo de leniência pudesse ser utilizado pelo Ministério Público ou pelas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial da Administração Pública, no tocante à responsabilidade civil, prevista no art. 19 da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b). Aliás, é curioso que a lei tenha estabelecido que sanção aplicável na esfera judicial, através de ação civil pública, que tem como um de seus legitimados o Ministério Público, pudesse ser objeto de isenção, como um dos efeitos do acordo de leniência firmado na esfera administrativa. É o que se verifica com a leitura do art. 16, § 2º, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b).

Cabe já aqui reafirmar que o fato de as sanções do art. 19 da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), estarem sujeitas à via judicial para que possam ser aplicadas não lhes retira o caráter de normas de direito administrativo sancionador. Tal conclusão decorre do quanto já afirmado sobre os efeitos do acordo de leniência realizado na esfera administrativa que isenta a pessoa jurídica de sanção que só pode ser aplicada na via judicial (art. 16, § 2º). Ainda sobre o tema:

A administração pública pode ser vítima de ataques a bens jurídicos por ela protegidos ou que digam respeito à sua existência, assumindo posições diversificadas na perspectiva processual, ora como promotora de acusações, ora como vítimas de ilícitos, ora nessa dúplice condição simultaneamente. No patamar de vítima, pode ocorrer que a Administração não disponha da titularidade para determinado processo punitivo, não obstante tratar-se de interesses seus e da sociedade em jogo. Em tal situação, vale frisar que o Estado-Administrador ainda recebe a tutela do Direito Administrativo, embora sua operacionalização possa ocorrer através do Poder Judiciário e de instituições como o Ministério Público. [...] cabe ao legislador outorgar a juízes e tribunais poderes sancionadores de Direito Administrativo, tendo em conta o princípio da livre configuração legislativa de ilícitos e sanções. (OSÓRIO, 2015, p. 94)

O mesmo raciocínio aplica-se à Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), que trata dos atos de improbidade administrativa, pois mesmo que os lícitos sejam imputados, e as sanções aplicadas, no bojo de processo judicial, as normas e o regime jurídico aplicáveis são eminentemente de direito administrativo sancionador (OSÓRIO, 2015, p. 84)

Acresça-se a tal perspectiva o papel conferido com exclusividade ao Ministério Público, enquanto garantidor da aplicação das sanções do art. 6º, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), no caso de omissão da autoridade administrativa, o que consagra tal entendimento acerca das penas, que são todas, inclusive as do art. 19, de direito administrativo sancionador, já que ambas podem ser aplicadas na esfera judicial, através de ação civil pública, conforme arts. 20 e 21, da mesma lei (no caso de omissão da autoridade administrativa). Ou seja, a instância (ainda que judicial) que impõe as sanções, por si só, não constitui fator que desnatura o caráter de direito administrativo dessas mesmas sanções.

Sob tal enfoque se mostra perfeitamente possível que a pessoa jurídica ou uma das pessoas jurídicas que estiverem sob investigação (inquérito civil) ou que figurem no polo passivo da ação civil pública, conforme art. 21, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), manifeste interesse em celebrar acordo de leniência.

Ante tal circunstância, atendidos os requisitos e condições dos incisos e parágrafos do art. 16, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), negar a possibilidade de celebração do acordo, equivaleria a interditar a utilização de técnica especial de investigação para o esclarecimento cabal de fatos e ampliação subjetiva de responsabilização de esquemas de ilicitude que são lesivos à Administração Pública e que funcionam bem em razão do pacto de confiança e sigilo que une os infratores, cuja desestabilização é afetada quando um dos participantes do conluio se propõe a fornecer às autoridades estatais as informações e meios de prova. Também equivaleria a, em razão da omissão da autoridade administrativa, negar direito que a lei faculta à pessoa jurídica infratora que se disponha a colaborar para o esclarecimento de atos lesivos à Administração Pública e ver atenuada a sua responsabilização, o que denotaria uma relação de desarmonia entre os fins da lei e os fins que serão atingidos com sua aplicação no caso concreto, desbordando da proporcionalidade, sob a perspectiva da adequação.

Na delação ou colaboração premiada (do processo penal), instituto similar e de mesma natureza jurídica do acordo de leniência, a jurisprudência tem apontado que a



sanção premial prevista na lei deve obrigatoriamente ter incidência em favor do agente colaborador, se as informações prestadas por ele tiveram eficácia, inclusive em razão dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança que tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo, como legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2004b) e o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015i).

Vale reafirmar que infrações como as apontadas no art. 5º, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), notadamente práticas de corrupção pública e de fraude ou frustração de licitações públicas – configuradoras também de atos de improbidade administrativa, no caso de comprovado envolvimento de agente público, conforme linha de raciocínio ampla e exaustivamente já explorada ao longo deste trabalho –, são de difícil detecção pelas autoridades estatais e, de ordinário, poucas são as chances de identificação de todos os seus autores e desmonte dos respectivos esquemas ilícitos, na amplitude em que realmente funcionam, drenando recursos públicos e a solapando a confiança dos cidadãos nas instituições estatais e na própria democracia.

Portanto, sob tal prisma e, ainda, com arrimo na proporcionalidade, já é legítimo concluir pela possibilidade do Ministério Público também firmar o acordo de leniência, nos moldes do que a lei autoriza, de forma expressa, seja firmado pela autoridade administrativa. Isso porque ao órgão ministerial foi inclusive conferida (cabe vincar) a atuação subsidiária (de guardião), quando verificada a omissão da autoridade administrativa, na forma do art. 20, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b). A legitimidade do Ministério Público aliás decorre ainda de sua posição institucional de independência, em relação às autoridades administrativas, e de qualquer intervenção hierárquica quanto à sua atuação finalística, o que decorre de seu perfil constitucional, atribuídas que foram aos seus membros as prerrogativas da independência funcional, da inamovibilidade e da vitaliciedade, conforme art. 127, § 1º e art. 128, § 5º, I, da Constituição (BRASIL, 1988).

Ademais, dentre as funções institucionais gerais dos membros do Ministério Público, na forma do art. 129, da Constituição (BRASIL, 1988), destaca-se: a) promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; b) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; c)

promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; d) expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; e) exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar que regular sua organização, atribuições e estatuto; f) requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

Acrescente-se que, nos termos do art. 128, § 5º, II, da Constituição (BRASIL, 1988), aos membros do Ministério Público é vedado a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; e) exercer atividade político-partidária; f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei

E, justamente em razão desse perfil institucional, com outorga de garantias para uma atuação independente (vinculada estritamente ao atendimento de interesses públicos e sociais), não há motivo razoável para que se interdite ao Ministério Público também a possibilidade de firmar acordo de leniência no âmbito de atuação na Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), quer seja, nas sanções ali previstas a serem aplicadas através de ação judicial, conforme art. 19.

E, em razão de tudo o que até aqui se expôs, também carece de razoabilidade que o acordo de leniência não possa ser utilizado, como técnica especial de investigação (quando presente o envolvimento de pessoa jurídica) para enfrentar o combate à improbidade administrativa, que conforme já se demonstrou ocupa, quantitativamente, boa parte dos esforços institucionais dos membros do Ministério Público brasileiro, consoante informações oficiais de sua atuação institucional, durante o ano de 2015 (BRASIL, 2016b, p. 47, 218-220), havendo, no entanto, conforme dados produzidos por amostragem pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015), sobre o trâmite e desfecho das ações de improbidade administrativa, resultados pouco animadores, conforme dados que foram consignados e destacados nos sub-tópicos 4.1 e 4.2, deste capítulo.

De modo que interpretação restritiva à utilização do acordo de leniência, afasta-se do campo de irradiação do princípio da eficiência que deve pautar, ninguém há de discordar, a atuação do Ministério Público, no combate à improbidade administrativa, sabido que, conforme dados da pesquisa já mencionada (do Conselho Nacional de Justiça), mais de 70% de ações de improbidade são ajuizadas pelos Promotores de Justiça e Procuradores da República (BRASIL, 2015, p-74), valendo lembrar que o Ministério Público, quando não for autor, intervém obrigatoriamente em tais ações, na condição de *custos legis*, conforme art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b).

Tais dados, dessa mesma pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015) são reveladores, ou no mínimo indiciários, de que o ônus da prova tem se mostrado um dificultador importante, seja na apuração e comprovação de atos de improbidade, seja na execução das condenações de caráter pecuniário e ressarcimento ao erário, consideradas inclusive as amplas possibilidades dos infratores de escamotear bens e o produto ou vantagens obtidas com a ação delituosa, conforme também já se referiu em ponderações anteriores sobre a preocupação internacional com a lavagem de dinheiro, potencializada pela agilidade hodierna no fluxo e transferências de ativos no sistema financeiro global.

Não se pode, contudo, caminhar nessa direção, de defesa do uso do acordo de leniência sob essa configuração, sem enfrentar o que expressamente prevê o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), vedando a transação, acordo ou conciliação nas ações destinadas à responsabilização por atos de improbidade administrativa, como corolário no princípio da indisponibilidade do interesse público.

A indisponibilidade do interesse público pressupõe que a sua tutela e os seus objetivos (do interesse público) não podem ser renunciados, notadamente quando quem assim age não detém autorização de seus beneficiários (os cidadãos, administrados), para sobre ele transigir.

Também é consenso que o interesse público pode ser primário e secundário, este vinculando-se aos interesses próprios da Administração Pública, já o primário identificando-se com os interesses da sociedade. Todavia, o tema ganha complexidade quando nos deparamos com a tarefa de definir o que realmente vem a ser interesse público, no estágio atual de nossa sociedade, altamente complexa e velozmente cambiante, conforme já se expôs em linhas anteriores. Sobre o tema:

O pilar do interesse público é a base do Direito Administrativo. O próprio Estado somente pode atuar, na vida de relações, através do ramo jurídico em exame, quando amparado em um interesse público. Essa noção, todavia,

assume feições cada vez mais difusas e abrangentes, não raro, alcançando outras categorias, tais como os interesses coletivos, interesses gerais, interesses difusos ou individuais indisponíveis.

[...]

Imperioso observar que o discurso de embasamento do Direito Administrativo no interesse público é a um só tempo verdadeiro e paradoxalmente vazio. Necessário recuperar os conteúdos do interesse público, os quais devem vir justificados pelas autoridades competentes. (OSÓRIO, 2015, p. 73-74)

Nada obstante, antes de mais nada cabe uma advertência: o acordo de leniência não significa panaceia para conferir salvo conduto a pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos à Administração Pública, conforme as prescrições do art. 16, incisos e parágrafos da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b).

Inicialmente porque somente a pessoa jurídica que primeiro se apresentar, oferecendo-se para firmar o ajuste é que poderá receber os benefícios dele advindos. Acresça-se que apenas um acordo de leniência poderá ser celebrado, beneficiando apenas uma das pessoas jurídicas envolvidas na conduta infracionária (ainda que beneficie também às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, desde que igualmente firmem o acordo e respeitem as condições nele estabelecidas). Ou seja, as demais participantes das fraudes ou atividades que lesam ou lesaram a Administração Pública responderão nos termos da legislação aplicável, observado o devido processo legal – art. 16, § 1º, I; § 5º, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b).

Essa previsão legal de que apenas uma das pessoas jurídicas envolvida na prática infracionária possa celebrar o acordo de leniência (a primeira que se manifestar perante a Administração Pública) é de fundamental importância, notadamente sob a perspectiva das pessoas jurídicas que atuam como agentes de mercado, pois se todas pudessem celebrar o ajuste haveria como que uma precificação da atuação ilícita. Deveras, pois o sistema capitalista tem essa capacidade de se adaptar, calculando custos e benefícios, aproveitando-se de oportunidades para decidir ou não por se manter na conduta ilícita e, ainda, avaliando o momento que melhor lhes apossasse para firmar o ajuste, o que retiraria o potencial desestabilizador da atuação ilícita cartelizada ou organizada, que o acordo de leniência detém quando é restrito somente à primeira infratora que se apresentar.

