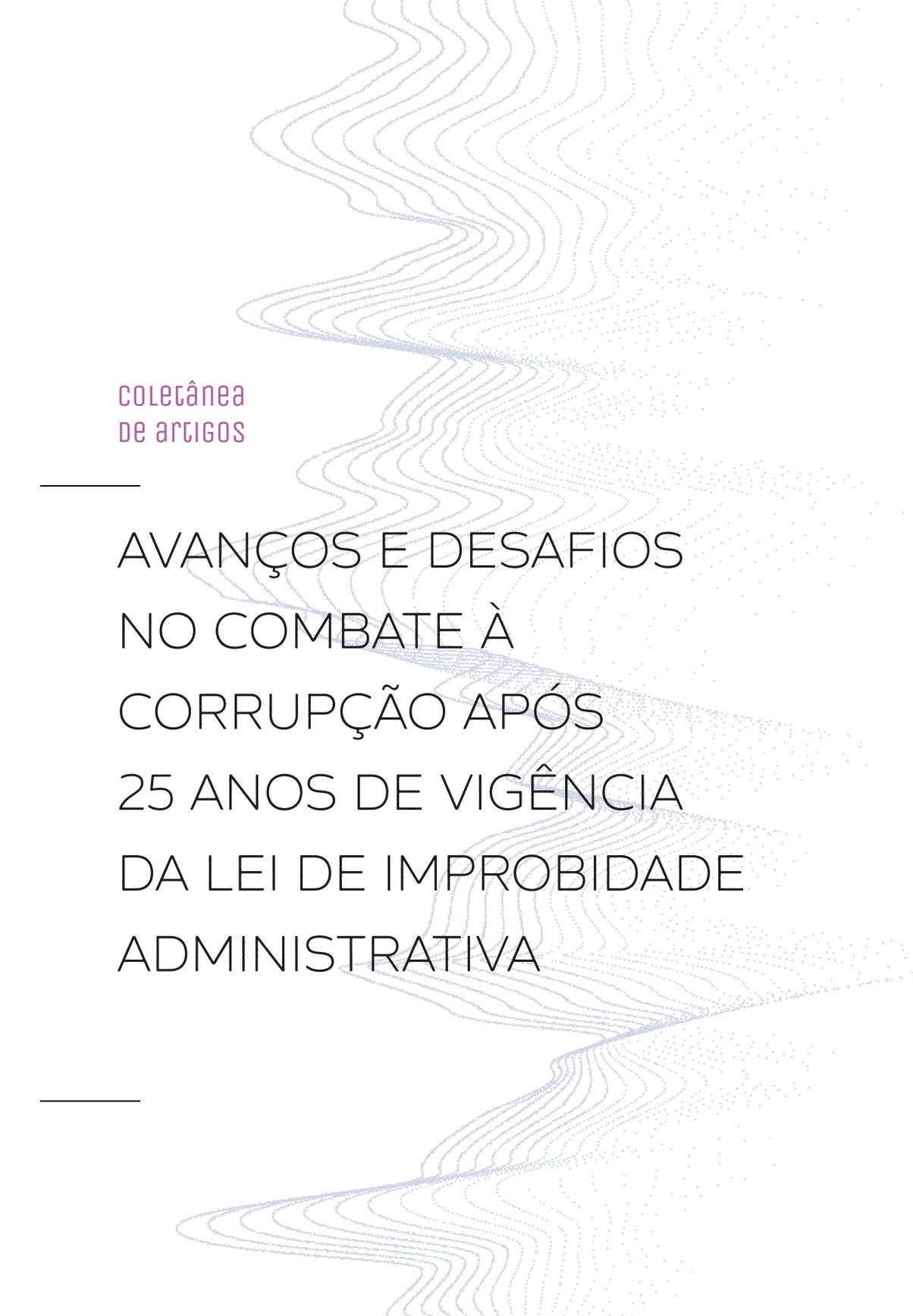


COLETÂNEA
DE ARTIGOS

DENISE VINCI TULLIO
EMERSON GARCIA
JOÃO PAULO LORDELO GUIMARÃES TAVARES
LEONARDO AUGUSTO SANTOS MELO
MÁRCIA NOLL BARBOZA
NICOLAO DINO
RONALDO PINHEIRO DE QUEIROZ
SAMANTHA CHAÑCAL DOBROWOLSKI
VLADIMIR APAS

AVANÇOS E DESAFIOS
NO COMBATE À
CORRUPÇÃO APÓS
25 ANOS DE VIGÊNCIA
DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO



coletânea
de artigos

AVANÇOS E DESAFIOS
NO COMBATE À
CORRUPÇÃO APÓS
25 ANOS DE VIGÊNCIA
DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Procuradora-Geral da República

Raquel Elias Ferreira Dodge

Vice-Procurador-Geral da República

Luciano Mariz Maia

Vice-Procurador-Geral Eleitoral

Humberto Jacques de Medeiros

Ouvidora-Geral do Ministério Público Federal

Julieta Elizabeth Fajardo Cavalcanti de Albuquerque

Corregedor-Geral do Ministério Público Federal

Oswaldo José Barbosa Silva

Secretário-Geral

Alexandre Camanho de Assis

Secretária-Geral Adjunta

Cláudia Roque



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª Câmara de Coordenação e Revisão

COLEÇÃO
DE ARTIGOS

AVANÇOS E DESAFIOS
NO COMBATE À
CORRUPÇÃO APÓS
25 ANOS DE VIGÊNCIA
DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA

Brasília - MPF
2018

© 2018 - MPF

Todos os direitos reservados ao Ministério Público Federal

Disponível em <<http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>> e <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes>>.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B823c Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 5.

Coletânea de artigos : avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa / 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília : MPF, 2018.

230 p.

Disponível em <<http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>> e <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes>>.

ISBN 978-85-85257-35-4.

1. Corrupção (direito penal). 2. Improbidade administrativa. 3. Colaboração premiada. 4. Acordo de leniência. I. Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 5. II. Título.

CDDir 341.55

Elaborado por Juliana de Araújo Freitas Leão – CRB1/2596

5ª Câmara de Coordenação e Revisão - Combate à Corrupção

Mônica Nicida Garcia

Subprocuradora-Geral da República
Coordenadora

Maria Hilda Marsiaj Pinto

Subprocuradora-Geral da República

Renato Brill de Góes

Subprocurador-Geral da República

Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho

Subprocurador-Geral da República

Antônio Carlos Pessoa Lins

Subprocurador-Geral da República

José Osmar Pumes

Procurador Regional da República

Tamar Oliveira Luz Dias

Secretária Executiva

Coordenação e Organização

5ª Câmara de Coordenação e Revisão

Planejamento visual, revisão e diagramação

Secretaria de Comunicação Social

Normalização Bibliográfica

Coordenadoria de Biblioteca e Pesquisa (Cobip)

Procuradoria-Geral da República

5ª Câmara de Coordenação e Revisão

SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C

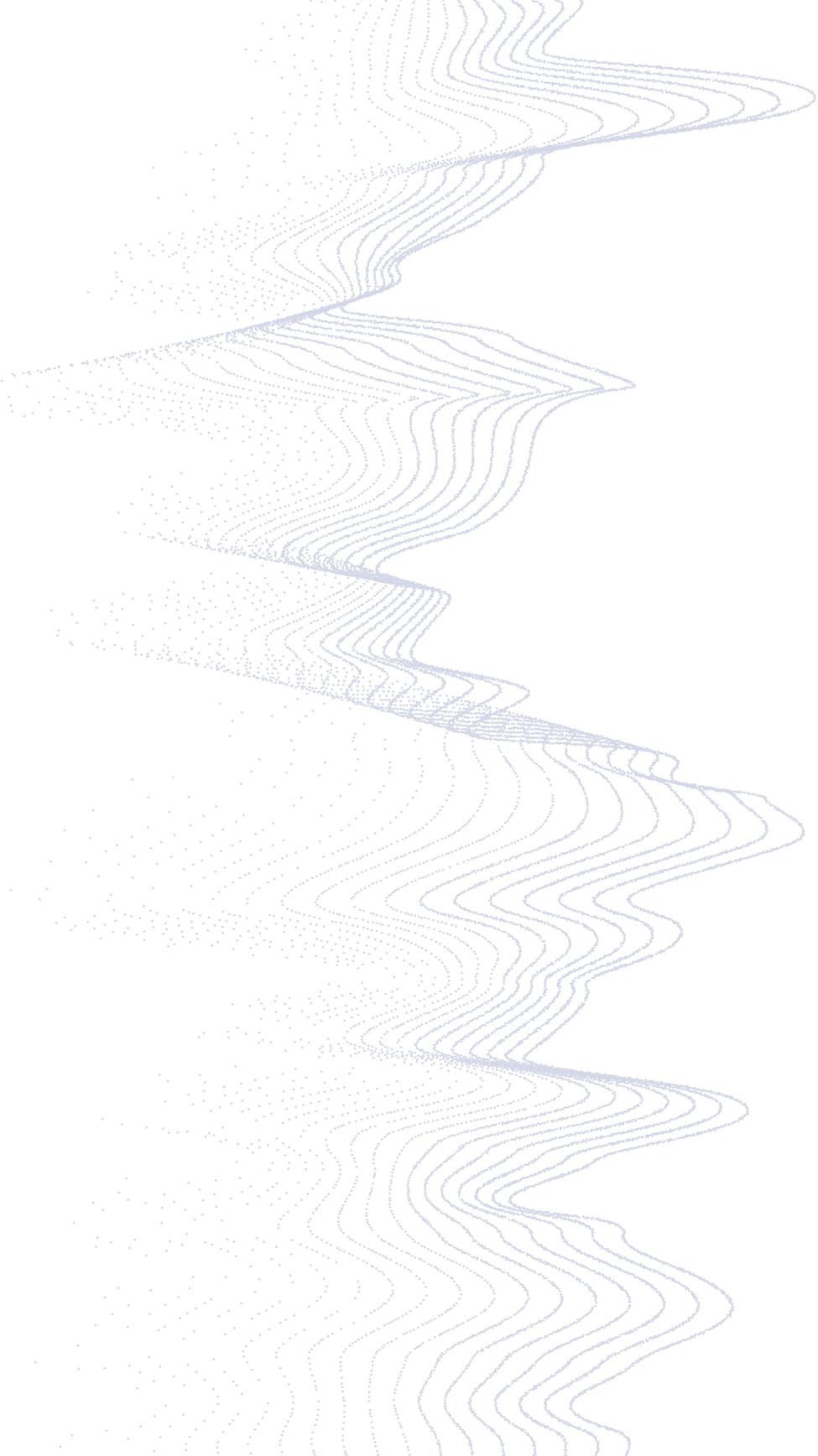
Telefone (61) 3105-5100

70050-900 - Brasília - DF

www.mpf.mp.br

SUMÁRIO

	Apresentação	7
1	Ações de Improbidade Administrativa (AIA) – interesse federal e legitimidade de atuação do MPF	8
	<i>Denise Vinci Tulio</i>	
2	Improbidade é sinônimo de desonestidade?	16
	<i>Emerson Garcia</i>	
3	A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa	28
	<i>João Paulo Lordelo Guimarães Tavares</i>	
4	Improbidade, convênios e terceiro setor: o particular que gere recursos públicos e sua responsabilização por improbidade administrativa	52
	<i>Leonardo Augusto Santos Melo</i>	
5	Reflexões conceituais e pragmáticas sobre a aplicação da Lei nº 8.429/1992 e do princípio da insignificância na esfera de discricionariedade do Ministério Público	90
	<i>Márcia Noll Barboza</i>	
6	A inelegibilidade como efeito da condenação por ato de improbidade administrativa: aspectos controvertidos	108
	<i>Nicolao Dino</i>	
7	Núcleos de Combate à Corrupção: um novo arranjo institucional para uma atuação ministerial eficiente	122
	<i>Ronaldo Pinheiro de Queiroz</i>	
8	Aspectos da aplicação adequada da Lei de Improbidade Administrativa no atual enfrentamento à corrupção no Brasil	142
	<i>Samantha Chantal Dobrowolski</i>	
9	Acordos de leniência na Lei Anticorrupção Empresarial	194
	<i>Vladimir Aras</i>	



APRESENTAÇÃO

Com esta coletânea de artigos, subscritos por experientes e destacados nomes do Ministério Público brasileiro, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão celebra, a um só tempo, os trinta anos do Ministério Público Federal, na inovadora feição conferida pela Constituição da República, e os mais de 25 anos da Lei de Improbidade Administrativa.

Ao discorrerem sobre os avanços e desafios no combate à corrupção, à luz da Lei nº 8.429/1992, os colegas autores fazem-no de forma qualificada, com a autoridade de quem tem por ofício o compromisso de promover e acompanhar as ações de improbidade administrativa, instrumento jurídico-símbolo do combate à corrupção no País.

Se é certo que a corrupção toma variadas formas e amolda-se velozmente para contornar a imposição de sanções, não é menos verdadeiro que a sociedade e o sistema de justiça brasileiros a acompanham mais atentos, e sob uma perspectiva que, mais ampla, é também mais eficiente. A Lei de Improbidade Administrativa, embora permaneça como ícone legal da defesa do patrimônio público e da honestidade na Administração Pública, integra hoje o que convém chamar microssistema de enfrentamento à corrupção, plural e mais robusto – afinado com as mudanças que testemunhamos todos. Não mais um texto isolado, na já distante década de noventa, mas agora parte de uma rede normativa, que interage e se complementa, formada por princípios e normas constitucionais, por importantes convenções internacionais anticorrupção, além de textos legais que a ela se seguiram.

Os artigos dialogam, sobretudo, com este novo tempo, de transformação e de inquietude. Tempo que nos ensina e nos impele a conjugar novos verbos, como negociar e transigir, sem descuidar da boa-fé e do dever de proteger o patrimônio público. Tempo que nos instiga a conquistar caminhos inéditos e a jamais ceder aos reveses que naturalmente se põem em marcha.

Que esta coletânea nos permita o importante tempo de reflexão de que, sempre e tanto, necessitamos.

Mônica Nicida Garcia

Subprocuradora-Geral da República

Coordenadora da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão

1 AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (AIA) – INTERESSE FEDERAL E LEGITIMIDADE DE ATUAÇÃO DO MPF

Denise Vinci Tulio¹

Resumo: Uma das atribuições do Ministério Público Federal é ajuizar ações por ato de improbidade. Essa legitimidade tem gerado controvérsias quando a ação envolve agentes municipais ou agentes que trabalham ou tenham servido em sociedade de economia mista. Definir quando está caracterizado o interesse federal tem sido o problema. Nessas hipóteses os precedentes dos Tribunais Superiores não são pacíficos.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Agentes municipais. Sociedade de economia mista. Legitimidade. Interesse federal.