Ademais, a celebração do acordo traz, sob a perspectiva do direito administrativo sancionador, inegáveis reflexos positivos ao interesse público, pois obriga que a pessoa jurídica pactuante proceda ao ressarcimento integral do dano causado pelas condutas delituosas, núcleo irrenunciável do interesse público (art. 16,

§ 3º), até mesmo porque a recomposição do dano não constitui sanção ou pena, mas obrigação no campo da responsabilidade civil (QUEIROZ, 2015, p. 294-295; OSÓRIO, 2015, p. 114-116). A adesão (rigorosamente voluntária) ao acordo pressupõe ainda a abdicação da pessoa jurídica do direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), de não se declarar contra si mesmo (mitigando-se o exercício da ampla defesa e contraditório), com a admissão de sua participação no ilícito, a interrupção imediata da conduta delituosa e a cooperação plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, *ex vi* do art. 16, § 1º, II e III, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b).

E essa renúncia ao direito de não autoincriminação, quando voluntária, não viola qualquer direito fundamental do investigado ou réu, nem mesmo na seara do direito penal sancionador, daí porque também não ocasiona a mesma violação na esfera do direito administrativo sancionador. No ponto, vale destacar que:

A defesa pessoal é aquela realizada pelo próprio acusado e tem a sua maior expressão no seu interrogatório. A autodefesa consiste em direito de participar do processo e nele estar presente – entrelaçando-se, aí, com a necessidade de publicidade imediata do processo. Como o acusado tem direito ao silêncio – já que *nemo tenetur se detegere* (arts. 5º, LXIII, da CF, e 186 do CPP) –, o direito à autodefesa situa-se na esfera de sua disponibilidade. (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 739)

Como condições para obter os benefícios e efeitos do acordo de leniência é ainda preciso que os fatos e provas apresentados pela pessoa jurídica interessada realmente tenham aptidão para que sejam identificados os demais envolvidos, bem como para que se obtenha, de forma célere, informações e documentos que comprovem o ilícito em apuração, em conformidade com o art. 16, I e II, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b).

Refirme-se que não há, em tais exigências da lei, qualquer violação a direitos ou garantias fundamentais, visto que a adesão ao acordo de leniência é um ato voluntário da pessoa jurídica, a quem compete postular por tal ajuste perante a autoridade competente. Ademais, e destacadamente importante, é a determinação de que uma vez rejeitada, pela autoridade estatal competente, a proposta de acordo de leniência não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado, ou seja, não poderá prejudicar a pessoa jurídica que apresentou a proposta, conforme art. 16, § 7º, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b).

Mas, mesmo ante tais salvaguardas, não há como olvidar que os ônus para a pessoa jurídica que celebrar o acordo de leniência não serão poucos, conquanto

compatíveis com as contrapartidas ofertadas, os efeitos dos quais já se tratou em linhas anteriores, que são, na perspectiva da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), a isenção das penas do art. 6º, II (publicação extraordinária da decisão) e do art. 19, IV (proibição de receber recursos públicos), assim como a possibilidade da redução da multa administrativa em até dois terços.

Do lado do interesse público tem-se o potencial desestabilizador que tal técnica especial de investigação provocará nas estruturas do vínculo associativo que envolve os infratores (que de outra forma dificilmente seria afetado), possibilitando o descortinamento de todos os demais envolvidos nas infrações, assim como a obtenção de material probatório consistente para, através do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, propiciar a punição e o efetivo ressarcimento ao erário

Contudo se o acordo de leniência não se estender a outras esferas de punição, como a da improbidade administrativa, das infrações à ordem econômica (quando for o caso) e para as multas e sanções aplicáveis pelos Tribunal de Contas, dificilmente essa técnica especial de investigação terá potencial para realmente trazer mais eficiência a atuação estatal acerca do tema, desnaturando a relação de meio e fim, isto é, a adequação que deriva da realidade empírica, circunstância da qual não pode se despir o intérprete, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade, já que a adequação (ao lado da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) é um de seus três elementos, segundo o qual:

[...] norma deve ser apta a alcançar a consecução do interesse público, o que denota ser imprescindível a presença de uma relação de adequação entre o meio utilizado e o fim visado, importando em nítida vedação ao arbítrio. (GARCIA, 2010a, p. 108)

Isso porque os ônus da confissão e admissão de participação no ilícito e cooperação plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, inclusive na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração, conforme art. 16, II e § 1º, III, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), acarretarão consequências fatais à pessoa jurídica (e seus dirigentes, pessoas físicas, porventura envolvidos na prática infracionária), tornando inexorável a condenação nessas outras esferas, considerada a proximidade descritiva (fatos típicos) dessas condutas delituosas tipificadas nas várias facetas do direito sancionador estatal, ante o que estabelece o seu art. 30. Tal cenário, produzido por

uma interpretação estritamente literal da lei, violaria o princípio da proporcionalidade, tanto na adequação quanto no seu elemento necessidade:

O que entra em jogo é, então, a aferição da compatibilidade justa entre meios e fins. É essa justa compatibilidade que evoca padrões de proporcionalidade (lógica interna da estrutura meio-fim) e a razoabilidade (bom senso, sentido criterioso do ato normativo) da lei. Pressupõe-se, nesse sentido, que uma providência instituída pela lei seja, inicialmente, necessária, isto é, exigida para que uma finalidade seja obtida. A necessidade é o primeiro critério de justeza proporcional, pois se contrapõe ao supérfluo, termo que conota o sentido de *hybris*. Atendido a esse requisito, deve-se verificar se ele é funcionalmente adequado para a obtenção do fim e, ademais, substancialmente adequado por não agredir outro valor protegido constitucionalmente. A justeza proporcional implica aqui em harmonia. (FERRAZ JR., 2007, p. 45-46)

Não se olvide ainda a responsabilidade criminal (das pessoas físicas envolvidas), que pode advir de vários tipos penais, seja de crimes contra a Administração Pública e quadrilha ou bando, seja da lei de licitações e, eventualmente, lavagem de dinheiro, organização criminosa etc., conforme arts. 288, 317, 333, do Código Penal (BRASIL, 1940), ou ainda arts. 90 a 98 da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993b), bem como art. 1º, da Lei nº 9.613/98 (BRASIL, 1998b) e art. 2º, da Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013c), correspondentes às várias infrações tipificadas no art. 5º, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), considerada a absoluta independência de responsabilização, conforme art. 3º, desta mesma lei.

De modo que os aspectos negativos ou aflitivos que podem irradiar do acordo de leniência, para a pessoa jurídica (e eventualmente seus dirigentes) se os seus efeitos ficarem circunscritos ao processo administrativo da lei anticorrupção, são altamente desestimuladores, aliás, indubitavelmente proibitivos e, portanto, desproporcionais. Tal constatação impede que o instituto possa realmente influenciar e modificar a atual realidade, enfim, permitir uma performance estatal mais eficiente sobre tão grave tema, que impossibilita ou compromete a boa gestão estatal e uma Administração Pública mais fortalecida para o cumprimento das metas e pautas constitucionais, das quais se tratou mais detidamente no primeiro capítulo.

De forma, que uma compreensão tão somente literal do que previsto no art. 16, incisos e parágrafos da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), assim como do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), implicaria em resultados que não se coadunam com o princípio da proporcionalidade, considerado que para firmar o acordo de leniência, a renúncia da pessoa jurídica à garantia da não autoincriminação, com a admissão de participação no ilícito e cooperação plena e permanentemente



com as investigações, no âmbito do processo administrativo previsto nos arts. 16 e 17, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), implicaria automática e implicitamente na renúncia às outras esferas de responsabilização, em relação às quais não seria possível haver atenuação das sanções.

E, se há de reconhecer, com Fábio Medina Osório (2015, p. 185, 192) que se o legislador desempenha papel decisivo, delimitando as bases textuais para os caminhos a serem seguidos pelo intérprete, isto não implica em um respeito que se esgote na obediência à lei em um sentido formal e literal, pois o devido processo legal substantivo, que demanda a observância da proporcionalidade e razoabilidade impõe a superação da leitura meramente literal, notadamente para corrigir ou eliminar eventuais discrepâncias entre o meio eleito pelo próprio legislador e o fim almejado.

Nessa linha cumpre observar que o Brasil assumiu na Convenção de Mérida, promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006 (BRASIL, 2006), art. 12, parágrafo 1º, o compromisso de adotar medidas para prevenir práticas corruptas e, em particular, para que sejam impostas sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionais e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, em face da corrupção pública. Já na Convenção de Palermo, Decreto nº 5.015/2004 (BRASIL, 2004), art. 26, parágrafos 1º, 2º e 3º, foi assumido o compromisso de estabelecer mecanismos de incentivo (redução de penas e imunidade) no caso de cooperação dos participantes de esquemas ilícitos, que se propuserem a identificar os demais participantes de prática infracionária, fornecendo informações úteis à investigação e obtenção de provas das ilicitudes, aí incluídas a corrupção pública praticada através de pessoas jurídicas, conforme seus arts. 8º, 9º e 10.

São pautas de combate à corrupção e práticas lesivas ao erário, que primam por técnicas que conduzam a mais eficiência no trato do tema, sob a perspectiva da complexidade social contemporânea. E a eficiência, nunca é demais lembrar, foi erigida à categoria de princípio constitucional regente da Administração Pública, consoante art. 37, *caput*, da Constituição (BRASIL, 1988) além de norteador do processo civil, conforme a letra do art. 8º do vigente Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c), que preceitua que o Juiz deve observar, na aplicação do ordenamento jurídico, dentre outros, esse vetor da eficiência, o que a denota a preocupação e a importância que este aspecto da atuação estatal recebeu do legislador (no plano constitucional e da legislação ordinária).

Visto isso, exemplifique-se com um caso clássico de corrupção pública, pagamento de suborno (vantagem indevida) a um ou mais agentes públicos, para praticar(em) ou deixar(em) de praticar ato de ofício. Ao celebrar o acordo de leniência, admitindo os fatos delituosos e indicando provas, a pessoa jurídica infratora fará jus à isenção quanto às penas de publicação extraordinária da decisão e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos, entidades e instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos, conforme art. 16, § 2º, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b). Contudo poderá, ou mais propriamente, sofrerá efetivamente (considerada a admissão dos fatos) na esfera da improbidade administrativa a sanção de proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, do Poder Público, pelo prazo de (10) dez anos, conforme art. 12, I, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), anulando completamente um dos benefícios obtidos no acordo de leniência.

Ainda no campo das hipóteses, perfeitamente factíveis, visualize-se uma circunstância na qual a pessoa jurídica tenha se envolvido em atos de fraude ou frustração a procedimentos licitatórios e que, em razão disso, venha a celebrar acordos de leniência em processo administrativo, identificando os demais infratores, assumindo a responsabilidade pelo ilícito e colaborando com a coleta de provas, na forma dos arts. 16 e 17, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), tendo como benefícios a isenção das penas de proibição de receber benefícios fiscais ou creditícios de órgãos e entidades da Administração Pública, bem como das penas de suspensão temporária de até dois anos para licitar e contratar com a Administração Pública ou inidoneidade para licitar ou contratar. No plano da improbidade a condenação será inexorável, ante a admissão de participação no ilícito e indicação de provas (ônus assumidos para firmar os acordos de leniência), podendo essa mesma pessoa jurídica sofrer sanções de proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 5 (cinco) ou (10) dez anos, conforme art. 12, I e II, da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b).

Tais cenários hipotéticos (conquanto perfeitamente factíveis) revelam a ausência de razoabilidade e proporcionalidade, se adotada uma interpretação literal e formal do art. 16, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b). Todavia, lançadas tais considerações, é preciso deixar indene de dúvidas que não se defende, de forma

alguma, a isenção das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992b), nem tampouco na Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011c) e Lei nº 8.443/92 (BRASIL, 1992c), atos de improbidade administrativa e infrações à ordem econômica ou ilícitos apurados pelo Tribunal de Contas da União, pois não há nas legislações respectivas disposição neste sentido. Pelo contrário, os arts. 3º e 30 da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b) apregoam a convivência das esferas de responsabilização. Sem prejuízo, mostra-se compatível com o interesse público qualificado com resultados no combate à corrupção pública e improbidade administrativa, a possibilidade de acordo de leniência contemplar a aplicação das penas dos diplomas legais de sanções de direito administrativo sancionador, notadamente optando-se pelas de caráter pecuniário em detrimento de outras mais gravosas, sob o crivo da proporcionalidade. Relembre-se aqui o que já pontuado quando se enfrentou, no capítulo 3 deste trabalho, a interpretação e incidência da cláusula do *non bis in idem*.

Na linha do que aqui se defende, apregoa Fábio Medina Osório que:

Parece-nos que o princípio da proporcionalidade fornece bom caminho hermenêutico para que o interprete não aplique automaticamente determinadas sanções legais aos atos ilícitos, tipificados no bojo do Direito Administrativo Sancionador. É possível que algum legislador setorial proceda previsões de sanções automaticamente cumulativas. Nem sempre, porém, todas as sanções incidirão automaticamente, sendo esse rigor abstrato facilmente controlável na perspectiva do postulado da proporcionalidade. Aqui uma das críticas que se pode fazer a muitas legislações é exatamente essa de consagrarem algumas sanções abstratamente fixas e sem flexibilidade. Claro que o caminho da inconstitucionalidade seria absurdo, pois equivaleria à eliminação da sanção, deixando a sociedade ao desabrigo. Seria uma solução radical, desarrazoada e contrária ao postulado constitucional da proporcionalidade e ao princípio da moralidade administrativa. Há outros caminhos viáveis. É possível uma interpretação em conformidade com a Constituição, resgatando-se a possibilidade de atenuação do rigor abstrato da norma, adaptando-a às peculiaridades do caso concreto, afastando-a, eventualmente, ou reduzindo a sua carga punitiva, consoante se faça necessário. (OSÓRIO, 2015, p. 396)

Note-se que pouco influenciará o aumento da carga punitiva, assim como de diversas instâncias de direito administrativo sancionador, se não houver um esforço coordenado para realmente debelar esquemas delituosos, cujo descortinamento encontra óbice justamente no campo probatório, no qual muito pode ser útil o acordo de leniência, ferramenta com potencial para modificar o *status quo*, de ineficiência estatal que gera impunidade, desde que o seu manejo se dê sob uma visão de interesse público qualificado, comprometido com resultados, sob o prisma da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, sem olvidar jamais a observância das

garantias de direitos fundamentais, do devido processo legal e seus consectários, como é de rigor num Estado Democrático de Direito.

Assim cumpre vincar que as informações prestadas e elementos apresentados pela pessoa jurídica pactuante no acordo de leniência não podem ser considerados prova em si, para demitir as autoridades estatais de seu mister de investigar e esclarecer os fatos, devendo isto sim constituir elemento indiciário importante, norteador para a coleta de provas em fase investigativa, contra os demais envolvidos na prática delituosa, a fim de que, oportunamente, sob o crivo do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, seja objeto de apreciação pelas autoridades competentes na aplicação das penas previstas, no âmbito de cada uma das esferas do poder sancionador estatal.

No ponto vale ainda lembrar, como reforço argumentativo que, no caso da colaboração premiada, na esfera penal, o parágrafo 16, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013c) é inequívoco ao preceituar que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

É bem verdade que os documentos entregues à autoridade competente, pela pessoa jurídica que firmar o acordo de leniência, ou ainda as provas documentais obtidas a partir das informações por ela (pessoa jurídica) prestadas, podem constituir provas em si mesmo, mas somente poderão embasar medidas punitivas após submissão ao exercício o contraditório e ampla defesa, franqueando-se aos investigados, réus ou requeridos, o acesso e a possibilidade de sobre tais provas se manifestar, apresentando seus argumentos e pontos de vista sobre a força probante e o que tal aspecto representa na acusação que lhes estiver sendo imputada, assim como nos argumentos de defesa que vierem a apresentar.

Visto isso, o Ministério Público, considerado o seu perfil institucional e as atribuições funcionais, que o desenho constitucional lhe conferiu, tem papel decisivo para que se concretize a pauta que aqui se defende, de dar uma funcionalidade realmente inovadora ao acordo de leniência. Do ponto de vista do Ministério Público Federal tem-se as Câmaras de Coordenação e Revisão temáticas, dentre elas a 5ª Câmara, que:

[...] é dedicada ao combate à corrupção e atua nos feitos relativos aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92, nos crimes praticados por funcionário público ou particular (artigos 332, 333 e 335 do Código Penal) contra a administração em geral, inclusive contra a

administração pública estrangeira, bem como nos crimes de responsabilidade de prefeitos e de vereadores previstos na Lei de Licitações. (BRASIL, 2016g)

Conforme a lei orgânica do Ministério Público da União, art. 62, da Lei Complementar nº 75/93 (BRASIL, 1993), tais Câmaras de Coordenação e Revisão têm, dentre outras atribuições, a de promover a integração e a coordenação dos órgãos institucionais que atuem em ofícios ligados ao setor de sua competência, observado o princípio da independência funcional, assim como manter intercâmbio com órgãos ou entidades que atuem em áreas afins. Aliás, este órgão, no seu papel de revisão da atuação institucional do Ministério Público Federal, já tem entendimento sobre a possibilidade de se firmar acordo de leniência no campo a improbidade administrativa, inclusive em maior extensão à linha defendida neste trabalho, pois considerou suficiente o reconhecimento pelo investigado da prática do ato de improbidade e a incidência das sanções aplicadas através da colaboração premiada, na esfera penal:

Ofício nº 355/2015 (PR-PR-00002021/2015) encaminhado pelo procurador da República Deltan Martinazzo Dallagnol, referente à Operação Lava Jato, para análise e homologação dos acordos firmados. Expediente apresentado em mesa. - Considerando, além da fundamentação legal apontada no expediente supracitado e nos Termos de Colaboração Premiada, que as disposições da nova Lei 12.846, de 2013, compõem um microsistema sancionatório estabelecendo o acordo de leniência como ferramenta de solução extrajudicial no campo da responsabilização de índole civil, na linha do que já prevê a Lei 12.850, de agosto de 2013, na esfera penal, e considerando, ainda, a legitimidade do Ministério Público para celebrar termos de ajustamento de conduta, nos termos do artigo 5º, §6º, da Lei 7.347, de 1985, a Câmara resolve homologar, no campo da improbidade administrativa, os acordos encaminhados por meio do Ofício nº 355/2015 (PR-PR-00002021/2015), repercutindo seus efeitos no âmbito da improbidade administrativa, diante da necessidade de não comprometer a efetividade da colaboração premiada, nos termos propostos pelos procuradores oficientes: a) formulação de pedidos declaratórios de sujeição das condutas praticadas às hipóteses normativas da Lei nº 8429/92; b) abstenção de pleito judicial no tocante às sanções previstas no art. 12 do citado diploma legal, considerando as cominações e as consequências na esfera penal, decorrentes dos acordos de colaboração premiada e das ações penais propostas; c) em caso de quebra do acordo firmado, o MPF pleiteará a aplicação das sanções correspondentes aos atos de improbidade praticados. (BRASIL, 2015d)

Já no âmbito da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências – Lei nº 8.625/93 (BRASIL, 1993a) –, tem-se o seu art. 33, que similarmente prevê os Centros de Apoio Operacional, órgãos auxiliares, com competência para atuar estimulando a integração e o intercâmbio entre órgãos de

execução que atuem na mesma área de atividade e que tenham atribuições comuns, assim como estabelecer intercâmbio permanente com entidades ou órgãos públicos ou privados que atuem em áreas afins, para obtenção de elementos técnicos especializados necessários ao desempenho de suas funções.

Portanto até mesmo do ponto de vista de marco legal o Ministério Público brasileiro já reúne condições para assumir o papel de estabelecer intercâmbio com os demais órgãos detentores de atribuições e competências sancionadoras, o que pode se dar através de termos de cooperação interinstitucional, para estratégias de atuação conjunta, visando equacionar e racionalizar a utilização do acordo de leniência, conferindo-lhe funcionalidade e propiciando um ambiente de segurança jurídica, estimulador de adesões por pessoas jurídicas, o que criará condições para que se potencialize a eficiência dessa técnica especial de investigação e punição dos atos lesivos à Administração Pública, notadamente na seara da improbidade administrativa e tutela do erário.

Veja-se que na Convenção de Mérida, Decreto nº 5.687/2006 (BRASIL, 2006), art. 12, item 2, alínea “a”, o Brasil se comprometeu a adotar medidas para prevenir a corrupção prevendo sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, bem como providências visando promover a cooperação entre os organismos encarregados de fazer cumprir a lei e as entidades privadas pertinentes.

É bem verdade que os órgãos colegiados citados seja nos Ministérios Públicos Estaduais, seja no Federal, não são órgãos de execução, mas é inegável que detêm competência legal conforme já anotado – com fundamento de validade nos princípios institucionais da unidade e indivisibilidade, consoante art. 127, § 1º, Constituição (BRASIL, 1988) – para exercer a coordenação dos órgãos de execução, que são os seus membros (promotores ou procuradores naturais), com atribuição finalística para atuar em face dos ilícitos aqui tratados, em dado limite geográfico ou em razão de prerrogativa de foro de eventuais agentes públicos envolvidos (notadamente corrupção pública, fraudes a licitações, atos de improbidade administrativa).

Cumprido, ante o que já apontado, ao Ministério Público protagonizar a aproximação e atuação coordenada com outras esferas de dimensão do poder administrativo sancionador (Autoridades antitruste - CADE, Tribunais de Contas, órgãos de controle interno da Administração Pública direta ou indireta etc.), visando trazer racionalidade e eficiência no enfrentamento de tais temas:

A forçosa e urgente articulação de estratégias interinstitucionais é o único caminho viável para intercâmbio de informações e produção de conhecimento, de modo a gerar novos patamares de qualidade às Instituições fiscalizadoras com resultados na proteção de direitos fundamentais associados ao combate à impunidade. (OSÓRIO, 2015, p. 305)

Essa articulação ainda é potencializada em importância considerando primeiro que o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública, conforme art. 129, I, da Constituição (BRASIL, 1988) e, portanto, detém atribuição também para entabular, na esfera penal, os acordos de colaboração premiada, que guardam similaridade com os acordos de leniência, inclusive quanto ao ônus que assume o réu ou investigado, no sentido de apontar e identificar os demais infratores e as provas do fato delituoso. Segundo porque é instituição dotada da garantia ou prerrogativa instrumental da independência funcional, tendo como missão institucional também a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme art. 127, da Constituição (BRASIL, 1988), se apresentando, *ipso facto*, com isenção necessária para, na hipótese, celebrar acordos de leniência e se articular com as demais instâncias de fiscalização e controle visando atuação otimizada e eficiente quanto ao tema. Terceiro porque a própria Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), em seu art. 20, outorgou ao Ministério Público o papel de garantidor de sua aplicação, no caso de omissão da autoridade administrativa competente, obviamente sob a perspectiva de seu perfil institucional de fiscal da lei, que atua com independência funcional.