Abstract: *It's one of the federal public prosecutor's assignment to file an action for an act of administrative dishonesty (improbidade administrativa). The power to file has been a matter for controversy when the action involves municipal agents or agents who work or have worked at mixed-economy companies. For one to define when federal assets or interests are damaged it is the crucial point. In such cases, the precedents of the High Courts on the issue are not peaceful.*

Keywords: *Administrative dishonesty. Municipal agents. Mixed-economy companies. Legitimacy. Federal assets or interests.*

Ação por ato de improbidade administrativa, ajuizada pelo MPF contra integrantes do Banco do Nordeste do Brasil (BNB), pela liberação irregular de créditos a empresa de energia, é extinta sem julgamento de mérito, por julgar o magistrado que o MPF não detém legitimidade para a causa, tendo em vista a natureza de sociedade de economia mista, do Banco em tela.²

Essa é apenas uma das ações em que se instaura a controvérsia sobre a legitimidade do MPF para ajuizar ação por ato de improbidade em face de agentes não vinculados às entidades elencadas no art. 109, inciso I da Constituição.³

Há inúmeras outras, muitas delas ajuizadas pelo MPF em face de agentes públicos municipais, por desvio de verbas recebidas por município por força de convênio firmado com órgãos integrantes do Poder Executivo Federal (Ministério da Saúde, do Turis-

¹ Denise Vinci Tulio. Subprocuradora-Geral da República e membro integrante do Núcleo de Tutela Coletiva e da 1ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF.

² RESP 1666862/CE, em julgamento na 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Francisco Falcão.

³ União, entidade autárquica ou empresa pública federal.

mo etc.) ou por outros motivos, como a ausência de concurso público na contratação de agentes remunerados por verbas federais.⁴

A questão gera controvérsias e não está pacificada no âmbito dos Tribunais brasileiros, nem mesmo nos Tribunais Superiores.

Já foi, e ainda é tratada, muitas vezes, sob o enfoque da competência da Justiça Federal. Possivelmente em razão desse equivocado enquadramento, foi algumas vezes dirimida, de forma simplista, no sentido de que sendo o Ministério Público Federal parte na causa, a competência é da Justiça Federal.

De fato, assim é. Demandas propostas pelo MPF devem ser ajuizadas perante a Justiça Federal, que deve solvê-las, já que lhe compete julgar as causas em que são interessadas a União, entidade autárquica ou empresa pública federal.⁵ E o MPF, conquanto detentor de autonomia, e sem qualquer vinculação ou subordinação ao Poder Executivo, não deixa de ser órgão integrante da estrutura da União.

Ocorre que o verdadeiro problema que se põe aqui não é de competência propriamente dito, mas de legitimidade para o exercício da ação, como muito bem assentou o saudoso ministro Teori Zavaski, quando ainda integrante do STJ, no acórdão que decidiu o RESP nº. 440.002/SE. Apontou naquela ocasião, o ministro:

[...] Com efeito, para fixar a competência da Justiça Federal, basta que a ação civil pública seja proposta pelo Ministério Público Federal. Nesse caso, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art. 109, I, da Constituição [...]

Figurando o Ministério Público Federal, órgão da União, como parte na relação processual, a um juiz federal caberá apreciar a demanda, ainda que seja para dizer que não é ele, e sim o Ministério Público Estadual, o que tem legitimação ativa para a causa. Para efeito de competência, como se sabe, pouco importa que a parte seja legítima ou não.⁶

⁴ Apenas para exemplificar: AIA n. 2004.32.00.001408-9/AM e ACP n. 0002965.29-2007.4.02.5103/RJ.

⁵ Art. 109, inciso I, da Constituição Federal.

⁶ Feito julgado por unanimidade pela 1ª Turma do STJ em 18/11/2004.

Então, tem-se que ação proposta pelo MPF está inserida na competência da Justiça Federal, que todavia, poderá decidir pela extinção do feito sem julgamento de mérito, se concluir que o MPF não detém legitimidade para a causa. Esta – a legitimidade para a causa – a verdadeira questão a ser enfrentada.

Não se resolvendo o problema com a mera participação do MPF na lide, outro há de ser o vetor apto a determinar a legitimidade do MPF e consequente competência da Justiça Federal para exame do mérito da demanda.

Há julgados que se apoiam na presença de outro ente público federal para legitimar a atuação ministerial. Assim, tem-se exigido a expressa manifestação de interesse na demanda, da União, suas autarquias ou empresas públicas, conforme a enumeração do art. 109, inciso I, da CF.

E aí novo problema se coloca. E se a União, ou qualquer dessas outras entidades, disser que não tem interesse na causa, a manifestação por si só é apta a deslocar a competência da Justiça Federal para a Justiça Estadual? Há decisões nesse sentido.⁷

Mas, se assim é, então há que se admitir que a despeito da existência de flagrante interesse econômico e/ou jurídico de qualquer dos entes indicados na Constituição Federal veiculado na demanda, havendo nos autos manifestação de não interesse na causa, pelo órgão público federal, a competência será da Justiça Estadual. A consequência desse entendimento é atribuir a definição da competência para o julgamento da causa àqueles próprios órgãos públicos, situação que repugna à consciência jurídica. Aliás, tal incongruência foi bem anotada no *Manual do Procurador da República*, que explicita:

[...] em causas em que há coincidência dos interesses de cuja defesa está incumbido o Ministério Público com interesse federal relevante que seria suficiente a justificar a condição dos entes arrolados no inciso I do art. 109 como autores ou assistentes do Ministério Público em uma ação contra particulares ou contra entes públicos estaduais ou municipais, a competência da Justiça Federal e, por decorrência, a legitimidade do Ministério Público Federal dependeriam da disposição dos representantes daqueles entes de integrarem a lide no polo ativo? Bastaria que eles afirmassem inexistir um interesse federal que de fato há ou que simplesmente não entendessem conveniente ou útil o ingresso na lide no polo ativo do

⁷ Apenas para exemplificar, decisões na Apelação Cível 0005970-97.2006.4.01.3300/BA, Rel. Des. Hilton Queiroz, TRF 1ª Região, 3ª Turma, unânime, em 21/5/2012 e no AI 0040345-18.2015.4.01.0000/PA, Rel. Des. Assuete Magalhães, TRF 1ª Região, 4ª Turma, unânime, em 5/4/2016.

ente que representam para que ficasse afastada a competência da Justiça Federal e a legitimidade do Ministério Público Federal? Essas competência e legitimidade ficariam ao arbítrio dos representantes judiciais dos entes públicos federais?

Por certo que não! (GRAVONSKI; MENDONÇA, 2017)

Para além disso, tem havido discussão quanto ao próprio teor da manifestação de interesse ou desinteresse na causa. Casos há em que a União, a despeito de interessada, manifesta desinteresse em participar da demanda, porque seus interesses estão já defendidos pelo MPF. Há magistrados entendendo que tal manifestação equivale a manifestar desinteresse na causa.⁸

Parece inexistir tal equivalência de sentido. Uma coisa é manifestar desinteresse na lide posta; outra, manifestar desinteresse em integrar a demanda para evitar dúplice atuação institucional.⁹

Na verdade, o ponto nodal a definir a legitimidade para a propositura de ação por ato de improbidade administrativa pelo MPF é a presença de interesse federal *à luz do objeto da ação de responsabilização por improbidade administrativa*, como aponta, com propriedade, Alexandre Gavronski em manifestação trazida em mandado de segurança sob sua responsabilidade.¹⁰ Esta a análise a ser feita pelo magistrado em cada caso concreto que lhe for apresentado.

Novamente, veja-se o que diz o *Manual do Procurador da República* a respeito:

Nesses casos, em que a tutela dos direitos e interesses para cuja defesa é legitimado o Ministério Público (coletivos lato sensu, de regra) se confunde com a tutela de relevantes interesses jurídicos titularizados pelos entes federais referidos no inciso I do art. 109 (os ditos interesses federais), confusão que se caracteriza quando uma não pode ser promovida sem que, ao mesmo tempo, o seja a outra, resta configurada a competência da Justiça Federal e, por consequência, em razão do art. 37 da LC 75, a legitimidade do Ministério Público

⁸ A título de exemplo, decisões do juízo federal e do TRF 5ª Região no RESP 1666862/CE, em julgamento na 2ª Turma do STJ e na ACP nº 5002790-52.2017.4.04.710/RS.

⁹ Crê-se que se trata de estratégia de atuação da AGU plenamente aceitável, já que tendo número elevado de ações a intervir e em alguns locais dispondo de poucos integrantes, opta por dispensar sua atuação naquelas em que seus interesses estão sendo devidamente resguardados pela atuação do representante ministerial.

¹⁰ Agravo Interno no MS nº 5053457-14.2017.4.04.0000/RS.

*Federal, que pode promover as ações cabíveis independente da presença de entes federais no polo ativo.*¹¹

[...]

*[...] para configurar o interesse federal de que trata o inciso I do art. 109 não é imprescindível que os entes nele referidos figurem formalmente no polo ativo, bastando que interesses por eles titularizados (interesses federais) estejam sendo defendidos pelo Ministério Público Federal em razão de uma coincidência total ou parcial desses interesses com aqueles de cuja defesa é incumbido o Ministério Público.*¹²

E essa análise não depende da manifestação ou interesse da União em participar ou não do processo. Na verdade, tanto a manifestação de desinteresse em meramente participar do processo quanto a manifestação gratuita de desinteresse na ação propriamente dita, por ente público federal, não é elemento apto a atestar a ausência de legitimidade do MPF para a causa. Como se disse, a legitimidade do ente ministerial para a causa deve ser aferida pelo exame do objeto da causa posta em juízo, consubstanciado pelos bens e valores que visa a tutelar. Presente o interesse federal, crê-se que ainda que haja manifestação em contrário do ente público, legitimado estará o MPF para ajuizar a ação por ato de improbidade administrativa e nela atuar.

Tais conclusões encontram eco em algumas decisões judiciais, entre elas recentes decisões do STJ. Confira-se:

*[...] apesar de o FNDE ter afirmado não ter interesse em ser incluído na relação processual, em manifestação cuja conclusão não parecer poder ser extraída dos argumentos, tratando-se de correta aplicação de recursos federais sujeitos à fiscalização do próprio FNDE e do TCU, indubitável a atribuição do Ministério Público Federal para atuar no feito e, enquadrando-se o MPF na relação de agentes trazidas no art. 109, I, da Constituição, a competência da Justiça Federal.*¹³

[...] em que pese a declaração de desinteresse por parte da União, ou de um de seus órgãos fiscalizatórios, quando em evidente confronto com o expresso dever legal de fiscalização do dispêndio dos recursos, submete-se ao crivo do Po-

¹¹ Op. cit., p. 787, grifo do original.

¹² Op. cit., p. 791, grifo do original.

¹³ Acórdão unânime no RESP 1513925/BA, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma do STJ, em 5/9/2017 (sem grifo no original).

der Judiciário, que, neste casos, poderá determinar o interesse da União e, por conseguinte, reconhecer a competência da Justiça Federal.¹⁴

Invoca-se, costumeiramente, decisões da Suprema Corte para afastar a legitimidade do Ministério Público Federal em AIA propostas contra agentes públicos vinculados a entidades não elencadas no já mencionado art. 109, inciso I da Constituição. Assim, ainda que rapidamente, vale trazer algumas decisões da Suprema Corte a respeito do binômio legitimidade/competência em dois casos envolvendo sociedades de economia mista.

Voto da relatoria da ministra Ellen Gracie fixou que, “a presença de sociedade de economia mista em procedimento investigatório não acarreta, *por si só*, na presunção de violação de interesse, econômico ou jurídico, da União.”¹⁵

Outra decisão, esta da lavra da ministra Cármen Lúcia, aponta que a circunstância de o MPF figurar como parte na lide não é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal para o seu julgamento. Mas diz também que “compete à Justiça comum processar e julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista, *exceto se houver interesse jurídico da União no feito*.”¹⁶

Percebe-se da jurisprudência da Suprema Corte que o elemento determinante para fixação da competência da Justiça Federal – e, pois, da legitimidade do MPF, não é a simples presença da União, autarquia ou fundação pública federal na lide, mas sim a existência de interesse de quaisquer dessas entidades na disputa.

Em conclusão, cuidando-se de demanda instaurada pelo MPF, estará caracterizada a competência da Justiça Federal para o exame de mérito inclusive quando estiver em jogo bem, serviço ou interesse federal, devidamente configurado no objeto da causa. E isso independente de a União figurar na relação processual ou até mesmo a despeito de manifestar desinteresse na causa, quando graciosa a manifestação. Em tais casos, o Ministério Público Federal – órgão que integra a União – vocalizará legitimamente a pretensão jungida ao interesse federal.

¹⁴ Decisão monocrática do Min. Herman Benjamin no RESP 1.383.054/RS, confirmada pelo colegiado da 2ª Turma (sem grifo no original).

¹⁵ ACO 987/RJ, decisão unânime do Plenário do STF, em 4/8/2011 (sem grifo no original)

¹⁶ AgReg no RE 596.836/ES, julgamento unânime da 1ª Turma do STF, em 10/5/2011 (sem destaque no original).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão. Recurso Especial nº 440.002/SE**. 1ª Turma. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. DJE, Brasília, 6 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. **Decisão Monocrática. Recurso Especial nº 1.383.054/RS**. 2ª Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. DJU, Brasília, 13 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. **Acórdão. Recurso Especial nº 1.513.925/BA**. 2ª Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. DJE, Brasília, 13 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. **Recurso Especial nº 1.666.862/CE**. 2ª Turma. Relator: Min. Francisco Falcão. Concluso para julgamento em: 2 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 596.836/ES**. 1ª Turma. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJE, Brasília, 26 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. **Acórdão. Ação Cível Originária nº 987/RJ**. Plenário. Relatora: Min. Ellen Gracie. DJE, Brasília, 23 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 4ª Turma. **Agravo de Instrumento nº 0040345-18.2015.4.01.0000/PA**. Relator: Des. Federal Assuete Magalhães. DJE, Brasília, 26 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

_____. 3ª Turma. **Apelação Cível nº 0005970-97.2006.4.01.3300/BA**. Relator: Des. Federal Hilton Queiroz. DJE, Brasília, 6 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

_____. 1ª Vara Federal de Manaus. **Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 2004.32.00.001408-9**. Juiz: Jaíza Maria Pinto Fraxe, Manaus. Julgado em: 6 set. 2011. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 1ª Vara Federal de Campos dos Goytacazes. **Ação Civil Pública nº 0002965-29.2017.4.02.5103**. Juiz: Elder Fernandes Luciano. Campos dos Goytacazes. Julgado em: 5 set. 2012. Disponível em: <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 3ª Turma. **Mandado de Segurança nº 5053457-14.2017.4.04.0000/RS**. Relator: Des. Federal Rogério Favreto. Concluso para decisão. Porto Alegre, 27 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

_____. 1ª Vara Federal de Passo Fundo-RS. **Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 5002790-52.2017.4.04.7104**. Juiz: Rafael Castegnaro Trevisan. Suspensão/Sobrestamento – Aguarda decisão da instância superior. Passo Fundo, 9 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 4ª Turma. **Apelação Cível nº 583772/CE**. Relator: Des. Federal Lázaro Guimarães. Relator para o acórdão: Des. Fed. Edilson Pereira Nobre Júnior. DJE, Recife, 7 out. 2016. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Manual do Procurador da República**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

2 IMPROBIDADE É SINÔNIMO DE DESONESTIDADE?¹

Emerson Garcia²

Resumo: Não são incomuns as construções doutrinárias que, privilegiando a linguagem ordinária, buscam associar a improbidade administrativa à desonestidade. O objetivo de nossa análise é demonstrar que a linguagem jurídica, a exemplo de qualquer linguagem para propósitos específicos, pode apresentar peculiaridades que a distingam dos significados ordinários. Especificamente em relação à improbidade, ela assume contornos mais amplos que a desonestidade, aproximando-se da noção de injuridicidade, que alberga a afronta às regras e princípios regentes da atividade estatal.

Palavras-chave: Desonestidade. Princípios. Regras. Improbidade administrativa.