Tais aspectos institucionais singulares do Ministério Público, no contexto do direito brasileiro, cumpre destacar, lhe conferem as características previstas no art. 9º, parágrafo 2º, da Convenção de Palermo, Decreto nº 5.015/2004 (BRASIL, 2004), isto é, órgão que detém independência suficiente para impedir qualquer influência indevida sobre a sua atuação institucional, o que de resto constitui atributo que também é apregoado como ideal pelo no art. 6º, parágrafo 2º, da Convenção de Mérida, Decreto nº 5.687/2006 (BRASIL, 2006).

Assim a articulação entre as instituições que se constituem em esferas independentes do poder administrativo sancionador, para atuação conjunta e ou coordenada, é um ponto crucial para que sejam colocadas, no combate à corrupção, à improbidade administrativa e, enfim, aos atos lesivos à Administração Pública, todas as potencialidades do acordo de leniência, enquanto técnica especial de investigação.



E o Ministério Público brasileiro reúne as condições para assumir a liderança, ou ao menos a iniciativa neste campo, pelos motivos já expostos, o que inclusive merece reflexão sob o prisma de aprimoramento do marco legal, visando dotar este órgão (Ministério Público) de tais atribuições, o que ao fim e ao cabo, terá o condão de conferir segurança jurídica, estimulando os infratores a buscarem o acordo de leniência, aumentando a eficiência no descortinamento e obtenção de provas essenciais para o desmonte de esquemas delituosos, que solapam a moralidade administrativa, lesando os cofres públicos e toda a sociedade. Dito de outra forma, o aperfeiçoamento legislativo, sob tal diretriz, indubitavelmente, potencializará os esforços estatais para o enfrentamento e combate aos atos lesivos à Administração Pública, à probidade administrativa e, conseqüentemente, no ressarcimento dos danos materiais causados ao erário:

Com um inimigo tão forte, tão ramificado e com tanto poder de causar de (sic) estrago, que a todo momento se reinventa e articula modos de mais eficazmente auferir maiores louros da corrupção, o Estado só tem como enfrenta-lo adequadamente e coibi-lo reprimindo-o, a ponto de fazê-lo recuar, se possuir 'armas' para superá-lo, não apenas tornando certa 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. Apenas dessa maneira, isto é, deixando certo para todos que, em virtude da existência de mecanismos públicos fortes, todos os atos de corrupção serão inexorável e implacavelmente sancionados, que os agentes inclinados a praticá-los poderão desistir de sua execução receosos de sofrer as conseqüências repressivas. (ARAÚJO, 2015, p. 194)

Registre-se ainda como aspecto da maior relevância, na linha de raciocínio empreendida, que o acordo de leniência de que aqui se trata há de se pautar, além da razoabilidade, proporcionalidade e observância às garantias fundamentais do devido processo legal, também pelos princípios setoriais da Administração Pública sobre os quais se dedicou espaço no primeiro capítulo deste trabalho.

Nunca é demais lembrar – regatando as ideias desenvolvidas no primeiro capítulo desse trabalho – que vivemos num modelo constitucional de Estado Democrático de Direito que, *ipso facto*, está intimamente ligado à noção de *accountability*, que designa o dever de responsabilidade e prestação de contas dos agentes públicos, notadamente da burocracia estatal, perante os cidadãos, sendo certo que o exercício da democracia não há de se limitar à participação em eleições periódicas:

Na proporção em que as organizações oficiais aumentam seu tamanho, complexidade e penetração na vida do cidadão comum, cresce também a

necessidade de salvaguardar este último dos riscos da concentração de poder nas mãos dos servidores públicos, quando esses não são representantes ativos dos cidadãos

[...]

O exercício da accountability é determinado pela qualidade das relações entre governo e cidadão, entre burocracia e clientelas. O comportamento (responsável ou não-responsável) dos servidores públicos é consequência (sic) das atitudes e comportamento das próprias clientelas. (CAMPOS, 1990, p. 33, 35)

Assim a celebração de acordos de leniência com a participação de membro do Ministério Público há de ser submetida à devida atividade de revisão interna de tal órgão, vez que a tal pactuação pressupõe o arquivamento de uma investigação em relação à pessoa jurídica infratora com o qual se celebrou o acordo.

De rigor, portanto que os motivos de tal arquivamento (e indiretamente os termos do próprio acordo de leniência) sejam submetidos ao órgão revisor, conforme art. 9º, § 1º, Lei nº 7.347/85 (BRASIL, 1985); art. 30, da Lei nº 8.625/93 (BRASIL, 1993a); art. 62, IV, da Lei Complementar nº 75/93 (BRASIL, 1993); art. 10, caput e parágrafos, da Resolução nº 23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2007).

Cabe aqui registrar que foi sob essa perspectiva de controle e revisão que a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (BRASIL, 2016) não homologou o arquivamento de inquérito civil, levado a efeito por membro do Ministério Público Federal no Rio de Janeiro/RJ, com base em acordo de leniência, dentre outros motivos, porque: a) não houve clareza quanto aos dados, documentos, informações e outros elementos que contribuiriam para a investigação dos atos de improbidade administrativa objeto do inquérito civil e dos demais ilícitos cuja apuração o Ministério Público tem legitimidade para conduzir; b) não ficou demonstrada a razoabilidade e a proporcionalidade entre as renúncias feitas pelo Ministério Público Federal notadamente a quitação integral de prejuízos sem apuração cuidadosa e concreta de seu valor e as vantagens auferidas pela SBM, quer seja, a isenção quanto a investigação sobre irregularidades de contratos milionários que já são objeto de denúncia criminal e, ainda, a não sujeição às graves penalidades previstas nas Leis 8.429/92 (BRASIL, 1992b) e 8.666/93 (BRASIL, 1993b), c) não houve a perfeita identificação de todas as pessoas jurídicas que fariam parte do acordo. A íntegra dessa decisão está disponível em página eletrônica da Procuradoria Geral da República, na internet (BRASIL, 2016h).

Ademais se o acordo de leniência se der no âmbito de ação civil pública, a análise da razoabilidade e proporcionalidade será do juiz da causa, considerado o interesse público da questão, quando da respectiva homologação, na forma do art. 334, § 11, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015c).

Sob um outro enfoque, tem-se que o Estado Democrático de Direito pressupõe que as atuações de seus agentes públicos sejam sindicáveis, daí porque seja o acordo de leniência celebrado pelo Ministério Público, seja por outro ente legitimado, a publicidade há de ser observada, ressalvada a sua restrição temporária, nas situações específicas, previstas no art. 16, § 6º, da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), de modo a permitir o escrutínio dos cidadãos, até mesmo para eventual propositura de ação popular, instrumento de democracia direta, conforme art. 5º, LXXIII, da Constituição (BRASIL, 1988), para questionar eventual aspecto lesivo ao patrimônio ou interesse público. Incide assim o princípio da publicidade como imperativo constitucional, desde o que prevê o art. 37, da Constituição (BRASIL, 1988), e também como consequência da *accountability* (dever de responsabilidade e prestação de contas dos agentes da burocracia estatal perante os cidadãos) inerente a um verdadeiro regime democrático.

## CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que, no Brasil, do ponto de vista do marco legal há um estruturado arcabouço a exigir probidade dos agentes públicos, bem como de prevenir e punir a sua inobservância. E essa configuração jurídica ganha corpo a partir da atual Constituição (BRASIL, 1988), que intensificou o aspecto democrático a ser observado no modelo de Estado republicano brasileiro, no que se pode denominar de república ressignificada.

No desiderato do presente trabalho adotou-se como definição de corrupção pública a tipificação que consta dos crimes de concussão, corrupção passiva e corrupção ativa dos arts. 316, 317 e 333, do Código Penal (BRASIL, 1940). Sob o enfoque o agente público consiste em exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. Sob o enfoque do particular materializa-se com a conduta de oferecer ou prometer vantagem indevida a agente público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Ainda no tocante aos atos lesivos à Administração Pública, elegeu-se também como relevante as fraudes a licitações e contratos públicos, porque, ao lado da corrupção pública, está previsto entre as ações típicas que são objeto da lei anticorrupção brasileira, que tem como foco a responsabilização as pessoas jurídicas. Tais condutas lesivas aos interesses públicos também são colhidas pela lei de improbidade administrativa brasileira, mas somente quando houver participação ou coautoria de um agente público.

Para além demonstrou-se que a corrupção conquanto seja um fenômeno multidimensional, tendo causas ou dimensões culturais, políticas, administrativas, sociais, legais e econômicas, tem como fator antropológico e psicológico o egoísmo, que é o motor do capitalismo. Daí que onde houver egoísmo, notadamente na sua vertente patológica, existirá campo fértil para a corrupção.

Eis uma contradição do capitalismo, que se baseia na livre concorrência, mas cujos agentes econômicos, agindo sob o influxo do egoísmo, buscam sempre eliminar os concorrentes e açambarcar o mercado, de modo que o direito e o Estado são fundamentais para a fluência das relações econômicas e para a segurança do próprio mercado, numa paradoxal conclusão de que é necessário defender o capitalismo dos capitalistas.

E quando o setor privado se relaciona com o Estado, notadamente sob a perspectiva do Estado consumidor que contrata bens e serviços, ou ainda outorga direitos para a exploração de serviços públicos mediante concessões, o arcabouço legal determina a observância de procedimentos especiais que visam conferir impessoalidade e isonomia nesses atos negociais. E, sob tais circunstâncias é que se tem verificado as mais perniciosas práticas lesivas ao interesse público, notadamente a corrupção pública e as fraudes às licitações e contratos públicos, por vezes com a participação de agentes públicos, embora teoricamente seja possível que tais condutas lesivas subsistam sem o envolvimento de agente público.

Havendo participação ou coautoria de agente público caracterizada estará improbidade administrativa, punível sob as condições e requisitos previstos em legislação específica. De outra banda, demonstrou-se que se nem toda improbidade administrativa é um ato de corrupção pública, toda corrupção pública (havendo aderência de um agente público) é inegavelmente um ato de improbidade administrativa, já que esta colhe não só atos de grave desonestidade de agente público, mas também de intolerável ineficiência administrativa, notadamente geradoras de danos ao erário.

Assim, a agressão à probidade, seja no caso de corrupção pública, seja nas fraudes a licitações e contratos públicos, para além de consistir num desrespeito aos cidadãos – a quem a atividade administrativa é dirigida, no sentido de prestar serviços públicos e implementar políticas visando o bem comum, o bem de todos – tem como desiderato sempre trazer vantagens indevidas a particulares (no sentido daqueles que não exercem função pública), notadamente pessoas jurídicas ou entes morais privados.

E a corrupção pública é a mais funesta, operativa e poderosa forma para causar erosão na probidade administrativa e solapar a observância dos interesses públicos, atingindo os desideratos constitucionais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, que visa buscar o bem de todos, sem discriminação.

Numa democracia jovem e em fase de consolidação, ainda extremamente dependente de políticas públicas essenciais para redução das desigualdades sociais e regionais, o combate à corrupção e aos atos lesivos perpetrados contra a Administração Pública, deve receber os melhores esforços dos Poderes Públicos e da sociedade.

Portanto a edição da recente lei anticorrupção brasileira (Brasil, 2013b), acrescida em 2013 ao arcabouço jurídico existente para a tutela da probidade administrativa, para além de cumprir com compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, vem colmatar uma lacuna no direito administrativo sancionador, ao estabelecer punições a pessoas jurídicas (notadamente de direito privado), independente da participação de um agente público. Isso porque, sob a perspectiva da lei de improbidade administrativa, já se disse, a responsabilização de particulares somente é possível, consoante entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015g), se também concorrer para o ato um agente público.

A lei anticorrupção brasileira, portanto, tem como foco as pessoas jurídicas, ressalvando que a punição das pessoas físicas envolvidas nos atos lesivos nela previstos será objeto de outras esferas do direito sancionador estatal. No mais a lei anticorrupção trouxe importantes inovações no enfrentamento dos atos lesivos à Administração Pública, prevendo a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas infratoras, estimulando que adotem mecanismos de prevenção e detecção de tais condutas por parte daqueles que agem em seu nome, ainda que não façam parte da gestão e administração propriamente (*compliance*) e, ainda, estabelecendo a possibilidade de se firmar acordo de leniência (mas somente) com a pessoa jurídica que primeiro se apresentar perante o Poder Público, revelando o esquema delituoso, confessando a prática ilícita, apresentando meios de prova, se comprometendo com a cessação da prática da infração e com a colaboração perene com as investigações

Ademais, conquanto exista uma multiplicidade de esferas de responsabilização do direito administrativo sancionador em relação à corrupção pública e às fraudes à licitações e contratos públicos, seja no âmbito criminal, das sanções administrativas estrito senso e na esfera do direito administrativo sancionador judicializado, a jurisprudência pátria não tem vislumbrado violação ao postulado da vedação ao *bis in idem*, admitindo a convivência dessas várias esferas de responsabilização, que agem encarando os atos lesivos à Administração Pública sob diferentes enfoques, reconhecendo-se como regra a ampla liberdade de conformação do legislador, a quem é conferido, num regime democrático, o poder de definir essa pauta (limitada à observância dos direitos fundamentais garantidos a todos os cidadãos), agravando e intensificando as consequências de determinados atos perpetrados contra os

interesses públicos e sociais, que geram prejuízos econômicos de vulto, além de enfraquecimento e danos ao pacto social e à própria democracia.

E assim o é notadamente em esquemas que visam perpetrar atos de corrupção e de fraudes a licitações e contratos públicos, consideradas as dificuldades de descortinar tais práticas ilícitas, que no mais das vezes envolvem um grupo organizado de infratores que laboram sob um clima de confidencialidade e confiança (e, portanto, de segurança). A experiência internacional indica que tais esquemas ilícitos são de difícil descortinamento, motivo pelo qual a adoção de instrumentos inovadores e mais eficientes é medida que se impõe. Sob tal enfoque, a adoção do acordo de leniência, como uma técnica especial de investigação, já utilizado no direito antitruste brasileiro, tem potencial para desestabilizar esse clima de sigilo e confiança que se estabelece entre os infratores, notadamente quando dentre eles existirem pessoas jurídicas (tributárias dos benefícios gerados pelas ilicitudes), que passam a responder objetivamente por tais atos lesivos à Administração Pública, com punições severas.

Veja-se que a intensa integração da economia global cria condições para que a corrupção ganhe eco no universo econômico, o que é potencializado pela permeabilidade das fronteiras e da dificuldade de divisar o interno do externo, circunstâncias às quais deve ser acrescida ainda a existência de um sistema financeiro internacional que opera em rede digital (internet), facilitando sobremaneira a volatilidade de capitais financeiros. Acresça-se a tudo isso o aumento das alianças estratégicas cooperativas nacional e internacionalmente, tornando de um lado mais difícil o controle estatal, conquanto, de outro, crie condições para a união de esforços dos Estados no enfrentamento do problema

Sob tal panorama tem-se, no campo internacional, os tratados ou convenções que cuidam diretamente do tema da corrupção e dos atos lesivos à administração pública, valendo destacar aqueles que o Brasil subscreveu e incorporou ao direito pátrio, como a) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (BRASIL, 2000); b) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (BRASIL, 2002); c) a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional; e d) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (BRASIL, 2006).



Tais instrumentos jurídicos internacionais de integração, de compartilhamento de preocupações e de assunção de compromissos pelas nações quanto ao tema do combate à corrupção pública e atos lesivos à Administração Pública, também se constituem em canais de diálogo das fontes do direito e de inexorável globalização de institutos jurídicos, como é o caso do acordo de leniência, adotado com mais desenvoltura nos sistemas anglo-saxônicos.

Assim o acordo de leniência como instituto inovador no combate a atos lesivos à administração pública, mais propriamente como técnica especial de investigação há de ser explorado adequadamente para que possa surtir os efeitos necessários e que se almeja, notadamente no campo da responsabilização por improbidade administrativa, cujas condutas configuradoras, conforme se demonstrou, têm íntima correlação com aquelas previstas na lei anticorrupção.

Note-se que o Brasil ao subscrever e incorporar ao direito pátrio a Convenção de Palermo (BRASIL, 2004), assumiu o compromisso (conforme art. 26, parágrafos 1º, 2º e 3º) de estabelecer mecanismos de incentivo (redução de penas e imunidade) no caso de cooperação dos participantes de esquemas ilícitos, que se propuserem a identificar os demais participantes de prática infracionária, fornecendo informações úteis à investigação e obtenção de provas das ilicitudes, aí incluídas a corrupção pública praticada através de pessoas jurídicas, conforme seus arts. 8º, 9º e 10.

Tal compromisso impõe-se sejam adotadas pautas de combate à corrupção e práticas lesivas ao erário, que primem por técnicas que conduzam a mais eficiência no trato do tema, sob a perspectiva da complexidade social contemporânea.

Sob essa perspectiva, não se coaduna com os princípios da eficiência, duração razoável do processo, razoabilidade e proporcionalidade, a interpretação literal dos marcos legais que regulam o tema, para restringir as possibilidades de utilização do acordo de leniência (quando da prática de atos lesivos à Administração Pública) apenas às hipóteses expressamente previstas na lei anticorrupção, tornando-o proibitivo para os infratores que pretendam propor o ajuste perante as autoridades de fiscalização e controle, considerado o pesado ônus da renúncia ao direito ou à garantia de não autoincriminação, confessando a prática infracionária e produzindo provas que poderão perfeitamente ser utilizadas em outras esferas do direito sancionador, gerando consequências punitivas que anulariam os benefícios obtidos com o acordo.

Portanto, ante uma releitura do dispositivo que veda a transação nas ações de responsabilização por atos de improbidade administrativa, sob o influxo dos citados

princípios (adotados explicita ou implicitamente pelos nosso ordenamento jurídico) e ainda considerando a, cada vez mais presente, globalização das fontes do direito, possível é concluir que há juridicidade na ampliação da utilização do acordo de leniência para buscar o ressarcimento ao erário e mitigação das medidas punitivas para outras esferas do direito administrativo sancionador e, em especial, na apuração e punição de atos de improbidade administrativa, sob uma atuação coordenada dos órgãos estatais de fiscalização e controle.

Dados do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público e de pesquisa sobre andamento de ações civis públicas na Justiça Federal em São Paulo, expostos no capítulo 4 são denotadores da baixa eficiência no combate à improbidade administrativa no Brasil, inclusive no ressarcimento ao erário pelos danos sofridos por tais práticas ilícitas, assim como revelam que a improbidade administrativa está entre os temas que mais demandam a atuação do Ministério Público Brasileiro, que é também o órgão que titulariza, como autor, 73,73% das ações judiciais sobre o tema.

Ademais, maior será o êxito na utilização do acordo de leniência, significando maior eficiência na tutela dos interesses públicos e no combate aos atos lesivos à Administração Pública, quanto maior for a integração e atuação conjunta e coordenada dos órgãos estatais de fiscalização e controle. E aqui, em razão da sua configuração constitucional, o Ministério Público reúne as condições necessárias para liderar, fomentar ou incentivar essa atuação coordenada, necessária para uma atuação eficiente no combate aos atos lesivos à Administração Pública, notadamente a corrupção e as fraudes a licitações e contratos públicos.

A utilização do acordo de leniência, contudo, há de se dar sob a perspectiva de responsabilidade, prestação de contas e necessária revisão homologatória, conforme já preveem as normas que disciplinam a atuação do Ministério Público Brasileiro, no âmbito extrajudicial, bem como a lei processual civil na esfera judicial. Ademais, observado o tempo estritamente necessário para as investigações e desarticulação dos sistemas delituosos, tais acordos devem se tornar públicos, para o escrutínio social, atributo da cidadania e da democracia, inclusive para eventuais questionamentos através da via da ação popular.

## REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Valderí de Castro; PEREIRA, José Roberto; SILVA, Érica Aline Ferreira. Gestão Social e Governança Pública: aproximações e (de)limitações teórico-conceituais. Revista de Ciências da Administração, Florianópolis, v. 17, p.11-29, dez. 2015. Universidade Federal de Santa Catarina. Edição Especial. Disponível em: <[https://app.vlex.com/#WW/search/content\\_type:4/governança/WW/vid/644755729/graphical\\_version](https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/governança/WW/vid/644755729/graphical_version)>. Acesso em: 09 out. 2016

ALMEIDA, Samy Sanches de. Crise dos derivativos: reforma dodd-frank e o clearing centralizado. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 157, p.167-185, jan. 2011. Malheiros Editores. Disponível em: <[https://app.vlex.com/#WW/search/content\\_type:4+jurisdiction:BR/too+big+to+fail/WW/vid/432016710](https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4+jurisdiction:BR/too+big+to+fail/WW/vid/432016710)>. Acesso em: 15 out. 2016.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da publicidade no Direito Administrativo. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p.9-16, jul./set. 2003.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ANDREATO, Danilo. Técnicas especiais de investigação: premissas teóricas e limites constitucionais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

ARAÚJO, Kleber Martins de. Responsabilidade administrativa da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Lei anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 181-236.

ÁVILA, Fernando Bastos de. Pequena Enciclopédia de Moral e Civismo. 2. ed. Rio de Janeiro: Fename-mec, 1975. 3ª tiragem.

AZEVEDO, David Teixeira de; AZEVEDO, André Dias de. A lei Anticorrupção e os programas de compliance. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). Estudos em homenagem a Vicente Grecco Filho. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 55-60.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). São Paulo, Interesse Público - IP, ano 3, n. 11, p. 42-73, jul./ set. 2001.

\_\_\_\_\_. PARTE II - A interpretação constitucional, Capítulo II - Princípios de interpretação especificamente constitucional, 1. Os princípios constitucionais como condicionantes da interpretação constitucional. In: \_\_\_\_\_. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BBC ON LINE. Cronologia da crise. BBC, 02 set. 2009. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/09/090902\\_aftershock\\_timeline\\_noflash.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/09/090902_aftershock_timeline_noflash.shtml)>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Título XI - Dos Crimes Contra a Administração Pública. In: \_\_\_\_\_. Código Penal Comentado. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1149-1438.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. (19ª Tiragem). Tradução de Carlos Nelson Coutinho.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. 3ª Parte. Conclusão: A força da crítica. In: \_\_\_\_\_. O novo espírito do capitalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 479-524. Tradução Ivone C. Benedetti.

BONFIM, Natália Bertolo. A desconsideração da personalidade jurídica na Lei Anticorrupção. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 103, n. 947, p. 91-118, set. 2014

BOWEN, Howard R.. Responsabilidades Sociais do Homem de Negócios. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S/A, 1957. Tradução Octávio Alves Velho.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. Uma hipótese de responsabilidade objetiva na ordem jurídica brasileira? O Estado como vítima de atos lesivos. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Lei anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 14-33.

BRANCO, Fernando Castelo. Reflexões sobre o acordo de leniência. In: VILARD, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coor.). Crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 137-165. (GV Law)

BRASIL. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Inquérito Civil nº 1.30.001.001111/2014-42. Brasília, DF, 01 de setembro de 2016. Diário do Ministério Público Federal Eletrônico - Dmpfe Nº 202/2016. Brasília, 26 out. 2016. p. 67. Divulgação: 25 out. 2016. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/93551/DMPF\\_EXT\\_RAJUD\\_20161026.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/93551/DMPF_EXT_RAJUD_20161026.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 04 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2016: ano-base 2015 - Volume I Relatório Analítico. 2016a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade administrativa. 2015. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida... [et al.]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1ef013e1f4a64696e89f0fbf3c1597.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. Ministério Público - um retrato 2016: Volume 5, dados 2015, Ano 2016b. Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP.