Abstract: *It is not unusual doctrinal constructions, focusing on ordinary language, seeking to associate administrative misconduct to dishonesty. The purpose of our analysis is to demonstrate that the legal language, like any language for specific purposes, may present peculiarities that distinguish it to the ordinary meanings. Specifically in relation to misconduct, it assumes broad outlines of dishonesty, approaching the notion of unjuridical, which absorbs the affront to the rules and principles of state activity.*

Keywords: *Dishonesty. Principles. Rules. Administrative misconduct.*

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O signo linguístico *improbidade* há muito frequenta os padrões normativos editados em *terra brasilis*. Nossa primeira Constituição republicana, em seu art. 54, § 6º, em redação reproduzida pelos sucessivos textos constitucionais, considerava crime de responsabilidade do Presidente da República qualquer atentado à “*probidade da administração*”, e a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 482, a, incluiu o “*ato de improbidade*” entre as situações que justificam a rescisão do contrato de trabalho por justa causa. Apesar da previsão normativa, não havia a preocupação de definir o que se deve entender por improbidade, tarefa transferida à doutrina e à jurisprudência, que se desincumbiam desse *munus* com observância da funcionalidade da norma e das especificidades do respectivo ramo do Direito. Com os olhos voltados à linha inaugural de nossas

¹ Texto atualizado, publicado originariamente na Revista *Jus*, n. 26, p. 11, jan./jul.-2012.

² Doutor e mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, consultor jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e diretor da Revista de Direito. Consultor jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp). Integrante da Comissão de Juristas instituída no âmbito da Câmara dos Deputados para alterar a Lei nº 8.429/1992. Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda). Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

considerações, é factível que a improbidade no plano político-constitucional assumirá contornos distintos da improbidade praticada no âmbito de uma relação de trabalho.

Em qualquer caso, ainda que a norma não ofereça uma definição exata de *improbidade*, a densificação do seu conteúdo há de principiar pela base semântica oferecida ao intérprete. A probidade encontra sua origem mais remota no latim *probus*, indicando aquilo que brota bem (*pro + bho* – da raiz *bhu*, nascer, brotar), denotando o que é bom, o que tem boa qualidade. De forma correlata ao sentido etimológico, teve-se uma contínua utilização do vocábulo em uma concepção figurada, sendo frequentemente empregado para caracterizar o indivíduo honrado, íntegro, reto, leal, que tem bons costumes e é honesto, casto e virtuoso. Esse uso terminou por relegar a pureza linguística a plano secundário, tendo sido consagrado o uso figurado. Nesse particular, observa-se que a linguagem é um fenômeno essencialmente cultural, absorvendo sons, unidades de significado e estruturas gramaticais de modo intimamente interligado ao contexto de sua utilização.³ Esse contexto aponta não só para os aspectos circunstanciais que envolvem a comunicação como, principalmente, para a base cultural que confere sustentação à linguagem,⁴ base esta que reflete a identidade construída e os projetos de aperfeiçoamento de uma sociedade, absorvendo os símbolos e as ações que a caracterizam.⁵

Como derivação do designativo individual (*probus*) tem-se a variante caracterizadora de tal qualidade, papel desempenhado pelos vocábulos *probitas* ou *probitatis*, os quais, em vernáculo, espelham a probidade. Probidade, no âmbito da linguagem ordinária, significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade.⁶

Com os olhos exclusivamente voltados à linguagem ordinária e totalmente indiferentes ao seu entorno, não poucos doutrinadores têm defendido que “os atos de *improbidade administrativa*” a que se refere o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988, devidamente regulamentado pela Lei nº 8.429/1992, nada mais são que atos desonestos. A partir dessa linha argumentativa, que poderíamos denominar de “monocular”, em razão de sua limitada noção de profundidade, chegam a conclusões cuja principal funcionalidade é a de limitar o potencial expansivo da Lei de regência. É o caso da tese da inconstitucionalidade do ato de improbidade culposo previsto em seu art. 10, já que ninguém pode

³ Cf. MERTZ, Elisabeth. *The language of Law school: learning to “think like a lawyer”*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 45.

⁴ Cf. HÄBERLE, Peter. Function und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive. *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 32, Jg. Heft 22-23, p. 685-688, 2005.

⁵ Cf. BARRON, Anne. *Acquisition in interlanguage pragmatics: learning how to do things with words in a study abroad context*, volume 108 de *Pragmatics & beyond*. Philadelphia: John Benjamins Publishing Company, 2003, p. 24.

⁶ Com sentido similar, tem-se: *probidad* (Espanha); *probità* (Itália); *probité* (França); *integrity* (EUA); e *Rechtschaffenheit* (Alemanha).

ser desonesto culposamente,⁷ e, por razões similares, da necessária exigência de má-fé para a configuração da improbidade administrativa.⁸ O objetivo destas breves linhas é, simplesmente, o de oferecer alguns referenciais argumentativos que contribuam para a identificação do equívoco desse entendimento.

2 AS ESPECIFICIDADES DA “LINGUAGEM PARA PROPÓSITOS ESPECÍFICOS”

A crescente ampliação do universo de conhecimento e de atuação dos seres humanos torna inevitável que o processo de comunicação linguística sofra sucessivos refinamentos, de modo a aumentar a sua precisão e, conseqüentemente, a evitar o surgimento de interferências, responsáveis pelo comprometimento da compreensão da mensagem veiculada. Nessa linha, é natural o surgimento das “*linguagens para propósitos específicos*”,⁹ como a linguagem jurídica. Essas linguagens, juntamente com a linguagem ordinária, estão incluídas sob a epígrafe mais ampla da linguagem convencional.¹⁰

A linguagem jurídica, analisada sob a ótica dos signos linguísticos utilizados, costuma ser caracterizada por um arquétipo básico, que se reflete no emprego de (1) termos técnicos, com significados puramente técnicos; (2) termos técnicos com significados comuns; (3) termos ordinários com significados comuns;¹¹ (4) termos ordinários com significados incomuns; (5) termos de origem estrangeira, especialmente latina; e (6) termos técnicos ou ordinários, vagos ou ambíguos,¹² daí decorrendo uma polissemia interna (significados distintos na própria linguagem jurídica) ou uma polissemia externa (um significado na linguagem ordinária e outro na linguagem jurídica),¹³ o que aumenta o risco de interferências no processo de comunicação. Não é por outra razão

7 Cf. ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Resende (Org.). **Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 89; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa. Alguns Aspectos controvertidos. **Revista do TRF-5ª Região**, n. 56, p. 1-336, 2004; BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Livraria DelRey Editora, 2005, p. 115; e FERREIRA, Sérgio de Andréa. A Probidade na Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo**, p. 621, ago. 2002.

8 Sobre as distintas nuances da má-fé, vide, de nossa autoria: GARCIA, Emerson. A relevância da má-fé no delineamento da improbidade administrativa. **Boletim de Direito Administrativo**, n. 7, p. 817, jul. 2012.; e GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 176-180.

9 Cf. VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Diritto e interpretazione**. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. 6. ed. Roma: Laterza, 2009, p. 278 e ss.

10 Cf. GARCIA, Emerson. **A linguagem e as portas que ela pode abrir e fechar**. Belo Horizonte: Fórum das Letras, 2018, p. 25-27.

11 Cf. VILLAR PALASI, José Luis. **La Interpretación y los Apotegmas Jurídico-Lógicos**. Madrid: Editorial Tecnos, 1975, p. 98.

12 Cf. AUBERT, Jean-François. **Traité de Droit Constitutionnel Suisse**, Neuchatel: Éditions Ides et Calendes, 1967. v. I. p. 116.

13 Cf. CONSTANTINO PETRI, Maria José. **Manual de Linguagem Jurídica**. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 30-31.

que, na atualidade, a linguagem estritamente jurídica, pelas barreiras que cria, não tem se mostrado um meio totalmente eficaz à veiculação dos conteúdos jurídicos.¹⁴ Distanciar-se do *egocentrismo* e aproximar-se do *conhecimento mútuo* é o grande desafio a ser enfrentado tanto pelas autoridades responsáveis pela elaboração dos textos normativos, como pelo intérprete, aumentando, com isso, as chances de sucesso no processo de comunicação normativa.

Apesar das especificidades da linguagem jurídica e das dificuldades que oferece para a sua exata compreensão, existem diversos fatores que concorrem para a atribuição de significado às expressões linguísticas utilizadas e contribuem para a diminuição dos seus níveis de polissemia e ambiguidade. Com os olhos voltados à compreensão dos denominados “*atos de improbidade*”, realçamos um fator em particular, que é o contexto.

O contexto reflete o universo existencial do enunciado linguístico interpretado, podendo ser visto sob uma perspectiva linguística ou não linguística. Aliás, remonta aos romanos o brocardo “*lex non est textus sed contextus*”. Alguns autores reservam o designativo contexto ao universo linguístico, referindo-se ao não linguístico como situação.¹⁵

O contexto linguístico alcança todos os fatores de natureza homônima que apresentem algum tipo de conexão com o enunciado interpretado, o que pode redundar em sucessivos níveis de dependência e generalidade, principiando pelas relações com os demais signos e enunciados inseridos no texto: avançando pelas relações do texto com outros textos, até alcançar as relações entre conjuntos de textos, cada qual representando um sistema específico. Não é incomum que o contexto linguístico seja dividido em distintos setores disciplinares, formando universos distintos e relativamente independentes, de modo que as conexões linguísticas permaneçam adstritas a cada um desses setores. Essa separação é particularmente perceptível em relação aos distintos ramos do Direito, sendo possível que um mesmo signo linguístico ostente significados diversos conforme o ramo em que utilizado.¹⁶

Em relação ao contexto não linguístico, observa-se que ele absorve um amplo e variado leque de fatores, incluindo aspectos sociopolíticos e econômicos e os contornos culturais da sociedade,¹⁷ propósitos e objetivos tidos como relevantes, ou, mesmo, as

¹⁴ Cf. SCHNEIDEREIT, Gaby. **Legal Language as a Special Language**: structural features of english legal language. Germany: Green Verlag, 2007, p. 4.

¹⁵ Cf. MODUGNO, Franco. **Interpretazione Giuridica**. Padova: Cedam, 2009, p. 112 e 136.

¹⁶ Cf. TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di Diritto Privato**. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1983, p. 11.

¹⁷ Cf. SANT'ANNA, Alayde Avelar Freire. **A Radicalização do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 37 e ss.

peculiaridades de uma situação concreta.¹⁸ Todos amplamente suscetíveis à ação do tempo. As normas jurídicas, enquanto padrões de regulação social, não podem ser individualizadas à margem dessa realidade. Pelo contrário, o seu significado será definido com a necessária influência da totalidade do contexto, mais especificamente com a influência do modo pelo qual o intérprete vê e apreende esse contexto.¹⁹ O processo de interpretação não permanece adstrito ao material fornecido pelas fontes formais, sendo factível que a ele se soma uma multiplicidade de conceitos que delineiam o patrimônio cultural da sociedade e, em *ultima ratio*, do próprio intérprete. É o contexto social que justifica a existência da regulação estatal e estabelece os significados correntes da linguagem utilizada.²⁰

Se a multiplicidade de fatores que compõem o contexto não linguístico é facilmente perceptível, o mesmo pode ser dito em relação à sua falta de sistematização e à indeterminação da exata influência que exercem na atribuição de significado aos significantes normativos. A falta de coerência que reina nessa seara não tem impedido que tais fatores sejam constantemente considerados pelo intérprete, não de modo uniforme, mas com evidentes variações qualitativas e quantitativas. Essas variações costumam ser influenciadas pelos referenciais ideológicos encampados pelo intérprete e pela teoria da interpretação adotada. Na medida em que cada intérprete enumera os fatores que têm por relevantes e atribui a cada um deles o peso que lhe pareça mais adequado às peculiaridades espaciais, temporais e pessoais que envolvem o processo de interpretação, afigura-se evidente que as escolhas a serem realizadas terão influência direta no delineamento dos significados em potencial.

É possível, no entanto, traçar alguns balizamentos à escolha desses fatores.

O primeiro deles reside na necessidade de o intérprete manter-se adstrito àqueles fatores que estejam conectados à situação concreta e ao enunciado linguístico escolhido como base do processo de interpretação. Somente esses fatores podem ser considerados relevantes, não aqueles que apenas encontrem ressonância na pré-compreensão e nas aspirações pessoais do intérprete.

¹⁸ Como ressaltado por Richard Posner, não é incomum que o juiz norte-americano adote uma postura “legalista” ou “não legalista”, permanecendo adstrito ou distanciando-se do texto normativo, a partir da reação moral ou emocional (v.g.: repulsa, indignação, contentamento etc.) que tenha em relação à conduta de uma das partes envolvidas na lide (*How Judges Think?* Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 231).

¹⁹ Cf. BELLERT, Irena. **La linguística testuale (On a Condition of the Coherence of Text)**. Trad. de Elisabeth M. Conte. Milano: Feltrinelli, 1977, p. 180.

²⁰ Cf. LAVAGNA, Carlos. **Costituzione e socialismo**. Bologna: Il Mulino, 1977, p. 39.

Um segundo balizamento consiste na constatação de que, embora não seja possível atribuir contornos puramente objetivos a escolhas dessa natureza, o intérprete somente encontrará receptividade por parte dos demais participantes do processo de comunicação normativa caso consiga “generalizar” seus argumentos. Argumentos empíricos dessa natureza não podem destoar da base cultural e dos padrões de racionalidade já sedimentados no ambiente sociopolítico, sob pena de serem desautorizadas as conclusões alcançadas. A invocação das regras de experiência, do senso comum, do *aquis* social e de outras formas de expressão do consenso ou, simplesmente, da ampla convergência, são recursos úteis para o intérprete.

O terceiro balizamento, particularmente útil nas situações de internormatividade, consiste na necessidade de o intérprete considerar os fatores de natureza normativa que podem influenciar na interpretação do enunciado linguístico. Trata-se de imperativo de coerência que assegura a unidade do sistema jurídico.

O quarto balizamento indica que esses fatores nem sempre ostentarão o mesmo grau de importância, tanto no que diz respeito à situação concreta como em relação ao enunciado linguístico interpretado. É possível, assim, seja estabelecida uma ordem de preferência entre eles, ordem esta que não deve destoar dos *standards* normalmente seguidos no ambiente sociopolítico.

Essas, portanto, são as diretrizes que utilizaremos na verificação da alegada sobreposição dos referenciais de improbidade e desonestidade.

3 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ENQUANTO MANIFESTAÇÃO DA INJURIDICIDADE

Ao analisarmos se os denominados “*atos de improbidade administrativa*” devem ter o seu conteúdo delineado com o só recurso à linguagem ordinária ou se refletem um conceito técnico, inserido em uma linguagem para propósitos específicos, não podemos prescindir da verificação dos contextos linguístico e não linguístico.

Principiando pelo contexto linguístico, merece transcrição o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988, *verbis*: “[o]s 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”. O enunciado linguístico em que está inserida a expressão objeto de aná-

lise indica as sanções básicas a serem aplicadas ao ímprobo, acrescentando que tal se daria “na forma e gradação previstas em lei”. Caberia à norma associar os atos de improbidade às sanções correspondentes, estabelecendo, ainda, um escalonamento entre eles, consoante a sua gravidade, daí decorrendo a cominação de sanções mais severas ou mais brandas. Antes de avançarmos para a legislação infraconstitucional, ainda é importante observarmos que o art. 37 da Constituição de 1988 veicula uma série de regras e princípios regentes da atividade estatal, todos vinculantes para os agentes públicos.