Brasília, 296 p. 2016. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal\\_2015/images/Publicacoes/documentos/MP\\_um\\_Retrato\\_2016\\_web.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Publicacoes/documentos/MP_um_Retrato_2016_web.pdf)>. Acesso em: 06 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil.. Dj: Seção 1. Brasília, DF, 07 nov. 2007. p. 959-960. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/501/&highlight=WyJpbmF1XHUwMGU5cml0byJd>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 10 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 10 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 10 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 10 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 19 set. 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 10 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 10 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1969). Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial da União. Brasília-DF. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 17 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988a). Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 jun. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988b). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988c). Emenda Constitucional nº 48, de 10 de agosto de 2005. Acrescenta o § 3º ao art. 215 da Constituição Federal, instituindo o Plano Nacional de Cultura. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 ago. 2005. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc48.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc48.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988d). Emenda Constitucional nº 71, de 29 de novembro de 2012. Acrescenta o art. 216-A à Constituição Federal para instituir o Sistema Nacional de Cultura. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 30 nov. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc71.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc71.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988e). Emenda Constitucional nº 80, de 04 de junho de 2014. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 30 nov. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc71.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc71.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Brasília, DF, 25 ago. 1998. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2745.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016.



\_\_\_\_\_. Decreto nº 25.696, de 20 de outubro de 1948. Manda executar os Atos firmados em Montreal, a 09 de outubro de 1946, por ocasião da 29.<sup>a</sup> Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 24 nov. 1948. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-25696-20-outubro-1948-454771-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Brasília, DF, 01 dez. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Diário Oficial da União. Brasília, DF, 08 out. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4410.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5, de 26 de agosto de 1947. Ratifica os textos da nova Constituição da Organização Internacional do Trabalho e da Convenção sobre a Revisão dos Artigos Finais, aprovados pela Conferência Internacional do Trabalho realizada em Montreal. Diário do Congresso Nacional. Rio de Janeiro, RJ, 27 ago. 1947. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1940-1949/decretolegislativo-5-26-agosto-1947-358544-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm)>. Acesso em: 19 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 01 jun. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm)>. Acesso em: 05 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.504, de 05 de agosto de 2005a. Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 08 ago. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.htm)>. Acesso em: 05 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 01 fev. 2006. Disponível em:



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/D5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5687.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992a. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 8.003, de 15 de maio de 2013. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos, firmado em Brasília, em 20 de março de 2007. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 16 maio 2013. Retificado em 17 maio 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8003.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8003.htm)>. Acesso em: 29 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015a. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 19 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm)>. Acesso em: 29 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 8.506, de 24 de agosto de 2015b. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA, firmado em Brasília, em 23 de setembro de 2014. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 25 ago. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8506.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8506.htm)>. Acesso em: 29 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016c. Promulga o texto da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária emendada pelo Protocolo de 1º de junho de 2010, firmada pela República Federativa do Brasil em Cannes, em 3 de novembro de 2011. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 30 ago. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm)>. Acesso em: 29 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967a. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 27 fev. 1967. Texto retificado em 14 mar. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 28 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 28 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941, retificado em 24 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 30 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 09 set. 1942. Texto retificado 08 out. 1942, e em 17 jun. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 28 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Banco de Dados Agregados. Sistema IBGE de Recuperação Automática. SIDRA, 2010. Disponível em: <<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=1290&z=cd&o=5&i=P>>. Acesso em: 27 out. 2016. Tabela 1290 - Número de municípios e População nos Censos Demográficos por tamanho da população.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. Síntese de indicadores sociais: Uma análise das condições de vida da população brasileira 2012. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv62715.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000a. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 maio 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 17 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010a. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 07 jun. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm)>. Acesso em: 18 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 21 maio 1990. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)>. Acesso em: 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Diário Oficial da União.

Brasília, DF, 21 maio 1993. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp75.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 12 abr. 1950. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1079.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.149, de 10 de janeiro de 2000b. Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 22 dez. 2000. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L10149.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10149.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002a. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002b. Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 12 jun. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10467.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002c. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 18 jul. 2002. Retificado em 30 jul. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm)>. Acesso em: 03 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 29 maio 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.683.htm)>. Acesso em: 17 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003a. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 03 out. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 17 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003b. Acrescenta artigo ao Código Penal e modifica a pena cominada aos crimes de corrupção ativa e passiva. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 13 nov. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.763.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.763.htm)>. Acesso em: 17 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004a. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 12 nov. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006a. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010b. Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 31 dez. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-010/2010/Lei/L12376.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-010/2010/Lei/L12376.htm#art2)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011. Dispõe sobre o valor do salário mínimo em 2011 e a sua política de valorização de longo prazo; disciplina a representação fiscal para fins penais nos casos em que houve parcelamento do crédito tributário; altera a Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e revoga a Lei no 12.255, de 15 de junho de 2010. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 28 fev. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12382.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12382.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011a. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis números 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 ago. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm)>. Acesso em: 01 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011b. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a

Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso em: 01 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011c. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 01 dez. 2011. Retificado em 02 dez. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 01 nov. 2016

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012a. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm)>. Acesso em: 01 nov. 2016

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012b. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 30 ago. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Lei/L12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12711.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.813, de 01 de agosto de 2013a. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias números 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 maio 2013. Retificado em 20 maio 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013b. 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. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013c. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2016.



\_\_\_\_\_. Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 10 jun. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015c. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016d. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 01 jul. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016e. Altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida Provisória nº 717, de 16 de março de 2016. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 30 set. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13341.htm#art12](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13341.htm#art12)>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 27 dez. 1961. Retificado em 28 dez. 2012. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4024.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4024.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 27 nov. 1962. Retificado em 30 nov. 1962. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4024.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4024.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 jul. 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965a. Institui o Código Eleitoral. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 19 jul. 1965. Retificado em 30 jul. 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm)>. Acesso em: 17 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7347orig.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 18 jun. 1986. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm)>. Acesso em: 17 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990a. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990b. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 12 set. 1990 – Edição Extra. Retificado em 10 jan. 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990c. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990d. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm)>. Acesso em: 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 21 out. 1991. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992b. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm)>. Acesso em: 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992c. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 jul. 1992. Retificado em 22 abr. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm)>. Acesso em: 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993a. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 15



fev. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993b. Estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 22 jun. 1993. Retificado e republicado em 06 jul. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8730.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8730.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993c. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 nov. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8730.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8730.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 13 jun. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996a. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm)>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996b. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências Diário Oficial da União. Brasília, DF, 30 dez. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9430.htm#art83§1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm#art83§1)>. Acesso em: 30 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 07 ago. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm)>. Acesso em: 21 out. 2016

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997a. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 01 out. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm)>. Acesso em: 25 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998a. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 13 fev. 1998. Retificado em 17 fev. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998b. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 04 mar. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)>. Acesso em: 25 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998c. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 04 jun. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9656.htm)>. Acesso em: 25 out. 2016

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Altera dispositivos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 29 set. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9840.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9840.htm)>. Acesso em: 31 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.807, de 28 de setembro de 1999a. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 14 jul. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm)>. Acesso em: 25 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999b. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 01 fev. 1999. Retificado e republicado em 11 mar. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9840.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9840.htm)>. Acesso em: 25 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Gestão. Painel de Compras Governo Federal: Faça você mesmo. 2016f. Disponível em: <<http://paineldecompras.planejamento.gov.br/>>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Ata da octingentésima quinquagésima segunda sessão ordinária de fevereiro de 2015d. Brasília-DF, 05 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/sesoes/atas/atas-de-coordenacao-2015/ata-de-sessao-ordinaria-no-852.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. Atuação temática. Combate à corrupção. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2016g. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Procuradoria Geral da República. Ministério Público Federal. Íntegra da decisão proferida pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal nos autos do inquérito civil nº 1.30.001.001111/2014-42. Ata da 923ª Sessão, realizada em 01 set. 2016h. Disponível em:

<[http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/acordo\\_leniencia\\_smb.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/acordo_leniencia_smb.pdf)>. Acesso em: 04 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Secretaria da Receita Federal do Brasil. A Receita Federal do Brasil na Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro. Secretaria da Receita Federal do Brasil - Ministério da Fazenda, 2016i. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro/perguntas-e-respostas>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Assuntos Internacionais. Ministério da Fazenda. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE: O histórico da OCDE e a recente aproximação entre o Brasil e o organismo internacional. 2016j. Disponível em: <<http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/politicas-institucionais-economico-financeiras-e-cooperacao-internacional/ocde>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Subchefia de Assuntos Parlamentares. Presidência da República. EMI Nº 00011 2009 – CGU/MJ/AGU, Brasília, DF, 23 de outubro de 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201500875650&dt\\_publicacao=20/11/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500875650&dt_publicacao=20/11/2015)>. Acesso em: 26 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 48.085-PA, Quinta Turma. Brasília, DF, 05 de novembro de 2015e. Dje. Brasília, 20 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=48085&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 26 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 35.198-SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília-DF, 28 de setembro de 2004b. Diário da Justiça da União. Brasília-DF, 03 nov. 2004, p. 262. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200200942657&dt\\_publicacao=08/09/2003](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200942657&dt_publicacao=08/09/2003)>. Acesso em 07 jan. 2017

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 15.166-BA. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília-DF, 7 de agosto de 2003c. Diário da Justiça da União. Brasília-DF, 08 set. 2003, p. 262. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200200942657&dt\\_publicacao=08/09/2003](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200942657&dt_publicacao=08/09/2003)>. Acesso em 07 jan. 2017

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 33.628-PE, Segunda Turma. Brasília, DF, 02 de abril de 2013d. Dje. Brasília, 12 abr. 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-stj-rms-33628-prova-emprestada.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 20.601-SP. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 29 de junho de 2006b. Diário da Justiça da União. Brasília-DF, 14 ago. 2006. p. 304. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=crime+ambiental+e+dupla+imputa%E7%E3o&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=18>>. Acesso em: 25 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Tese nº 1. Brasília, DF, 12 de junho de 2015f. Jurisprudência em Teses: Edição n. 38: Improbidade Administrativa - I. Brasília, 05 ago. 2015. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudência em teses 38 - Improb Administrativa I.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Tese nº 8. Brasília, DF, 12 de junho de 2015g. Jurisprudência em Teses: Edição n. 38: Improbidade Administrativa - I. Brasília, 05 ago. 2015. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudência em teses 38 - Improb Administrativa I.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768-4. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Dje Nº 131. Brasília, 26 out. 2007a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>>. Acesso em: 02 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 628.582-RS, Primeira Turma. Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 06 de setembro de 2011c. DJe. Brasília, 10 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628413>>. Acesso em: 26 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição nº 3.606-9-DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 21 de setembro de 2006c. Diário da Justiça da União. Brasília, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388724>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483-PR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de agosto de 2015i. Dje nº 021. Brasília, 04 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=101996>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 67.759-RJ. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 06 de agosto de 1992d. DJU. Brasília, 01 jul. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70460>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.580-SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 25 de agosto de 2009a. Dje nº 176. Brasília, 18 set. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602611>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.728-PR. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 22 de abril de 1998d. Diário da Justiça da União. Brasília, 13 nov. 1998. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85824>>.  
Acesso em: 30 dez. 1998.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32.494-DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão Monocrática. Brasília-DF, 11 de setembro de 2013e. Dje Nº 224, Brasília-DF, 12 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4484385>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703-1-RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. Dje Nº 104, Brasília, 05 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 548.181-PR, Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 06 de agosto de 2013f. DJe-213, Brasília, 29 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>>. Acesso em: 25 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28.774-DF, Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio, Redator para o Acórdão: Ministro Roberto Barroso, DF, 22 de setembro de 2015h. DJe-180, Brasília, 25 ago. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11549981>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 13. Relator: Sessão Plenária. Dje Nº 162. Brasília, 29 ago. 2008a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=13.NUME.E.S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão Recurso em Habeas Corpus nº 65. Relator: Ministro Fernando Neves da Silva. Brasília, DF, 11 de maio de 2004c. Diário da Justiça da União. Brasília, 21 jun. 2004. p. 86. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 25 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso em Habeas Corpus Acórdão nº 81. Relator: Ministro Luiz Carlos Lopes Madeira. Brasília, DF, 03 de maio de 2005b. Diário da Justiça da União. Brasília, 10 jun. 2005. p. 164. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 25 out. 2016.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=56087>>. Acesso em: 09 out. 2016

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p.30-50, fev./abr. 1990. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9049/8182>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 13-28.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. Título IX Dos crimes contra a administração pública. In: \_\_\_\_\_. Código Penal Comentado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 619-740.

CARRAZA, Roque Antonio. Princípio republicano e tributação. In: \_\_\_\_\_. Curso de direito constitucional tributário. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 47-109.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. 1. Direito administrativo e administração pública. V. Princípios administrativos. In: \_\_\_\_\_. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-44.

\_\_\_\_\_. Administração pública. In: \_\_\_\_\_. Manual de direito administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 1-28.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Legislação anticorrupção no mundo: Análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o Foreign Corrupt Practices Act norte-americano e o Bribery Act do Reino Unido. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Lei anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 35-62.

CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 431 p. 2ª tiragem.

CASTRO JÚNIOR, Roberto Apolinário de. Eficiência Jurisdicional: A razoável duração dos procedimentos frente às garantias fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. 141 p.

CASTRO, Renato de Lima; ANDRADE, Pedro Ivo. Licitações Públicas (Lei 8.666/1993). In: PRADO, Luiz Regis (coord.). Leis Especiais Penais: Parte II. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, 2009. p. 188-212.

CAVALIERI FILHO, Sergio. V. Responsabilidade extracontratual objetiva. In: \_\_\_\_\_. Programa de responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 134-149.

CEZAR, Rodrigo Fagundes. Perspectivas sobre a regulação financeira dos Estados Unidos em um contexto pós-crise. Revista Mural Internacional, Rio de Janeiro, v. 6, p.50-64, ago. 2015. Revista Eletrônica, e-ISSN: 2177-7314. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/muralinternacional/article/view/16554/13681>>. Acesso em: 15 out. 2016.



CORDEIRO, Néfi. Delação premiada na legislação brasileira. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 37, p.273-296, mar. 2010. N. 117.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito Penal das Licitações: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei nº 8.666, de 21-6-1993*. São Paulo: Saraiva, 1994.

CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o princípio republicano. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 13, p.43-54, jan./jun. 2008.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no Projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 233, n. 39, p.65-84, jul. 2014. Disponível em: <[http://www.academia.edu/9253169/A\\_previsão\\_do\\_princípio\\_da\\_eficiência\\_no\\_projeto\\_do\\_novo\\_Código\\_de\\_Processo\\_Civil\\_brasileiro](http://www.academia.edu/9253169/A_previsão_do_princípio_da_eficiência_no_projeto_do_novo_Código_de_Processo_Civil_brasileiro)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Punição para o corruptor. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro. 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/dalmo-dallari/noticias/2014/03/20/punicao-para-o-corruptor/>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

DEBRAY, Regis. A esquerda está sem voz. *Revista Época*, 24 ago. 2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/08/regis-debray-esquerda-esta-sem-voz.html>>. Acesso em 13 out. 2016. Entrevista à repórter Ruth de Aquino

DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio da eficiência & moralidade administrativa: a submissão do princípio da eficiência à moralidade administrativa na constituição federal de 1988*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. 122 p.

DIAS, Jefferson Aparecido; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. A tutela de urgência em ações civis públicas em face da fazenda pública. In: BUENO, Cassio Scapinella et al (Coor.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 148-196.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. *Genesis - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 39, p.153-162, jun. 2006.

DICIONÁRIO INFOPÉDIA DE ITALIANO-PORTUGUÊS. Infopedia - Dicionários Porto Editora. 2003. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/italiano-portugues/omertà>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

ELLIOTT, Kimberley An. Corrupção como um problema de legislação internacional: recapitulação e recomendações. In: ELLIOTT, Kimberley An (Org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002. p. 255-339. Tradução de: Marsel Nascimento Gonçalves de Souza.



ENCICLOPÉDIA BARSA. República. Rio de Janeiro-São Paulo: Encyclopaedia Britannica Consultoria Editorial Ltda., v. 13, 1989.

ENCICLOPÉDIA ESCOLAR BRITANNICA. Brasil colônia. 2016. Disponível em: <<http://escola.britannica.com.br/article/487820/Brasil-colonia>>. Acesso em: 22 set. 2016.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à lei de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 29-58.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Do amálgama entre razoabilidade e proporcionalidade na doutrina e na jurisprudência brasileiras e seu fundamento no devido processo legal substantivo. In: \_\_\_\_\_. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007. Cap. 4. p. 37-46.

\_\_\_\_\_. Princípio da Eficiência. In: \_\_\_\_\_. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007a. Cap. 26. p. 372-384.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2015/05/lei-anticorrupcao-artigo-luciano-ferraz.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Lei anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 253-279.

FIORI, José Luís. Estado de bem-estar social: padrões e crises. Physis: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 129-147, Dez.1997. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73311997000200008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73311997000200008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 Dez. 2016.

FLORÊNCIO, Gilbert Ronald Lopes. Novo dicionário jurídico. 3. ed. Leme: Mundo Jurídico, 2010.

FOLHA DE S. PAULO. Nova enciclopédia ilustrada folha: a enciclopédia das enciclopédias. São Paulo: Folha de São Paulo, v. 1 (A-I), 1996.

\_\_\_\_\_. Nova enciclopédia ilustrada folha: a enciclopédia das enciclopédias. São Paulo: Folha de São Paulo, v. 2 (J-Z), 1996a.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração

Pública. A&c – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, n. 60, p.129-147, abr./jun. 2015. Ano 15. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2015/08/lei-anticorruptcao-compliance.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

GARCIA, Emerson. Da corrupção. In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Cap. 1. p. 7-43.

GARCIA, Emerson. Dos princípios regentes da probidade. In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a. Cap. 2. p. 45-174.

GARCIA, Emerson. Primeira parte. Introdução. In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b. p. 3-6.

GARCIA, Emerson. Sujeitos dos atos de improbidade. In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010c. p. 231-287.

GARCIA, Emerson. Tipologia dos atos de improbidade. In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010d. p. 285-359.

GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrole. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. Tradução de: Maria Luiza X. de A. Borges.

GLYNN, Patrick; KOBIN, Stephen J.; NAÍM, Moisés. A globalização da corrupção. In: ELLIOTT, Kimberley An (Org.). A corrupção e a economia global. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002. p. 28-57. Tradução de: Marsel Nascimento Gonçalves de Souza.

GOMES, Luiz Flávio. Corrupção política e delação premiada. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 2, n. 7, p.108-109, ago./set. 2005.

GRANDE ECILOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. Nepote. São Paulo: Nova Cultural, v. 17, 1998.

\_\_\_\_\_. Conselho da Europa. São Paulo: Nova Cultural, v. 7, 1998a.

\_\_\_\_\_. Utopia. São Paulo: Nova Cultural, v. 24, 1998b.

GRAU, Eros. A ordem econômica na constituição de 1988. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

HEIMANN, Fritz F.. O combate à corrupção internacional: o papel da comunidade internacional. In: ELLIOTT, Kimberley An (Org.). A corrupção e a economia global. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002. p. 219-239. Tradução de: Marsel Nascimento Gonçalves de Souza.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. 254 p. 2ª Tiragem.

HORTA, Raul Machado. Tendências atuais dos regimes de governo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 24, n. 95, p.127-140, jul./set. 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181779>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

HUNT, E. K.. Adam Smith. In: HUNT, E. K.. A história do pensamento econômico. Rio de Janeiro: Campus, 2005. Cap. 3. p. 37-59. Tradução de: José Ricardo Brandão Azevedo e Maria José Cyhlar Monteiro

HUSEK, Carlos Roberto. Anexo I. Estatuto da Organização Internacional do Trabalho. In: HUSEK, Carlos Roberto. Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho. São Paulo: Ltr, 2015. p. 211-225.

INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Dicionário enciclopédico ilustrado Larousse. São Paulo: Larousse, 2007. 1856 p.

INSTITUTO DE PESQUISAS APLICADAS. Ipeadata social: tema: renda: Número de indivíduos extremamente pobres - Linha de Pobreza Baseada em Necessidades Calóricas e Número de indivíduos pobres - Linha de Pobreza Baseada em Necessidades Calóricas - Frequência: Anual de 1976 até 2014. IPEA, 2014. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br/>>. Acesso em: 28 set. 2016.

INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA. Avaliação da presidente Dilma Rousseff - PO813824 - 25 e 26/11/2015. Datafolha, 2015. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/11/1712972-corrupcao-lidera-pela-primeira-vez-pauta-de-problemas-do-pais.shtml>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Manifestação na Avenida Paulista 15/03/2015. Datafolha, 15 mar. 2015a. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/03/17/manifestacao-15-03.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

INSTITUTO PAULO MONTENEGRO. Inaf 2011/2012 - Instituto Paulo Montenegro e Ação Educativa mostram evolução do alfabetismo funcional na última década, 05 fev. 2012. Disponível em: <[http://www.ipm.org.br/pt-br/programas/inaf/relatoriosinafbrasil/Paginas/inaf2011\\_2012.aspx](http://www.ipm.org.br/pt-br/programas/inaf/relatoriosinafbrasil/Paginas/inaf2011_2012.aspx)>. Acesso em: 27 jun. 2016.

JOHNSTON, Michael. Agentes Públicos, interesses particulares e democracia sustentável: quando política e corrupção se unem. In: ELLIOTT, Kimberley An (Org.). A corrupção e a economia global. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002. p. 101-134. Tradução de: Marsel Nascimento Gonçalves de Souza.

LAFER, Celso. O significado de república. Revista de Estudos Históricos, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p.214-224, dez. 1989. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2286>>. Acesso em: 23 set. 2016.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. Reflexos do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 248 p.

LEONEL, Ricardo de Barros. Reflexões sobre a denominada lei anticorrupção (lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013). In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). Estudos em homenagem a Vicente Grecco Filho. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 505-516.

LINS, Ana Cristina Bandeira. Ações coletivas: uma análise crítica. 2006. Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=64](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=64)>. Acesso em: 06 dez. 2006.

MACEDO, Roberto. O Estado do bem e do mal-estar social. O Estadão. São Paulo. 06 out. 2016. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,o-estado-do-bem-e-do-mal-estar-social,10000080493>>. Acesso em: 07 out. 2016.

MAGNOLI, Demétrio. O que é utopia para você? Folha de S. Paulo, São Paulo, Caderno Ilustríssima, p. 5, 28 ago. 2016. Entrevista concedida a Walter Porto.

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. 4. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2014. Tradução de: Maria Júlia Goldwasser.