O referido § 4º do art. 37 foi regulamentado pela Lei nº 8.429/1992, que estabeleceu um novo contexto linguístico para a identificação do sentido dos atos de improbidade. Esse contexto, de contornos normativos, contém quatro espécies distintas de atos de improbidade: (1) o enriquecimento ilícito; (2) o dano ao patrimônio público; (3) atos de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário; e (4) a violação aos princípios regentes da atividade estatal, sendo sabido por todos que estes últimos podem veicular diversos conteúdos distintos (v.g.: princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade etc.). Nesse momento, já podemos alcançar uma conclusão parcial: como a própria lei, partindo de um comando constitucional, indicou o que se deveria entender por atos de improbidade, o significado dessa expressão nitidamente se desprende da linguagem ordinária e adentrou no domínio da linguagem para propósitos específicos.

A violação aos princípios regentes da atividade estatal é a base de desenvolvimento de qualquer juízo valorativo que busque demonstrar a ocorrência da improbidade administrativa. Além de conferirem unidade ao sistema normativo-constitucional, os princípios atuam como fatores de imposição, de interpretação e de integração. Possuem caráter imperativo, exigindo que indivíduos e poderes constituídos adotem as medidas necessárias, na medida mais ampla possível, à materialização dos valores que albergam.

Influem na interpretação dos padrões normativos do sistema, contribuindo para estender ou retraindo o seu potencial de incidência. Permitem que sejam contornadas as lacunas da Constituição formal, contribuindo para o aperfeiçoamento da completude da ordem constitucional. A licitude dos atos dos agentes públicos há de ser extraída da conjunção das regras e dos princípios, quer explícitos, quer implícitos, o que conferirá a estes um grau de obrigatoriedade que há muito é difundido mas que pouco tem se concretizado.

A adequação do ato à norma não mais pode ser vista sob um prisma meramente formal – que consubstanciava a concepção clássica de legalidade – passando a ser perquirida a sua correspondência aos valores que conduzem à concreção da própria noção de Direito. Daí se falar em *legalidade substancial*, o que pressupõe um juízo de valoração

da essência do ato, com a sua conseqüente legitimação à luz dos vetores do Estado de Direito. Com a constitucionalização dos princípios, que terminaram por normatizar inúmeros valores de cunho ético-jurídico, a concepção de legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade, segundo a qual a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita – com contornos superpostos à regra –, passando a compreender regras e princípios. A unidade da Constituição indica que todas as normas por ela formalmente encampadas têm igual força e hierarquia, sendo cogente a sua observância pelos agentes públicos. Como a abstração de qualquer regra redundará na obtenção de um princípio correlato, é natural que seja este último o foco de análise utilizado pela Lei nº 8.429/1992.

A improbidade administrativa, portanto, sempre estará associada à violação da juridicidade, o que, obviamente, não prescinde dos temperamentos oferecidos pelo critério de proporcionalidade, evitando, com isso, a incidência da Lei nº 8.429/1992 em condutas de pouca ou nenhuma lesividade ao bem jurídico tutelado.²¹ Quando o agente público parar no *minus*, sua conduta será enquadrada no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, avançando para o plus, o enriquecimento ilícito, o dano ao patrimônio público ou a concessão indevida de benefício financeiro ou tributário, a tipologia se deslocará, respectivamente, para o art. 9º, o art. 10 ou o art. 10-A.

Além do contexto linguístico, também o não linguístico evidencia que o ambiente sociopolítico é plenamente refratário a um agente público que passe ao largo das regras e dos princípios regentes da atividade estatal. Afinal, o surgimento de “*códigos paralelos de conduta*” tende a lesar interesses individuais e a comprometer a satisfação do interesse público, o que leva a sociedade a ostentar elevados níveis de desconfiança em relação aos poderes constituídos, situação sempre perigosa ao lembrarmos que há pouco deixamos de conviver com um regime de exceção, de triste memória para o povo brasileiro.

De acordo com a sistemática adotada pelo art. 37, § 4º, da Constituição da República e pela Lei nº 8.429/1992, é perfeitamente possível termos atos de improbidade que não sejam propriamente atos desonestos. Basta pensarmos na conduta de um prefeito municipal que, em razão de sua origem humilde, valoriza o trabalho e a família e pouca importância dá ao estudo, o qual, aliás, jamais esteve ao seu alcance. Por ver na educação não mais que uma frívola vaidade, utiliza recursos vinculados, do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), instituído pela Emenda Constitucional nº 53/2006 e regulamentado pela Lei

²¹ Para maior desenvolvimento do tema, vide, de nossa autoria, a primeira parte da obra: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1697.

nº 11.494/2007, para a construção de um monumento à família. A aplicação dos recursos em finalidade diversa da legal impossibilita a aquisição de merenda para as crianças e o pagamento dos docentes, que paralisam suas atividades. Por desconsiderar a prioridade absoluta de que gozam as crianças e os adolescentes (CR/1988, art. 227, *caput*), afrontar a ordem constitucional e infraconstitucional, bem como por realizar um ato nitidamente ineficiente, de pouca importância quando cotejado com o bem jurídico violado, afigura-se nítida a prática do ato de improbidade administrativa descrito no art. 11, I, da Lei nº 8.429/1992: “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência”. Conquanto esteja evidenciada a vontade de descumprir a lei, não há propriamente má-fé ou desonestidade na conduta do agente público, o que em nada ameniza a extrema lesividade de sua conduta.

EPÍLOGO

A linguagem ordinária, conquanto assuma indiscutível relevância na atribuição de significado aos enunciados linguísticos normativos, não tem o condão de afastar as singularidades da linguagem para propósitos específicos, como é o caso da linguagem jurídica. Na identificação da aproximação ou do distanciamento em relação a uma ou outra, assume especial relevância o contexto, linguístico ou não linguístico. No Direito brasileiro, os “atos de improbidade” a que se referem o art. 37, § 4º, da Constituição de 1988 e a Lei nº 8.429/1992 nem sempre refletirão a prática de atos desonestos, sendo o significado ordinário preterido em prol do jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Resende (Org.). **Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

AUBERT, Jean-François. **Traité de Droit Constitutionnel Suisse**. Neuchatel: Éditions Ides et Calendes, 1967. v. I.

BARRON, Anne. **Acquisition in interlanguage pragmatics: learning how to do things with words in a study abroad context**, Volume 108 de Pragmatics & beyond. Philadelphia: John Benjamins Publishing Company, 2003.

BELLERT, Irena. **La linguistica testuale (On a Condition of the Coherence of Text)**. Trad. de M. Elisabeth Conte. Milano: Feltrinelli, 1977.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Livraria DelRey Editora, 2005.

CONSTANTINO PETRI, Maria José. **Manual de Linguagem Jurídica**. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. A Probidade na Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo**, v. 18, n. 8, p. 621, ago. 2002.

GARCIA, Emerson. A relevância da má-fé no delineamento da improbidade administrativa. **Boletim de Direito Administrativo**, n. 7, p. 817, jul. 2012.

_____. **Interpretação Constitucional**: resolução das conflitualidades intrínsecas da normas constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **A linguagem e as portas que ela pode abrir e fechar**. Belo Horizonte: Fórum das Letras, 2018.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HÄBERLE, Peter. Function und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive. **Europäische Grundrechte Zeitschrift** 32, Jg. Heft 22-23, p. 685, 2005.

LAVAGNA, Carlos. **Costituzione e socialismo**. Bologna: Il Mulino, 1977.

MERTZ, Elisabeth. **The language of Law school**: learning to “think like a lawyer”. New York: Oxford University Press, 2007.

MODUGNO, Franco. **Interpretazione Giuridica**. Padova: Cedam, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa. Alguns Aspectos controvertidos. **Revista do TRF-5ª Região**, n. 56, p. 1-336, 2004.

POSNER, Richard. **How Judges Think?** Cambridge: Harvard University Press, 2008.

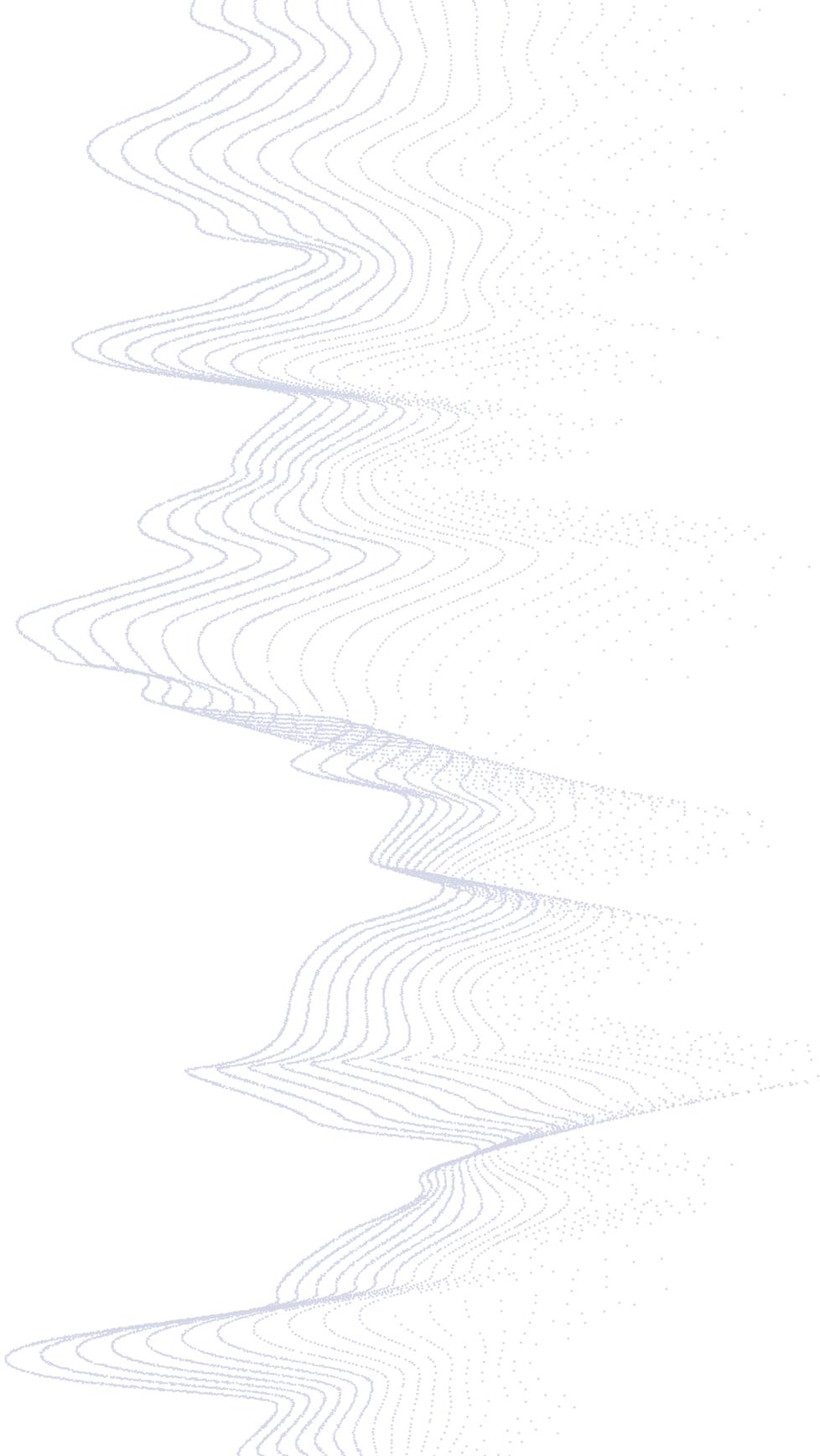
SANT'ANNA, Alayde Avelar Freire. **A Radicalização do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

SCHNEIDERREIT, Gaby. **Legal Language as a Special Language**: structural features of english legal language. Germany: Green Verlag, 2007.

TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di Diritto Privato**. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1983.

VILLAR PALASI, José Luis. **La Interpretación y los Apotegmas Jurídico-Lógicos**. Madrid: Editorial Tecnos, 1975.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Diritto e interpretazione**: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. 6. ed. Roma: Laterza, 2009.



3 A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares¹

Resumo: O presente artigo situa-se no estudo dos aspectos teóricos e práticos relativos à admissibilidade do instituto da colaboração premiada no âmbito das ações de improbidade administrativa. O questionamento central pode ser assim resumido: à luz da intensa convencionalidade existente no Direito Penal e da cláusula geral de negociação processual do art. 190 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), é possível tomar por empréstimo o regramento da colaboração premiada da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), transportando-o, por analogia, às ações de improbidade administrativa? Para que seja obtida tal resposta, o artigo reúne um conjunto de elementos teóricos próprios da teoria geral do processo, necessários à compreensão do fenômeno processual na contemporaneidade.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Teoria dos fatos jurídicos processuais. Improbidade administrativa. Negócios jurídicos processuais. Novo Código de Processo Civil.

Abstract: *This article lies on the study of the theoretical and practical aspects related to the admissibility of the institute of the plea bargain in administrative improbity actions. The central question can be summarized as follows: in light of the intense conventionalism in criminal law and the general clause of negotiation of the new Code of Civil Procedure, is it possible to borrow the rule of plea bargain from the Law of Criminal Organizations by analogy to the actions of administrative improbity? In order to obtain such a response, the article brings together a set of theoretical elements of the general theory of the process, necessary for the understanding of the procedural phenomenon in contemporary times.*

Keywords: *Plea bargain. Theory of procedural legal facts. Administrative improbity. Procedural contracts. New Civil Procedure Code.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto o estudo da possibilidade de celebração de acordos de colaboração premiada no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). De maneira objetiva, o questionamento central pode ser assim resumido: à luz da intensa convencionalidade existente no Direito Penal e da cláusula geral de negociação processual do art. 190 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015),

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito do Estado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia, com período de visitação na Universidade de Sevilla (Espanha). Professor em diversos cursos de pós-graduação em Direito e preparatórios para carreiras jurídicas. Coordenador pedagógico e professor da Escola Superior do Ministério Público da União. Ex-defensor público federal (2010-2014), é membro do Ministério Público Federal (procurador da República) na Bahia, tendo sido aprovado em primeira colocação no respectivo concurso público (27º CPR).

é possível tomar por empréstimo o regramento da colaboração premiada da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), transportando-o, por analogia, às ações de improbidade administrativa?

O estudo dos negócios jurídicos processuais judiciais, embora já bastante aprofundado, ainda é recente na literatura brasileira, sobretudo em razão da força da rigidez procedimental na legislação e na jurisprudência, ainda sob o marco normativo do Código de Processo Civil de 1973 e seus antecedentes teóricos.

Cuida-se de tema que certamente atrairá a atenção de muitos nos próximos anos, por se tratar de uma das maiores novidades do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) – ao menos no que se refere à cláusula negocial atípica do seu art. 190 –, a colocar o Brasil, indubitavelmente, como uma referência mundial.

De início, objetiva-se reunir um conjunto de elementos teóricos próprios da teoria geral do processo, necessários à compreensão do fenômeno processual na contemporaneidade – seja no âmbito penal, seja no âmbito cível –, sobretudo no que diz respeito às suas fontes.

Em seguida, fazendo-se uma análise a respeito da natureza jurídica dos acordos de colaboração premiada, buscar-se-á realizar uma investigação sobre a permissibilidade de tais declarações de vontade em outros campos do Direito sancionador, à luz das disposições estabelecidas pelo novo Código de Processo Civil, em especial o seu art. 190.