MARCUS, Paul. Direito Comparado - Corrupção e Processo Penal: Experiência nos Estados Unidos e no Brasil: O Combate à Corrupção nos Estados Unidos. 2015. Promoção: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=36](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=36)>. Acesso em: 14 out. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Cap. 4. p. 699-766.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. Estado do bem estar social ou Estado social? Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6623>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

MARTINS, Leonardo. Igualdade (art. 3 GG). In: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. São Paulo: Konrad-adenauer Stiftung - Kas, 2016. Cap. 5. p. 221-290.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Princípio da cooperação no processo civil. Revista Thesis Juris, São Paulo, v. 5, n. 1, p.163-191, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/293>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Licitação. In: \_\_\_\_\_. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 536-631. Parte III, Capítulo IX.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípios constitucionais do direito administrativo brasileiro. In: \_\_\_\_\_. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015a. p. 98-140. Parte I, Capítulo II.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil e a Lei nº 12.846/2013 - Lei Anticorrupção. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 59-116.

NUCCI, Guilherme de Souza. Título XI - Dos crimes contra a administração pública. In: \_\_\_\_\_. Código Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1055-1202.

NUCCI, Guilherme de Souza. Licitações. In: \_\_\_\_\_. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 459-488.

OLIVEIRA, Jane Souto de. Brasil, mostra a tua cara: imagens da população brasileira nos censos demográficos de 1872 a 2000. 2003. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv2434.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2016.

OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 477 p.

OSÓRIO, Fabio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 430 p.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Das disposições Gerais. 4. Princípios constitucionais da administração pública. In: \_\_\_\_\_. Lei de improbidade administrativa comentada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. Cap. 1. p. 28-44.

\_\_\_\_\_. Dos atos de improbidade administrativa (arts. 9º a 11). In: \_\_\_\_\_. Lei de improbidade administrativa comentada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005a. Cap. 2. p. 59-123.

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240899>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

PETROBRAS (Brasil). Perfil. 2016. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

PETROBRAS (Brasil). Relacionamento com investidores: Relatório da administração 2015. 2016a. Disponível em: <<http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/relatorios-aneis/relatorio-de-administracao>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

PFAFFENZELLER, Bruna. No rastro da corrupção praticada por pessoas jurídicas: da lei nº 12.746/2013 ao projeto de novo código penal. In: VITORELLI, Edilson (Org.). Temas atuais do ministério público federal. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. Cap. 33. p. 885-921.

PIETH, M. Cooperação internacional de combate à corrupção. In: (ORG.), A. K. E. A corrupção e a economia global. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002. p. 184-200. Tradução de Marsel Nascimento Gonçalves de Souza.

PIMENTEL FILHO, André. (Uma) teoria da corrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 225 p.

\_\_\_\_\_. Comentários aos artigos 1º ao 4º da lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Lei anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015a. Cap. 3. p. 63-86.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Ministério Público. Código de Processo Penal: DL nº 78/87, de 17 de Fevereiro. 1987. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so;\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so;_miolo=>). Acesso em: 31 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Portuguesa: Decreto de 10 de Abril de 1976. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis&so;\\_miolo=&>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis&so;_miolo=&>). Acesso em: 31 jan. 2017.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. Interpretação das normas constitucionais: 2. Interpretação e hermenêutica. In: QUEIROZ, Ari Ferreira de. Direito Constitucional. 16. ed. Leme: Jh Mizuno, 2014. Cap. 6. p. 170-171.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Lei anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. Cap. 6. p. 283-334

REOLON, Jaques F. Sanções do Controle Externo. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 117-156.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31-51.

RODRIGUES, Ana Carolina; CURY, Maria Fernanda C. A. R. A desconsideração da personalidade jurídica aplicada aos grupos de sociedades e o Anteprojeto de Código Comercial. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 9-41, abr./jun. 2015. Disponível em: <[http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca\\_periodico\\_telacheia\\_pesquisa.aspx?i=236188&p=7](http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=236188&p=7)> Acesso em 07 jan. 2017



ROPPO, Enzo. Transformações do contrato na sociedade contemporânea: “declínio” ou “relançamento” do instrumento contratual? In: ROOPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988. Cap. 5. p. 295-348. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes.

ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOTT, Kimberley An (Org.). A corrupção e a economia global. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002. p. 59-102. Tradução de Marsel Nascimento Gonçalves de Souza

\_\_\_\_\_. A prisão de empresários pode ser sinal de progresso. 2016. Site da Revista Época. Editora Globo. 06 jan. 2016. Entrevista concedida a José Fucs. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/01/susan-rose-ackerman-prisao-de-empresarios-pode-ser-sinal-de-progresso.html>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

ROUSSEAU, Jean-jacques. Do pacto social. In: ROUSSEAU, Jean-jacques. Do Contrato Social: Princípios do Direito Político. São Paulo: Pillares, 2013. p. 39-42.

SILVA, de Plácido e. Vocabulário jurídico. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes.

SORKIN, Andrew Ross. Realities Behind Prosecuting Big Banks: Are banks too big to jail? The New York Times, New York, 11 mar. 2013. Versão Eletrônica (internet). Disponível em: <[http://dealbook.nytimes.com/2013/03/11/big-banks-go-wrong-but-pay-a-little-price/?\\_r=0](http://dealbook.nytimes.com/2013/03/11/big-banks-go-wrong-but-pay-a-little-price/?_r=0)>. Acesso em: 15 out. 2016.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance. In: VITORELLI, Edilson (Org.). Temas atuais do ministério público federal. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. Cap. 31. p. 807-829.

SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilidade administrativa na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). Lei anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015. Cap. 3. p. 131-178.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa (Direito de certidão, vista e intimação). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 199, p. 97-110, jan./mar. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46491/46698>>. Acesso em: 10 Out. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v199.1995.46491>.

THE NATIONAL ARCHIVES. Bribery Act 2010: [legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk). 2010. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>>. Acesso em: 15 out. 2016.

UTUMI, Ana Claudia Akie; CALHEIROS, Manuela Madeira. Transparência fiscal internacional: você está preparado? 2016. JOTA. Coluna do TOZZINIFREIRE. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/coluna-do-tozzinifreire/coluna-tozzinifreire-transparencia-fiscal-internacional-voce-esta-preparado-02092016>>. Acesso em: 11 dez. 2016.



VELOSO, Fernando. Educação e Crescimento Econômico: Educação e Crescimento Econômico. Folha de S. Paulo. São Paulo, 17 out. 2011. Caderno Cotidiano, p. C-7.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. O Brasil, uma república (1889-1914). In: \_\_\_\_\_. História geral e do Brasil. São Paulo: Scipione, 2010a. Cap. 29. p. 549-570.

In: \_\_\_\_\_. O segundo reinado do Brasil. In: \_\_\_\_\_. História geral e do Brasil. São Paulo: Scipione, 2010. Cap. 28. p. 510-528.

## APÊNDICE

<b>QUADRO COMPARATIVO – ACORDOS DE LENIÊNCIA</b>			
<b>Características</b>	<b>Lei Antitruste</b>	<b>Lei Anticorrupção</b>	<b>Lei Anticorrupção</b>
<b><i>Fundamento Legal</i></b>	Art. 86, Lei nº 12.259/2011	Art. 16, Lei nº 12.846/2013	Art. 17, Lei nº 12.846/2013
<b><i>Aplicação – âmbito de incidência</i></b>	Infrações administrativas contra a ordem econômica	Atos lesivos contra a Administração Pública	Infrações administrativas dos arts. 86 a 88, Lei nº 8.666/93
<b><i>Entidade Administrativa competente para celebrar o acordo</i></b>	Superintendência-Geral Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE	Autoridade máxima do órgão ou entidade pública lesada  No Poder Executivo Federal a Controladoria Geral da União - CGU	Representante da Administração Pública (não identifica especificamente)
<b><i>Quem pode ser colaborador e beneficiário do acordo de leniência</i></b>	Pessoas físicas e jurídicas envolvidas na prática de infração administrativa à ordem econômica	Somente pessoas jurídicas envolvidas na prática dos atos lesivos previstos na lei	Somente pessoas jurídicas que praticarem infrações administrativas dos arts. 86 a 88, Lei nº 8.666/93
<b><i>Requisitos</i></b>	Não dispuser a autoridade de provas da infração  Ser a primeira Pessoa Jurídica a se manifestar  Confessar e cessar imediatamente a prática delituosa  Identificar os demais envolvidos e propiciar a obtenção de provas  Cooperar plena e permanentemente com as investigações	Ser a primeira Pessoa Jurídica a se manifestar  Confessar e cessar imediatamente a prática delituosa  Identificar os demais envolvidos e propiciar a obtenção de provas  Cooperar plena e permanentemente com as investigações  Ressarcir integralmente o dano causado com a prática delituosa	A lei não especifica

<b>QUADRO COMPARATIVO – ACORDOS DE LENIÊNCIA</b>			
<b>Características</b>	<b>Lei Antitruste</b>	<b>Lei Anticorrupção</b>	<b>Lei Anticorrupção</b>
<b><i>Sigilo sobre o acordo</i></b>	Sim, como regra, salvo no interesse das investigações	Sim, somente enquanto for necessário para as investigações e para o processo	Não especifica
<b><i>Proposta de acordo frustrada</i></b>	Não importará em confissão, nem no reconhecimento do ilícito	Não importará em reconhecimento da prática delitiva	Não especifica
<b><i>Efeitos no momento da celebração do acordo de leniência</i></b>	Suspende o processo e a prescrição dos crimes relacionados (Lei nº 8.137/80, Lei nº 8.666/93 e art. 288, Código Penal), para pessoas físicas que firmarem o acordo	Interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos na lei	Não especifica
<b><i>Efeitos do cumprimento acordo de leniência para o colaborador</i></b>	Extinção da punibilidade ou redução de 1/3 a 2/3 da pena de multa, a depender da existência ou não de prévio conhecimento da infração pela autoridade antitruste  Extinção da punibilidade das pessoas físicas que firmarem o acordo, em face dos crimes relacionados (Lei nº 8.137/80, Lei nº 8.666/93 e art. 288, Código Penal)	Isenção das penas de publicação extraordinária da decisão e da proibição de receber benefícios fiscais e creditícios, na forma do art. 19, IV, da lei)  Redução de até 2/3 do montante da pena de multa aplicável  Não gera qualquer efeito na punibilidade de crimes praticados por pessoas físicas	Isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88, da Lei nº 8.666/93

<b>QUADRO COMPARATIVO – ACORDOS DE LENIÊNCIA</b>			
<b>Características</b>	<b>Lei Antitruste</b>	<b>Lei Anticorrupção</b>	<b>Lei Anticorrupção</b>
<b><i>Efeitos não alcançados pelo acordo de leniência</i></b>	<p>Responsabilização administrativa pelos Tribunais de Contas (arts. 46 e 58 da Lei nº 8.443/92)</p> <p>Responsabilização pelas infrações administrativas da Lei nº 8.666/93 (arts. 86 a 88)</p> <p>Responsabilização por eventuais atos de improbidade administrativa</p> <p>Responsabilização das pessoas físicas por crimes de lavagem e ocultação de bens e valores, bem como de organização criminosa (no art. 1º, da Lei nº 9.613/98 e art. 2º, da Lei nº 12.850/2013)</p>	<p>Na esfera criminal não isenta de nenhuma responsabilização</p> <p>Nas demais esferas do direito administrativo sancionador (estrito senso ou judicializado) também não isenta de qualquer responsabilidade</p>	<p>Na esfera criminal não isenta de nenhuma responsabilização</p> <p>Nas demais esferas do direito administrativo sancionador (estrito senso ou judicializado) também não isenta de qualquer responsabilidade</p>
<b><i>Consequências do inadimplemento do acordo de leniência para os infratores</i></b>	Impedimento de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento	Impedimento de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos, contado do conhecimento pela Administração Pública, do descumprimento	
<b><i>Objetivos básicos</i></b>	<p>Combate a cartéis e práticas anticoncorrenciais</p> <p>Tutela da ordem econômica</p>	Combate a atos de corrupção contra a Administração Pública e fraudes a licitações e contratos públicos	Combate a ilícitos administrativos contra licitações e contratos públicos