2 ANTECEDENTES TEÓRICOS E AS FONTES DO PROCESSO NA ATUAL METODOLOGIA JURÍDICA

A ideia de realização de negócios tendo por objeto normas processuais – ou o comportamento das partes no processo – causa forte estranheza ao jurista brasileiro, seja no processo penal, seja no processo civil.

Essa mesma estranheza não ocorre na literatura estrangeira, destacando-se as contribuições teóricas de Josef Kohler, na Alemanha, ainda no século XIX. Também na França e na Itália, o tema já é debatido há algum tempo. Nos Estados Unidos, a produção acadêmica das últimas décadas é substancial a respeito da prática do *contract procedure*, que, paralelamente aos meios privados de resolução de conflitos (*Alternative Dispute Resolution*

– ADR), tem invadido as cortes estatais, como evidenciam autores como Kevin E. Devis, Helen Hershkoff, David Horton, Michael E. Solimine, Michael L. Moffitt, Jaime Dodge, entre muitos outros. No ano de 2002, há mais de uma década, em artigo intitulado *Civil Procedure by Contract: A Convoluting Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control*, David H. Taylor e Sara M. Cliffe já abordavam, à luz do Direito americano, a validade de cláusulas contratuais ex ante limitando determinados meios de prova — “*what evidence may or may not be presented as proof*” (TAYLOR; CLIFFE, 2002). Nos tempos atuais, “*private resolution*” e “*public adjudication*” deixaram de ser concebidas como expressões contrapostas (RHEE, 2009).

Percebe-se, portanto, em especial no âmbito do processo civil, o nascer de uma forte mudança no Direito Processual brasileiro, a desafiar não apenas antigas construções teóricas, mas também aspectos marcantes da nossa cultura, em especial o publicismo processual². A questão que se põe é saber os limites da convencionalidade na seara processual, em especial no âmbito punitivo – civil ou penal –, em que não é fácil enxergar uma relação de coordenação entre as partes.

2.1 Do privatismo ao publicismo: o processo na doutrina clássica

Se levada em consideração a história do Direito em sua inteireza, desde a Idade Antiga, é possível afirmar que a autonomia do Direito Processual é um fenômeno relativamente recente e diretamente associado à “descoberta do caráter público do processo”, no século XIX (MARINONI, 2010, p. 397). Autonomia e caráter público são duas ideias que acabaram por caminhar juntas.

Fato é que, até o século XIX, o Direito Processual não existia como ciência. Até então, a ação era concebida como algo inerente ao Direito Material (BEDAQUE, 2011, p. 32). Antes disso, no período privatista, a natureza jurídica do processo era algo compreendido à luz do Direito Privado, numa feição nitidamente contratual. Confundiam-se processo e procedimento, como um mero rito sequencial de atos destinados à aplicação do Direito Material. Não apenas o processo civil, mas também o processo penal já foi fortemente marcado por um excessivo privatismo, a exemplo do procedimento criminal grego, descrito na célebre obra *Apologia de Sócrates*, de Platão. É daí que surge, a propósito, a expressão “perseguidor” (que, no inglês, se traduzirá na palavra *prosecutor*), a revelar o quê de vingança privada do processo penal originário. No lugar do Minis-

² Indubitavelmente, a tradição jurídica brasileira é marcada por intensas publicizações, em detrimento do empoderamento do indivíduo, o que tem restringido as fontes do Direito àquelas exclusivamente produzidas pelo Estado. Trata-se (também) de um reflexo do déficit democrático próprio da história colonial brasileira, o que também contamina o modo de estudo e produção do Direito. Some-se a isso a impropriedade, na ciência do Direito Processual, do publicismo de Oskar von Bülow, que, no Brasil, sobrelevou os escopos públicos do processo.

tério Público, Sócrates foi processado criminalmente por Meleto, seu "perseguidor". É também originária do processo grego a diferença entre causa (*dikê*), concebida como um "processo privado", e a denúncia (*graphê*), concebida como "uma ofensa contra a cidade", a revelar uma forte proximidade entre o processo penal grego e o processo coletivo.

Como se verá adiante, a admissibilidade dos negócios jurídicos processuais judiciais atípicos consiste num resgate responsável de alguns dos elementos esquecidos da era processual privatista, sem que isso signifique, sob qualquer hipótese, o seu retorno.

Na Roma antiga, o processo judicial cível era marcado por sua natureza *per formulas*, a depender do prévio consenso das partes. Em linhas gerais, as partes, em consenso, firmavam um compromisso (*litis contestatio*), fixando os limites do litígio, comprometendo-se a aceitar a decisão a ser tomada por um árbitro por si escolhidos. Tal árbitro, então, recebia o encargo do pretor para resolver a lide (MARINONI, 2010, p. 395).

A *litis contestatio* romana atribuiu ao processo uma natureza contratual (ou de quase-contrato, na hipótese de não haver acordo³), não sendo cogitada a sua autonomia, como explica Luiz Guilherme Marinoni:

Esse compromisso ou *litis contestatio* foi qualificado pela doutrina como um negócio jurídico privado ou como um contrato. O contrato era estabelecido pela *litis contestatio*. Por essa razão, atribuiu-se ao processo natureza contratual. Tratava-se de uma espécie de contrato judicial (MARINONI, 2010, p. 396).

No período moderno, enquanto o processo penal se torna praticamente esquecido pela doutrina – com forte feição inquisitorial, em especial na Europa continental –, o processo civil continuava a atrair forte atenção acadêmica.

Assim sendo, a autonomia do processo é diretamente relacionada com a autonomia do direito de ação frente ao Direito Material. Esta se deve, sobremaneira, à polêmica entre os juristas alemães Bernardo Windscheid e Teodoro Muther, no século XIX. Em seu trabalho "A ação do Direito Civil romano do ponto de vista do direito moderno" (1956), após ajustes, Windscheid conclui que a *actio* romana, em realidade, consistiria na faculdade de persecução judicial, ou seja, algo que se poderia exigir do outro, designando a pretensão (MARINONI, 2010, p. 164). Tratava-se de algo distinto tanto do

³ A teoria do processo como quase-contrato revelou a evidente crise da teoria contratual, ainda com base no Direito Romano, quando da *cognitio extraordinaria*, em que se permitia instauração de um processo de forma contrária à vontade do réu.

direito de se queixar quanto do próprio direito subjetivo. Por sua vez, Muther concebia a ação como um direito de agir contra o Estado, para que este outorgasse a tutela jurídica (MARINONI, 2010, p. 165).

Percebe-se, pois, que ambos os autores, embora por caminhos distintos, concebiam a ação como algo diverso do direito material originário. Essa autonomia resultou na compreensão da ação como algo dirigido contra o Estado, estando inserida, portanto, no âmbito do Direito Público.

A mesma sorte seguiu o processo: além de autônomo em relação ao Direito Material, também assumiu um caráter público. A justificativa é bastante simples: o Estado não poderia mais permanecer alheio à forma com que o seu próprio poder seria exercido.

Com a sua publicização, o processo deixou de ser concebido exclusivamente como um “negócio das partes”, passando a consistir num espaço onde se exprime a autoridade do Estado. A essa autoridade não interessa apenas a tutela do interesse privado mas também a administração da justiça e a correta aplicação da lei.

Coube a Oskar von Bülow, ainda no século XIX, teorizar o processo como uma relação jurídica, conferindo-lhe um quê teleológico. Separaram-se processo e procedimento: este, como mera sequência de atos, despida de qualquer finalidade; aquele, como uma relação jurídica que tem por fim a atuação da lei⁴. Dessa relação participam as partes e o Estado, a partir da instauração do processo. Por ser diversa da relação jurídica material ínsita à lide, a sentença de improcedência, *v. g.*, em nada afetaria a existência da relação processual, autônoma.

O cânone da relação jurídica processual – de natureza pública, entre o juiz e as partes –, ainda tão consagrado, não passou imune às críticas. Isso porque a teoria de Bulöw se desenvolveu a partir da noção de relação jurídica do Direito Privado, cuja fonte comum é a pandectística alemã (MARINONI, 2010, p. 403).

À luz da pandectística alemã, o Direito se resumia a um sistema de conceitos gerais marcados pela abstração. Por ela, houve uma tentativa de adaptar cientificamente e aplicar o *ius privatum* romano – ou seja, as regras extraídas das noções gerais e abstratas dos textos do *Corpus Iuris Civilis* – às concepções modernas (*usus modernus Pandectarum*), sobrelevando-se o doutrinário jurídico.

⁴ Não se desconhece que Goldschmidt, em análise à “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias” de Bulöw, observava a relação jurídica processual ainda no Direito Romano.

Para o pensamento crítico, a abstração e a neutralidade da ideia da relação jurídica processual conduzem à neutralização da figura do Estado, desconsiderando seus fins e projetos, construído sobre os valores. Da mesma forma, o desligamento da vida concreta resultaria na dissolução de qualquer preocupação valorativa em relação às partes (MARINONI, 2010, p. 405).

Um dos principais responsáveis às críticas dirigidas à concepção do processo como relação jurídica foi James Goldschmidt, na Alemanha. Para ele, as partes “não estão relacionadas entre si, existindo apenas um estado de sujeição das mesmas à ordem jurídica, no seu conjunto de possibilidades, expectativas e cargas” (PASSOS, 2005, p. 73).

Ocorre que, como anunciado por Calmon de Passos, a substituição da ideia de relação jurídica pela situação jurídica, preconizada por Goldschmidt, é algo “antes sociológico que jurídico; ele estuda o processo não como teoricamente deve ser, mas como resultado de possíveis deformações que venha a sofrer na prática [...]” (PASSOS, 2005, p. 73)⁵.

A verdade é que o processo – não apenas o civil como também o penal –, como diversos outros institutos jurídicos, pode ser compreendido em mais de uma perspectiva, destacando-se, ao menos, três: tipo complexo de formação sucessiva (ato jurídico complexo – ou simplesmente procedimento), relação jurídica e técnica de criação de normas jurídicas (DIDIER JR., p. 30).

Nesse ponto, “nenhuma teoria é mais fecunda, em suas consequências, nem mais adequada, politicamente, para um Estado de direito democrático que a da relação jurídica” (PASSOS, 2005, p. 73). Ao explicar o processo, tal teoria permite a sua análise quer do ponto de vista das partes, quer do ponto de vista do juiz, o que possibilita sua “compreensão sistemática, revestindo-o de racionalidade e evidenciando sua dimensão política” (PASSOS, 2005, p. 73).

Isso porque, entre outras coisas, concebendo-se o processo não apenas como uma mas sim um conjunto de relações jurídicas estabelecidas entre os mais diversos sujeitos processuais (entre eles as partes, o juiz, o Ministério Público e auxiliares), torna-se

⁵ A elevada abstração da ideia originária de relação jurídica processual, ao desconectar o processo judicial da facticidade, acabaria por retirar-lhe a validade, comprometendo a legitimidade do exercício da jurisdição, que, nos tempos atuais, pressupõe, entre outras coisas, a participação das partes no procedimento – e, portanto, na formação da decisão. O erro, contudo, não está na ideia da relação jurídica processual em si, mas sim na “elevada abstração”. É, portanto, do criador – e não da criatura. Não por acaso, a processualística contemporânea tem demonstrado preocupação em aproximar processo e procedimento, este último não mais concebido como mera sequência de atos despida de objetivos e finalidades específicas. O procedimento, hodiernamente, reclama adequação às partes, ao Direito material e aos fins do processo.

mais fácil importar todo o instrumental da teoria do fato jurídico – excerto da Teoria Geral do Direito –, criando-se uma verdadeira teoria do fatos jurídicos processuais.

Nessa linha, a ideia de processo como “relação jurídica” (no singular) consiste, na realidade, em uma metonímia que aponta para o conjunto de relações jurídicas processuais, o todo (DIDIER JR., 2015, p. 32). Ela é, portanto, o estopim daquilo que consiste no instrumental necessário à compreensão sistemática das negociações processuais: a teoria dos fatos jurídicos processuais, categoria própria da teoria geral do processo, que se ocupa por reunir conceitos lógico-jurídicos, inerentes a todo e qualquer processo⁶.

Encurtando-se uma discussão que já conta com milhares de páginas na doutrina, entendemos que, nos tempos atuais, o conceito de processo como relação jurídica, afastando-se do esquema estático-privatista de outrora, pode gerar bons frutos, sobretudo se compreendido a partir de uma noção plurissubjetiva, a envolver todos os sujeitos do processo, num ambiente democrático deliberativo (CABRAL, 2010, p. 170). E tal raciocínio deve tomar de empréstimo a teoria do fato jurídico, o “elo perdido” da Teoria do Direito que permite uma compreensão técnica conjunta entre o processo civil e o processo penal, sem que isso signifique a desconfiguração de suas particularidades, nem implique em fragilização de garantias processuais fundamentais.

2.2 O problema das fontes do processo e o autorregramento das partes

Uma das claras consequências da teoria publicista – que inspirou e inspira o Direito brasileiro – consiste na negação da convencionalidade do processo, seja ele civil ou penal, o que representaria um grande salto democrático, afastando-se a ideia do processo como “coisa das partes”.

Consequentemente, a fonte do Direito Processual somente poderia ser a lei. Nesse sentido, vale a diferenciação feita por Calmon de Passos a respeito do Direito Material e o Direito Processual: ao legislador de direito substancial é “defeso predeterminar comportamentos para os homens, no tocante a tudo quanto diz respeito aos seus interes-

⁶ Não se desconhece a resistência (com uma boa dose de eufemismo) que grande parte da doutrina processualista penal faz em torno da teoria geral do processo, como se esta representasse um perigo constante ao garantismo penal e, portanto, ao acusado. É esquecido, todavia, que a existência de um sólido instrumental de base confere maior segurança ao estudo do processo, permitindo-se, inclusive, o uso deste mesmo instrumental para que se obtenham respostas técnicas em favor do acusado. A título exemplificativo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, prevalece a ideia de que “a decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito” (HC 104998/SP), em claro desacordo com a teoria do fato jurídico processual e da coisa julgada. A sentença que, extinguindo a punibilidade do acusado, baseia-se em certidão de óbito falsa é decisão (ato processual) existente e, portanto, apta à coisa julgada material. Se ela se baseia em fato que não ocorreu, merece o juízo de reforma, o que se faz pela via recursal. Ora, inexistindo revisão criminal “em favor da sociedade”, cabe ao órgão acusador impugnar o documento falso – o que pode ser feito sem maior dificuldade –, sob pena de restar-lhe unicamente a possibilidade de oferecimento de outra denúncia, exclusivamente para responsabilizar o réu pelo suposto delito de falsidade.

ses. Se assim o fizesse, acarretaria uma paralisia social [...]”. Por outro lado, no campo do Direito Processual, “ele não seleciona entre os comportamentos humanos aqueles os quais pretende emprestar relevância jurídica”. Ao revés, “determina [...] uma única forma de comportamento, interditando todas as demais” (PASSOS, 2005, p. 75).

Nesse contexto — e concebendo-se o processo como um tipo complexo de formação sucessiva —, sobrelevou-se a ideia de que deixá-lo desenvolver-se segundo melhor parecesse casuisticamente às partes ou ao magistrado poderia representar um perigo à segurança jurídica. Assim, “a legalidade da forma impôs-se [...] como solução universal em termos de ganho civilizatório”, cabendo ao legislador fixar na lei, “e somente nela, toda a ordenação da atividade que deve ser desenvolvida para que o Estado realize os seus fins de justiça [...]” (PASSOS, 2005, p. 75). Tal preocupação ganhou ainda maior destaque no processo penal, cujo objeto consiste em um dos mais caros direitos fundamentais: a liberdade.

Em poucas palavras, a *cultura* processual brasileira ainda convive com a ideia inflexível de que norma processual deriva de lei (somente lei em sentido estrito), sendo cogente — inderrogável, portanto, pela vontade das partes —, em respeito ao interesse público. A mesma coisa já não ocorre no estrangeiro, em especial em países como a Alemanha, França, Itália e nos Estados Unidos, em razão, sobretudo, das mudanças promovidas pela jurisprudência. Não apenas a ideia de “procedimento único” passou a ser concebida como um mito, também sendo descartada a noção totalizante de procedimentos especiais típicos. Consequentemente, ainda no século passado, passaram a ser admitidas, paulatinamente, negociações sobre determinadas fases procedimentais ou pontos do procedimento.

Pergunta-se: e o que dizer quando a lei remete, de maneira genérica, o regramento do procedimento às partes do processo? É o que dispõe o caput do art. 190 do NCPC:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

O dispositivo em questão representa uma grande inovação no Direito Processual brasileiro, ao prever uma cláusula geral⁷ (atípica) de negociação sobre o processo civil, em oposição à ideia de tipicidade da relação processual, preconizada pelo publicismo.

A grande mudança não reside na mera admissibilidade de negociações sobre o processo — já que o CPC de 1973 já as contemplava, de forma típica (por exemplo, a inversão negocial do ônus da prova, prevista no seu art. 333, parágrafo único) —, mas sim na possibilidade de negócios atípicos (genéricos, portanto) sobre o processo. Nunca antes a legislação processual civil concebera a possibilidade tão ampla de celebração de negócios atípicos, que desafiam a criatividade humana. Apenas a título de exemplo, é possível imaginar a negociação sobre a escolha de peritos, atos de comunicação por meios atípicos (SMS, WhatsApp, Telegram etc.), limitação a número de testemunhas e possibilidade de depoimento colhido por escrito, renúncia a recursos, supressão de instâncias por convenção, repartição atípica de custas, supressão da execução provisória, condicionamentos à execução etc.

Eis o novo desafio da doutrina e da jurisprudência em nosso país: a partir de um ambiente quase desértico a respeito das negociações processuais, marcado pelo paternalismo estatal e pela rigidez procedimental, conformar, de maneira responsável, um novo caminho criado pela legislação, caracterizado pela autonomia e pelo empoderamento das partes, mesmo em processos punitivos.

3 A CONVENCIONALIDADE NO DIREITO PENAL E SANCIONADOR

Tratamos, nas linhas anteriores, sobre a introdução, na legislação pátria, das convenções atípicas que venham a recair diretamente sobre o processo. É digno de nota, porém, que, embora a convencionalidade *processual* cível ainda enfrente diversos entraves, tendo sido potencializada pelo NCPC, a convencionalidade *material* em processos *punitivos*, algo claramente mais intenso, não revela nenhuma novidade.

Em outras palavras, não se pode negar que a convencionalidade, desde muito, já chegou ao Direito Sancionador, até mesmo no âmbito criminal. Nesse sentido, registra Antonio do Passo Cabral:

⁷ Para alguns autores, o art. 190 do NCPC teria previsto o “princípio da atipicidade da negociação processual”. Tecnicamente, o que há ali é uma regra — embora genérica —, e não um princípio.

Inegavelmente, o movimento pela contratualização ou convencionalidade chegou até o processo penal, campo do direito processual onde talvez sejam mais evidentes os interesses públicos. De fato, a justiça criminal clássica sempre foi imposta e não negociada, simbolizada na indisponibilidade da ação penal e no princípio inquisitivo, com a consequente prevalência do juiz. Todavia, contemporaneamente, a partir do modelo acusatório, tem aumentado a contratualização também do processo penal. Vê-se o crescimento de uma “justiça penal consensual”, com reforço da autonomia da vontade que favorece a busca de resultados concertados entre os diversos sujeitos processuais (o agente criminoso, o Ministério Público, a vítima). Surgem cada vez mais possibilidades de mediação penal, composição amigável dos danos entre agente e vítima, inclusive com aplicação participativa e negociada da pena (CABRAL, 2015, p. 323).

Por óbvio, não se trata de um movimento exclusivo do Direito nacional. Nos países da tradição jurídica da *common law*, por exemplo, em especial nos Estados Unidos, onde impera o sistema adversarial, ganha destaque o instituto da *plea bargain* (ou barganha da pena). Da mesma forma, encontramos institutos similares na Itália (o *patteggiamento sulla pena*), na Espanha (a *conformidade*) e na Alemanha, entre outros países.

No Brasil, essa tendência é marcante em diversos institutos jurídicos, a exemplo da composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo (arts. 74, 76 e 89 da Lei nº 9.099/1995); e, sobretudo, na colaboração premiada (prevista, entre outros diplomas, na Lei nº 12.850/2012, que trata das organizações criminosas).

O questionamento que se põe é o seguinte: uma vez amplamente reconhecida a convencionalidade *material* até mesmo em âmbito criminal (*v.g.*, transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada etc.), seria possível reconhecer também, a partir do art. 190 do NCP, alguma forma de convencionalidade *processual* em processos punitivos, a exemplo da ação de improbidade administrativa e o processo penal? A resposta a tal pergunta parte de uma análise a respeito do instituto da colaboração premiada, entendida como uma forma de negócio processual atípico em processos punitivos não contemplados pela lei de regência.

4 A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO NEGÓCIO PROCESSUAL ATÍPICO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE

4.1 *Convenções processuais atípicas: conceito e utilidade*

Em clássica lição, dispunha Pontes de Miranda que os fatos do mundo – ou seja, as mudanças ocorridas no mundo – ou interessam ao Direito, ou não interessam. Caso interessem, “entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam” (MIRANDA, 2000, p. 51-52).

Nos dias atuais, é amplamente repelida a ideia de um conteúdo normativo da razão prática, tal como preconizado por Kant. Disso decorre a óbvia conclusão de não ser o Direito um dado prévio e universal, oriundo da racionalidade humana ou de alguma divindade. Por mais que o “positivismo jurídico” seja uma expressão geradora das mais cruéis críticas doutrinárias, não se pode negar que, em um sentido amplo, a ideia positivista do Direito como produto da cultura humana é amplamente aceita entre seus críticos.

A partir de tais premissas, a Teoria Geral do Direito ocupou-se por classificar os fatos jurídicos (em sentido amplo), dividindo-os. Com efeito, adota-se, majoritariamente, a classificação proposta por Pontes de Miranda, que, de maneira abrangente, divide os fatos jurídicos em lícitos e ilícitos, sendo os primeiros compostos pelas seguintes categorias: a) fato jurídico em sentido estrito; b) ato-fato jurídico e; c) ato jurídico em sentido amplo, que se subdivide em ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico (MIRANDA, 1974, p. 184).

A partir da classificação dos atos jurídicos em geral, é possível chegar aos atos jurídicos processuais, assim compreendidos como “todo ato humano que uma norma processual tenha como apto a produzir efeitos jurídicos em uma relação jurídica processual” (DIDIER JR., 2015, p. 374).

Nessa linha, entende-se por negócio jurídico processual a declaração de vontade expressa, tácita ou implícita, a que são reconhecidos efeitos jurídicos, conferindo-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer certas situações jurídicas processuais (DIDIER JR., 2015, p. 376-377). Sua característica marcante está na soma da vontade do ato com a vontade do resultado prático pretendido.

Os atos processuais em geral não precisam ser praticados na sede do processo. Estes são os atos do processo. Assim, no âmbito do processo civil, a cláusula de eleição de foro (art. 95 do CPC de 1973; art. 63 do NCPC) é e sempre foi um verdadeiro negócio jurídico processual típico. Há outros negócios reconhecidos pelo NCPC, a exemplo da convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º) e do negócio tácito de tramitação da causa em juízo relativamente incompetente (art. 65). Há, inclusive, negócios processuais unilaterais, que dependem de apenas uma manifestação de vontade, a exemplo da desistência e da renúncia ao recurso.

Com o NCPC, a discussão sobre o reconhecimento dos negócios processuais tornou-se claramente superada. Resta saber, todavia, seus exatos limites, em especial nos processos de natureza punitiva, sejam eles cíveis ou criminais.

A grande utilidade do reconhecimento — e no regramento — dessa categoria jurídica consiste não apenas na adequada sistematização do estudo dos atos processuais, mas também no respeito à liberdade e ao autorregramento da vontade no processo.

Nesse sentido, merecem destaque as conclusões de Fredie Didier Jr.:

No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana (DIDIER JR., 2015).

Ora, numa situação concreta, a existência de conflito a respeito do Direito Material não implica necessariamente um desacordo das partes quanto às posições processuais, sendo perfeitamente possível uma comunhão de vontades sobre os meios de resolução do conflito. Tal raciocínio é válido não apenas no âmbito estritamente cível-patrimonial, mas também no contexto do Direito Processual Sancionador.

Com a aprovação do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), coube ao já citado art. 190 estabelecer uma cláusula geral de negociação sobre o procedimento, consagrando a regra da atipicidade dos acordos. Embora o dispositivo aluda a uma faculda-

de “das partes”, parte da doutrina entende ser possível, até mesmo, cogitar de negócios processuais envolvendo o juiz, a exemplo da execução negociada em ações coletivas⁸.

De uma forma geral, pode o negócio processual atípico recair sobre dois grupos de objetos: *a) ônus, faculdades, deveres e poderes das partes (criando, extinguindo ou modificando direitos subjetivos processuais, v.g.); b) redefinição da forma ou ordem dos atos processuais (procedimento).*

Nesse sentido, o Enunciado nº 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe: “257. (art. 190) O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençiem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.

Daí podem ser extraídos inúmeros exemplos de negociações atípicas, a exemplo de acordos probatórios, acordos de impenhorabilidade, modificação de prazos, vedação da execução provisória, acordo sobre o efeito em que será recebido o recurso etc.

É possível até mesmo acordos sobre pressupostos e requisitos processuais, como o acordo sobre competência relativa e a legitimação extraordinária negocial. Autores como Freddie Didier Jr. vislumbram, ainda, acordos sobre a desconsideração da autoridade da coisa julgada, pressuposto processual negativo (DIDIER JR., 2015, p. 382). No particular, não concordamos com tal entendimento, eis que: a) a faculdade de desconsiderar a coisa julgada é uma opção política que, a um só tempo, estimula injustificadamente a litigância, compromete a segurança jurídica e tem o poder de afetar severamente a economia da Justiça; b) a rigor, inexistente expressa previsão legal permissiva, sendo duvidoso que, ao aludir a negociações atípicas sobre “procedimento”, o art. 190 do NCPC contemple a coisa julgada.

4.2 Colaboração premiada: natureza jurídica

Embora tenha atraído mais atenções nos tempos atuais, em razão de grandes operações ligadas ao combate à corrupção, a colaboração premiada não é propriamente um instituto novo no Brasil. Ao revés, ela encontra previsão em diversos diplomas legais, dentre eles a Lei de Crimes Hediondos (art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/1990⁹);

⁸ A possibilidade de juízes celebrarem convenções processuais é tema ainda desprovido de certeza na dogmática jurídica. A grande questão reside em reconhecer ou não capacidade negocial aos magistrados (ou seja, saber se ela seria própria da função jurisdicional), dado o seu distanciamento dos interesses dos litigantes.

⁹ Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

no crime de extorsão mediante sequestro (art. 159, § 4º, do Código Penal¹⁰); na Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária (art. 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/1990¹¹); na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/1986¹²), na Lei de Lavagem de Capitais (art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/1998¹³); na Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (art. 13 da Lei nº 9.807/1999¹⁴), na Lei de Drogas (art. 41 da Lei nº 11.343/2006¹⁵) e na Lei de Organizações Criminosas (art. 4º da Lei nº 12.850/2013, que regulou mais intensamente o instituto, servindo de regramento geral¹⁶).

Ainda que a Lei nº 12.850/2013 não tenha revogado a Lei nº 9.807/1999 (Lei de proteção a vítimas e testemunhas, que também ostenta caráter geral), coube-lhe a missão de desenhar o instituto de forma mais detalhista, em termos procedimentais. Justamente por isso, “a Lei nº 9.807/1999 deixou de ser norma geral, abrindo-se espaço para a Lei nº 12.850/2013 ser o novo paradigma procedimental para a realização de delações premiadas” (GOMES; SILVA, 2015, p. 222).

¹⁰ Art. 159, § 4º – Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 9.269, de 1996)

¹¹ Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituitosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)

¹² Art. 25, § 2º – Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituitosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)

¹³ § 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

¹⁴ Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

- I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;
- II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
- III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

¹⁵ Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

¹⁶ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Também o instituto do acordo de leniência, de natureza não criminal e bastante próximo à colaboração premiada, encontra previsão no art. 86 da Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência¹⁷, e na Lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), em seus arts 16 e 17¹⁸.

Sob o ponto de vista da teoria do fato jurídico, resta claro que a colaboração premiada é um negócio jurídico (DIDIER JR.; BOMFIM, 2017, p. 110). Em seu suporte fático, consta a manifestação de vontade, "que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor" (art. 4º, § 6º, da Lei nº 12.850/2013).

Em tal ponto, manifestamos concordância com os argumentos lançados pelo procurador-geral da República, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5508, em que se defende a inconstitucionalidade da iniciativa do delegado de polícia para a celebração de acordos de colaboração premiada. Isso porque, dentre outros pontos, inevitavelmente, o acordo exigirá o consentimento do Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública. Em síntese, é possível dizer que os dispositivos que trazem tal permissivo "devem ser considerados inconstitucionais, por violarem o devido processo legal, tanto no aspecto instrumental quanto no substantivo (CR, art. 5º, LIV) e o sistema acusatório, assim como por negarem a titularidade exclusiva da ação penal conferida ao Ministério Público e por atribuírem função do MP a pessoas estranhas à carreira (CR, art. 129, I e § 2º)"¹⁹.

¹⁷ Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II – a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III – a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV – a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

¹⁸ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável por atos e fatos investigados previstos em normas de licitações e contratos administrativos com vistas à isenção ou à atenuação das sanções restritivas ou impeditivas ao direito de licitar e contratar

¹⁹ Argumentos lançados no bojo da supracitada ADI nº 5508. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgpr/documentos/adi-5508/view>>.

Não bastassem as questões constitucionais citadas, na lógica da teoria dos fatos jurídicos, não tem sentido algum a concepção de um negócio jurídico celebrado por determinadas partes, que venha a disciplinar a conduta processual de outra parte, titular do direito de ação, que nem sequer consentiu com o seu conteúdo. Sendo a eficácia do negócio *inter partes*, o Ministério Público, como titular da ação, deve dele participar.

Quanto ao órgão jurisdicional, dispõe o art. 4º, § 7º, que, uma vez celebrado o acordo, este "será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor". Vê-se, pois, que o juiz não é parte no negócio, atuando em momento posterior, ao realizar um juízo de legalidade em ato homologatório, que condiciona a eficácia do acordo. Tal participação revela um limite ao autorregramento das partes, o que se justifica, tendo em vista a relevância do bem jurídico envolvido, bem como a situação do acusado em face do poder estatal.

Bem firmadas as premissas, é possível perceber que, para além de um negócio jurídico, a colaboração premiada é um claro negócio jurídico *processual*, tendo em vista o estabelecimento de situações jurídicas processuais. De um lado, o colaborador renuncia ao seu direito ao silêncio²⁰ e presta a colaboração (art. 4º, incisos I a V)²¹. Do outro, o Ministério Público compromete-se a não apresentar a denúncia (*pacto de non petendo*, previsto no art. 4º, § 4º) ou a requerer judicialmente a aplicação dos benefícios legais (art. 4º, *caput*).

4.3 Aplicabilidade do instituto da colaboração premiada às ações de improbidade administrativa

No âmbito da improbidade administrativa, o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, prevê que "a ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada", acrescentando o § 1º, em sua redação originária, ser "vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*".

²⁰ Art. 4º, § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

²¹ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
 II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
 III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
 IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
 V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Tal dispositivo chegou a ser revogado pela Medida Provisória nº 703/2015, que todavia perdeu sua eficácia, não tendo sido convalidada no Congresso Nacional²². O texto estava sob análise da Comissão Mista encarregada de emitir parecer sobre a MP e não foi votado por falta de acordo²³. Retornou-se, portanto, à vedação originária. Vê-se, contudo, por todo exposto, que tal dispositivo já não tem mais aplicação nos tempos atuais, em razão das intensas transformações ocorridas no campo da convencionalidade, nos últimos anos, podendo ser considerado implicitamente revogado. Apenas para termos uma ideia, em 1992, quando publicada a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), ainda não havia ganhado força a chamada justiça penal consensual, que tem como referência a Lei dos Juizados Especiais, datada de 1995 (Lei nº 9.099/1995).

Assim, com fundamento na interpretação sistemática do Direito, passou a ser admitida, em algum grau, a celebração de acordos no âmbito da improbidade administrativa, o que se tornou mais claro com a edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que prevê, e seus arts 16 e 17, a celebração de acordos de leniência com os infratores que praticaram o ato ilícito.

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável por atos e fatos investigados previstos em normas de licitações e contratos administrativos com vistas à isenção ou à atenuação das sanções restritivas ou impeditivas ao direito de licitar e contratar.

[...]

Conforme regramento do art. 16, §2º, da Lei Anticorrupção, a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

²² CRFB/88. Art. 62, § 3º – As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

[...]
²³ Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

²³ Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/05/31/mp-dos-acordos-de-leniencia-perde-a-validade>>.

Coube ainda ao citado art. 16 estabelecer os pressupostos e requisitos para a celebração de acordos de leniência, entre eles: a) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; b) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Trata-se de instituto que, pela disciplina legal, interfere diretamente no *direito de punir*, ou seja, nas *sanções* aplicáveis às pessoas jurídicas envolvidas em corrupção.

Não se podem perder de vista, ademais, duas premissas fundamentais, já explicadas anteriormente: a) os acordos de colaboração premiada são espécie de negócio jurídico processual; b) o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) prevê expressamente uma cláusula geral de autorregramento das partes, permitindo a ampla realização de convenções processuais atípicas (art. 190). Diante de tal situação, é possível conceber a colaboração premiada em ações de improbidade administrativa como espécie de negócio processual *atípico*, tomando por empréstimo as balizas da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2012) e da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), aplicadas por analogia.

Some-se a isso o fato de a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) ter, em seu art. 36, §4º, admitido expressamente a autocomposição em ações de improbidade administrativa:

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Tal fato, mais uma vez, aponta para a revogação tácita do § 4º do art. 17 da LIA.

Não é outro o entendimento da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal:

Tem-se, pois, admitido a celebração de acordos pelo Ministério Público Federal, no âmbito da improbidade administrativa, que envolvam a atenuação das sanções da Lei nº 8.429/1992, ou mesmo sua não aplicação, a fim de dar congruência ao microsistema de combate à corrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, que já contempla a possibilidade de realização de acordos de delação ou colaboração premiada no âmbito criminal. Não faria, mesmo, sentido, que o

Ministério Público, titular da ação penal e da ação de improbidade, pudesse celebrar acordos em uma seara e não em outra²⁴.

Ressalte-se que somente será possível a celebração de negócios atípicos "versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição" (art. 190, NCPC). Isso porque a modificação da estrutura do procedimento ou de situações processuais pode acabar afetando, de maneira inadequada, a solução de uma causa que, a rigor, não admitiria autocomposição. Deve-se ressaltar, contudo, nos termos do Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que "a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração do negócio jurídico processual", revelando-se que "direito indisponível" e "direito que não admite autocomposição" são expressões que não se confundem. É possível, portanto, negociação em processo que envolva direito indisponível (direitos coletivos, por exemplo), eis que, embora assim qualificados, admitem autocomposição (TAVARES, 2017). O raciocínio parece aplicável às ações de improbidade administrativa, seja porque o próprio Direito Penal admite convencionalidade (v.g., transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada), seja porque a Lei Anticorrupção, citada acima, comporta a celebração de acordos de leniência, seja pelo permissivo da Lei de Mediação.

Outro obstáculo que poderia ser suscitado como impeditivo ao reconhecimento do instituto no âmbito da improbidade administrativa diz respeito à situação de vulnerabilidade do investigado. Isso porque, à luz do art. 190, parágrafo único, do NCPC, "de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade".

No que concerne ao controle do negócio, a vontade não será considerada livre em duas hipóteses: a) quando houver vício de consentimento, aplicando-se aos negócios processuais as regras de invalidação e interpretação do CC-02; b) quando uma das partes estiver em "manifesta situação de vulnerabilidade" (art. 190, parágrafo único, do NCPC), causa de nulidade.

A questão que se põe é saber se o mero fato de uma pessoa se encontrar sob os olhos dos órgãos de Estado responsáveis pela investigação de atos de corrupção a coloca em posição de vulnerabilidade concreta, de modo a invalidar o negócio celebrado. Entendemos que não, por uma série de motivos:

²⁴ Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Rel. Subprocuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia. Voto nº 9212/2016, no bojo do Inquérito Civil nº 1.30.001.00111/2014-42.

a) se as pessoas físicas podem celebrar acordos relativos à pretensão punitiva em matéria criminal (v. g., transação penal e suspensão condicional do processo, institutos previstos, respectivamente nos arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099/1995), sem que haja presunção de vulnerabilidade invalidante, não há razão alguma para considerar vulneráveis as pessoas que optarem por celebrar acordos no âmbito da improbidade;

b) em se tratando de pessoas jurídicas, o critério de validade negocial centrado na vulnerabilidade, embora não desapareça, perde bastante a sua força, por se tratar de pessoas não humanas, cuja existência só existe *em razão* do Direito, não lhes sendo reconhecido o atributo da dignidade;

c) o simples fato de um acordo processual ser, tornar-se ou parecer prejudicial a uma das partes não o torna nulo. O que importa aqui é saber se os convenientes estão “plenamente cientes do conteúdo das obrigações assumidas, manifestando sua vontade livremente no sentido de assumirem aqueles vínculos entre si” (CABRAL, 2016, p. 321). Nesse sentido, entende Antonio do Passo Cabral:

Apesar de relevantes as preocupações anteriores a respeito da desigualdade, não se pode imaginar que todos os poderes processuais sejam simétricos, e que qualquer posição jurídica que não representasse um “espelho” das alternativas da contraparte fosse considerada inválida. O poder de barganha e negociação de cada indivíduo é resultante de variáveis diversas, como conhecimento, informação, necessidade de urgência de fechar o acordo (pressões internas e externas), habilidades negociais, experiência, dentre outras. E é claro que essas variáveis nem sempre levarão a uma desigualdade apta a invalidar a avença [...].

Então é possível que, em um determinado acordo processual, uma parte disponha de suas situações processuais de maneira mais aguda que a outra; é imaginável que as concessões recíprocas, próprias de qualquer negociação, não sejam totalmente idênticas ou na mesma intensidade. Portanto, embora alguma proporcionalidade dentre ganhos e perdas deva ser garantida como regras, é viável que apenas um dos sujeitos renuncie a situações de vantagem (acordos unilaterais). Esta assimetria, por si só, não leva à invalidade da convenção. É preciso verificar se os sujeitos estão em posição de desequilíbrio que tenha distorcido suas manifestações de vontade ao ponto em que possamos afirmar que não foram livres e esclarecidas (CABRAL, 2016, p. 321-322).

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, é possível concluir que o art. 17, § 1º, da LIA se encontra tacitamente revogado, admitindo-se o instituto da colaboração premiada no âmbito das ações de improbidade administrativa. Como visto, tal dispositivo já não tem mais aplicação nos tempos atuais, em razão das intensas transformações ocorridas no campo da convencionalidade, nos últimos anos, bem como da previsão expressa do art. 36, § 4º, da Lei de Mediação, que admite a autocomposição em tais ações.

Não se podem perder de vista, ademais, duas premissas fundamentais: a) os acordos de colaboração premiada são espécie de negócio jurídico processual; b) o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) prevê expressamente uma cláusula geral de autorregramento das partes, permitindo a ampla realização de negócios processuais atípicos (art. 190). Diante de tal situação, é possível conceber a colaboração premiada em ações de improbidade administrativa como espécie de negócio processual *atípico*, tomando por empréstimo as balizas da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2012) e da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), aplicadas por analogia.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo: as convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTR, 2015.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BEDAQUE, José dos Santos. **Direito e Processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**. 2. ed. São Paulo: RT.
- CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- _____. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre et al. (Coord.). **Novas tendências do processo civil**. Salvador: Juspodivm, 2013.
- _____. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.
- _____. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. I).
- _____. **Convenções processuais entre o publicismo e o privatismo**. 2015. 302 f. Tese (Livre-docência) – Programa de Pós-Graduação de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- _____. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: ZANETI JR., Hermes (Org.). **Coleção Repercussões do novo CPC: Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 8.
- _____. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Centelha, 1981.
- Davis, Kevin E.; Hershkoff, Helen. **Contracting for Procedure**. 53 Wm. & Mary L. Rev., 2011, 507 (2011). Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol53/iss2/7>>. Acesso em: 27 May. 2015.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. I.
- _____. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. II.
- _____. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: Juspodivm, 2012.
- DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, 2017.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. 3. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 206.

- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. II.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado, II. São Paulo: RT, 1974**.
- _____. **Tratado de Direito Privado, I**. Campinas: Bookseller, 2000.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PUGLIATTI, Salvatore. **Introducción al Estudio del Derecho Civil**. Cidade do México: Porrúa Hermanos y Cía, 1943.
- Rhee, Robert J. **Toward Procedural Optionality: Private Ordering of Public Adjudication**. 84 N.Y.U. L. Rev. 514, 2009. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/488>>. Acesso em: 27 maio 2015.
- SILVA, A. P. M. C. Pactum de non petendo: Exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. I).
- TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/4545/2958>>. Acesso em: 30 jul. 2017.
- TAYLOR, David H; CLIFFE, Sara M. Civil Procedure by Contract: A Convuluted Confluence of Private Contract and Public Procedure. **Need of Congressional Control**, 35 U. Rich. L. Rev. 1085, 1086. 2002.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Org.) **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. I).

4 IMPROBIDADE, CONVÊNIOS E TERCEIRO SETOR: O PARTICULAR QUE GERE RECURSOS PÚBLICOS E SUA RESPONSABILIZAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Leonardo Augusto Santos Melo¹

Resumo: Este artigo busca delimitar o conceito de agente público e distingui-lo do particular para fins de aplicação da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Tal distinção é de suma importância, pois o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que um particular ou terceiro somente estará sujeito às sanções da Lei de Improbidade Administrativa se o ato por ele praticado tiver contado com a participação de um agente público. O principal problema enfrentado no trabalho é a extensão que o STJ conferiu ao “particular”, pois o Tribunal entendeu compreendidos, nesse conceito, os agentes de organizações não governamentais e demais entes privados que assumem, voluntariamente, a gestão de recursos públicos e de programas governamentais. Partindo de uma perspectiva constitucional da improbidade e da conceituação do agente público segundo a doutrina do Direito Administrativo, além de uma breve noção sobre os convênios e instrumentos afins, promove-se a necessária distinção entre os agentes que executam esses instrumentos e aqueles estritamente privados, os quais estão submetidos a um regime de sujeição perante a Administração e realmente dependem de um agente público conspirando consigo para concretizarem um ato de improbidade. Além disso, aborda-se o conceito de agente público do Direito Penal, igualmente amplo, para se concluir que todo aquele que, voluntariamente, assume a condição de gestor de verba pública ou de programa governamental é considerado agente público pela Lei de Improbidade.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Convênios e parcerias. Terceiro Setor. Agente Público.

Abstract: *This paper seeks to delimit the concept of public agent and distinguish it from the private agent to the purpose of application of Brazilian law nº. 8.429/1992 (Administrative Misconduct Act). Such a distinction is important because Brazilian Superior Court of Justice (STJ) ruled that a private agent or third party will be subject to the penalties from Administrative Misconduct Act only if the act he practiced has had the participation of a public agent. The main problem faced in this paper is the extent that the STJ gave the concept of private agent. The Court understood that this concept includes agents of non-governmental organizations and other private entities that voluntarily assume the management of public funds and government programs. Starting from a constitutional perspective and the concept of a public agent according to the doctrine of administrative law, in addition to a brief idea about the public agreements and related instruments, the paper promotes the necessary distinction between the agents that perform these instruments and those strictly private, which are subjected to a regime of submission before the Administration and really depend on a public agent conspiring with themselves to perform an act of administrative misconduct. It also deals with the criminal law's broad concept of public agent to conclude that anyone who voluntarily assumes the condition of public money or Government program manager is a public agent according to Administrative Misconduct Act.*

Keywords: *Administrative Misconduct. Public agreements and partnerships. Third Sector. Public Agent.*

¹ Especialista em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos pela Universidade Federal de Lavras. Procurador da República com atuação no Núcleo de Combate à Corrupção em Minas Gerais. Ex-coordenador dos Núcleos de Combate à Corrupção e Criminal. Ex-procurador regional eleitoral auxiliar.

1 INTRODUÇÃO

A análise do fenômeno da *desestatização*, verificada, em nosso país, a partir da última década do século passado, sempre se concentrou nas privatizações de empresas estatais, nas concessões e permissões de serviços públicos e, mais recentemente, nas parcerias público-privadas.

Paralelamente a essas três principais frentes de transferência de atividades estatais a agentes privados, a Administração, sob o argumento do *gigantismo* do Estado e da impossibilidade de fazer frente, de modo direto, às mais diversas demandas da população, vem transferindo a entidades privadas (associações, organizações sociais etc.), ditas do *terceiro setor*, a execução direta de políticas públicas.

Normalmente, a execução dessas políticas públicas – e das verbas a elas subjacentes – é feita por meio de transferências voluntárias, tais como convênios, termos de compromisso e instrumentos congêneres. Além das transferências voluntárias, em determinados casos há a execução direta de *programas governamentais* por agentes privados, como no caso do Aqui Tem Farmácia Popular, em que o empresário, devidamente conveniado com o Ministério da Saúde, fornece ao cidadão algum dos medicamentos custeados pelo programa e depois se credita do valor correspondente, repassado pelo Governo Federal.

Outro exemplo de assunção, pelo particular, da concretização de políticas públicas opera-se no âmbito da Cultura e do Esporte, em que pessoas físicas e jurídicas apresentam projetos que, se aprovados pelos respectivos Ministérios, autorizam a captação de montante certo de recursos perante empresas privadas, as quais podem abater esses recursos do Imposto de Renda por elas devido.

Diferentemente das privatizações, em que o particular remunera o Estado pela aquisição da empresa, ou das concessões, em que, no modelo atual, compromete-se a um volume de investimentos para melhorar o serviço concedido, a execução das políticas públicas pelas organizações não governamentais opera-se, via de regra, *com recursos públicos*, transferidos voluntariamente a esses entes por meio dos ajustes e programas mencionados nos dois parágrafos anteriores. Segundo dados do Tribunal de Contas da União (TCU), entre 2009 e 2013 a União repassou cerca de R\$ 15,2 bilhões para entidades sem fins lucrativos (CARNEIRO, p. 21).

Apesar da justificativa modernizante, é certo que esse modelo de gestão de recursos públicos pelos agentes privados tem revelado, na prática cotidiana, instrumento para todo tipo de fraude e desvio.

Os exemplos desses desvios são encontrados aos milhares, bastando consultar as fontes abertas de notícias, notadamente os portais dos próprios órgãos de controle².

A *accountability* desses agentes, inclusive na esfera da improbidade, não despertaria maiores problemas, pois o art. 1º da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa ou simplesmente LIA) prevê punição para “os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, *servidor ou não*”.

1.1 O caso Guilherme Fontes e a posição do Superior Tribunal de Justiça

No entanto, a partir de uma interpretação isolada de outro dispositivo da Lei de Improbidade (o art. 3º), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que tem a missão de uniformizar a aplicação da lei federal no Brasil, praticamente *imunizou* os agentes privados – mesmo aqueles que ajam na condição de gestores de recursos públicos – das sanções por improbidade. O julgado mais emblemático dessa posição é aquele proferido no chamado *Caso Guilherme Fontes*.

O cineasta Guilherme Fontes e sua produtora receberam R\$ 51 milhões por meio da Lei Rouanet³ e da Lei do Audiovisual⁴ para produção do filme “Chatô – O Rei do Brasil”, baseado na obra de Fernando Morais sobre a vida de Assis Chateaubriand, fundador dos Diários Associados. Passados quase vinte anos da captação dos recursos, o filme ainda não havia sido lançado.

O Ministério Público Federal ajuizou ação de improbidade contra a produtora, o diretor e sua sócia pela não apresentação do filme no formato pactuado e por irregularidade da prestação de contas referente aos valores recebidos.

O STJ, entendendo que o *particular* não pode responder em ação de improbidade sem que haja a participação de um agente público no polo passivo da demanda, man-

² Alguns casos são citados no subitem 5.4 infra.

³ Lei nº 8.313/1991, que institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) e, no que interessa a este trabalho, permite que projetos culturais sejam apoiados financeiramente por empresas e pessoas físicas, que poderão deduzir esse “apoio” do imposto de renda devido. Em última análise, a União, mediante vultosa renúncia fiscal, é quem financia os projetos.

⁴ Lei nº 8.685/1991, que cria mecanismos de fomento à atividade audiovisual mediante renúncia fiscal tal e qual na Lei Rouanet.

teve decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que extinguiu a ação. Segundo notícia o sítio da Corte Superior, “a maioria dos ministros considerou que, embora os réus tenham supostamente cometido irregularidades na utilização da verba pública, não se encaixam no conceito de agente público para fins de aplicação da LIA”⁵.

Apesar da referência, no *release* jornalístico, ao conceito de agente público, o inteiro teor do acórdão revela que o voto condutor partiu, de início, da conclusão peremptória de que os réus eram particulares, sem promover a necessária distinção entre os conceitos presentes na LIA⁶.

O cenário atual da jurisprudência é, portanto, o de que o agente privado, incluindo aquele que atua voluntariamente na gestão de recursos públicos, *não* responde por improbidade administrativa, salvo se houver, no polo passivo da ação, a presença concomitante de um agente público em sentido estrito.

Não obstante se tratar de decisão de apenas uma Turma do STJ, a posição vem sendo seguida sistematicamente não só pela Corte⁸ como pelos demais Tribunais, que têm negado a responsabilização desses agentes.

O presente artigo propõe-se a demonstrar que, ao contrário do entendimento do STJ, aquele que, voluntariamente, assume a condição de gestor de políticas públicas e, principalmente, de *executor direto* de programas custeados com dinheiro público, é *agente público* para os efeitos da Lei de Improbidade Administrativa, diferenciando-se do *particular* a que se referem os precedentes e o próprio art. 3º da lei.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **O particular na mira da lei de improbidade**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/O-particular-na-mira-da-Lei-de-Improbidade>. Acesso em: 15 fev. 2016.

⁶ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.405.748/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 17.08.2015.

⁷ Apenas um dos votos vencedores, do Min. Benedito Gonçalves, tratou do tema, e mesmo assim de forma superficial: “Quanto ao conceito de agente público, entendo necessário conferir ao art. 2º da Lei 8.429/92 interpretação restritiva, impedindo o alargamento do conceito de agente público para alcançar particulares que não se encontram no exercício de função estatal, sob qualquer forma de investidura ou vínculo.”

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 574500/PA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 10/06/2015; REsp 1282445/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 21/10/2014; REsp 1409940/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 22/09/2014; REsp 1171017/PA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 06/03/2014; REsp 896044/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 19/09/2010; REsp 1181300/PA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 24/09/2010; REsp 1504052/RJ (decisão monocrática), Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, julgado em 29/05/2015, DJe 17/06/2015.

2 A IMPROBIDADE NA CONSTITUIÇÃO

A corrupção, aqui tomada em seu sentido mais amplo, como o abuso do Poder Público – e da confiança nele investida – para ganhos privados⁹, é fenômeno que acompanha a humanidade desde que o *homo sapiens* começou sua jornada neste planeta. Segundo o prof. Caio Tácito (1999, p. 2), “o primeiro ato de corrupção pode ser imputado à serpente seduzindo Adão com a oferta da maçã, na troca simbólica do paraíso pelos prazeres ainda inéditos da carne”.

Embora todas as Constituições republicanas do Brasil tenham previsto a responsabilização do chefe de Estado por malferir a probidade administrativa (Constituições de 1891 – art. 54, 6º; 1934 – art. 57, f; 1937 – art. 85, d; 1946 – art. 89, V; 1967 – art. 82, V), não há dúvida de que foi a partir da Carta de 1988 que a coisa pública mereceu a devida e necessária proteção.

Além da inovação em dedicar capítulo inteiro à Administração Pública (os textos constitucionais anteriores limitavam-se a alguns artigos relativos à carreira dos funcionários públicos e à sua responsabilidade civil), a Constituição de 1988 alçou a impessoalidade e a moralidade, ao lado da legalidade e da publicidade, à condição de princípios norteadores de toda a Administração, “consagrando, mais do que simples regras, os princípios regentes da atuação administrativa” (GARCIA, 2004, p. 227-228). Da previsão, na Constituição, da tutela da probidade decorre a conclusão de que essa tutela constitui autêntica garantia constitucional implícita (BEDÊ JR. apud SENNA, 2012, p. 7). Para Bertoncini (2013, p. 7), a probidade na Administração é um direito fundamental. É possível, uma vez admitido o *status* constitucional da defesa da probidade, extrair diversas consequências, tais como 1) o princípio da máxima efetividade na tutela da probidade administrativa; 2) a vedação de retrocesso social em relação aos instrumentos de repressão à improbidade administrativa; e 3) a vedação de proteção deficiente da probidade administrativa (SENN, 2012, p. 8).

Para além do estabelecimento da probidade – o direito a um governo honesto – como valor fundamental, e de uma série de regras disciplinando o atuar administrativo, a Constituição inaugurou nova esfera de responsabilização ao prever, no art. 37, § 4º, que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento

⁹ O conceito é da **Transparência Internacional** (“the abuse of an entrusted power for private gain”), citada por Rose-Ackerman e Palifka (2016, p. 9).

ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”¹⁰. Além disso, o art. 14, § 9º, que trata das inelegibilidades, incumbe o legislador complementar de estabelecer outras hipóteses que não aquelas previstas na Carta, desde que tenham *por finalidade* “proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato”.

Conquanto tenha deixado à lei a disciplina da *forma* da persecução dos atos de improbidade bem como da *gradação* das penas, o constituinte, sabiamente, optou por reduzir a margem de conformação do legislador ordinário no que diz respeito às penas em si, prevendo na própria Constituição que as consequências para o agente ímprobo serão a suspensão dos direitos políticos¹¹, a perda da função pública e o ressarcimento ao erário (a indisponibilidade dos bens, também referida no dispositivo, não é pena e sim, medida cautelar, que por estar prevista diretamente no Texto Constitucional bem exemplifica a importância que o constituinte deu à persecução da improbidade, reduzindo a possibilidade de legislação infraconstitucional mitigar ou reduzir sua efetividade¹²).

Voltando ao objeto deste artigo, observa-se que a matriz constitucional da improbidade administrativa *não* faz qualquer referência aos possíveis agentes sujeitos a essa nova esfera de responsabilização. O art. 37, § 4º menciona os *atos* – e não os possíveis agentes –, de modo que eventual interpretação restritiva, como aquela que vem sendo adotada pelo STJ, não possui alicerce em qualquer dispositivo constitucional.

A Constituição, aliás, trata do agente no parágrafo seguinte, ao prever que a lei definirá o prazo de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, *servidor ou não*, o que no mínimo sugere que o caminho a ser trilhado, no que diz respeito à responsabilização pela improbidade administrativa, é bem diverso daquele que vem sendo adotado pela jurisprudência do STJ.

¹⁰ A punição dos atos de improbidade surge, pois, como uma quarta modalidade de responsabilidade do agente público, ao lado da criminal, da político-administrativa e da civil, como aponta Garcia (2004, p. 321).

¹¹ A perda ou suspensão dos direitos políticos motivada pela improbidade administrativa é reafirmada no art. 15, V, da Constituição.

¹² Consequência da previsão, na própria Constituição, da cautelar de indisponibilidade de bens é a consagração, no Superior Tribunal de Justiça, da tese de que “É possível a decretação da indisponibilidade de bens do promovido em ação civil Pública por ato de improbidade administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro”. (STJ, *Teses*, v. 38, tese n. 12)

3 IMPROBIDADE E A LEI N^o 8.429/1992

A concretização, no Direito brasileiro, da responsabilização por atos de improbidade administrativa veio com a promulgação da Lei n^o 8.429, de 2 de junho de 1992. O diploma, sem descaracterizar ou mitigar – felizmente – o rigor previsto na matriz constitucional, estabeleceu, com a maior amplitude possível, os sujeitos ativo (art. 2^o, 3^o e parte inicial do art. 1^o) e passivo (art. 1^o), a tipologia dos atos¹³, divididos entre aqueles que representam enriquecimento ilícito (art. 9^o), dano ao erário (art. 10) e violação a princípios da Administração (art. 11), a graduação das penas (art. 12), o rito (arts. 14 a 18), a prescrição (art. 23) e a medida cautelar de indisponibilidade prevista na Constituição (art. 7^o).

No que diz respeito ao sujeito passivo, o art. 1^o é o mais abrangente possível, contemplando a Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios, de Território, 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. O parágrafo único amplia a incidência da lei aos atos de improbidade 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, nesses casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Relembre-se que a parte inicial do art. 1^o define como atos de improbidade aqueles praticados *por qualquer agente público, servidor ou não*.

A conceituação do *agente público* para os fins da lei de improbidade está no art. 2^o, que define, como tal, *todo aquele* que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, *contratação ou qualquer outra forma* de investidura ou *vínculo*, mandato, cargo, emprego ou *função* nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Da conjugação dos dois primeiros artigos decorrem duas constatações: (i) o conceito de agente público *não* se confunde com o de servidor público; e (ii) esse conceito

¹³ Como já se deixou entrever, **não** é objeto deste artigo investigar os atos de improbidade em si, mas seus sujeitos ativos, razão pela qual não serão aprofundados os tipos presentes nos arts. 9^o, 10 e 11 da LIA e tampouco se tentará construir um conceito ou definição.

é bastante amplo (como ocorre, também, com o conceito de funcionário público para fins penais, que será abordado posteriormente).

Já o art. 3º ocupa-se em estender a responsabilização por improbidade ao *particular* que *induz* ou *concorra* para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Não há, aqui, dúvida sobre o fato de que esse *particular* do art. 3º é aquele *extraneus* que de algum modo participou e/ou se beneficiou do ato de improbidade. É natural que essa responsabilização do particular a que se refere o art. 3º reclame a ação de um *intraneus*, ou seja, algum dos *agentes públicos* definidos nos dois primeiros artigos da lei¹⁴.

Daí não se discordar da *tese* contida na ementa do REsp 1.405.748/RJ, de que o *particular*, segundo o art. 3º, somente será responsabilizado por improbidade “a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público”.

A interpretação que se pretende com este trabalho não contraria aquela do STJ, mas simplesmente faz a *necessária distinção* do que seja *particular* para fins da Lei de Improbidade, excluindo, da abrangência do art. 3º, o agente privado responsável pela execução de convênios, o tomador de recursos da Lei Rouanet, aquele que acode a edital de chamamento público da Secretaria de Direitos Humanos e recebe verba pública para executar projetos, entre outros. Todos esses agentes, como será demonstrado, são *agentes públicos* para os efeitos da Lei de Improbidade (e para outros dispositivos componentes do *microsistema de combate à corrupção*) e, portanto, respondem pelos atos de improbidade que praticarem, *por força dos arts. 1º e 2º* da Lei nº 8.429/1992 (e não do art. 3º) independentemente do concurso de servidor público *stricto sensu*¹⁵.

¹⁴ A questão do concurso necessário do agente público, em determinados casos, é explorada no tópico 4.2 *infra*.

¹⁵ A doutrina é escassa sobre o tema. À exceção de um par de obras monográficas – cuja abordagem, focada na *ONG como vítima*, é distinta da ora pretendida – (a propósito, CARNEIRO, 2015), todos os autores que se ocupam da questão dedicam-se à interminável discussão, ainda não solucionada pela Jurisprudência, sobre a inclusão ou não dos *agentes políticos* no conceito de agente público. Por essa razão, o trabalho principiará pela extração dessa noção, de agente público, de obra clássica do Direito Administrativo (Marcello CAETANO) e, entre nós, da doutrina de Bandeira de Mello e Di Pietro (esta última com notável contribuição para a crítica às paraestatais e ao Terceiro Setor de um modo geral, podendo ser considerada, se necessário, um referencial teórico para este trabalho), passando por obra específica sobre agentes públicos (Monica Nicida GARCIA) e, como não poderia deixar de ser, sobre improbidade administrativa. A investigação jurisprudencial revelou-se inócua, pois as dezenas de precedentes favoráveis à tese ora defendida são cronologicamente anteriores à decisão do STJ acima mencionada, sendo que os julgados posteriores limitam-se a repetir, acriticamente, a ementa do REsp 1.405.748/RJ

4 O PARTICULAR E A LEI DE IMPROBIDADE

4.1 *A relação de sujeição entre o particular e a Administração*

O Direito Público funda-se sobre a máxima da *Supremacia do interesse público*, da qual derivam uma série de postulados fundamentais, que posicionam a Administração em situação prevalente em relação ao particular. Afirmar-se, em monografia clássica sobre o tema, que “na relação jurídico-administrativa, pois, a Administração é beneficiada com uma série de prerrogativas, que a colocam numa posição nitidamente favorável, quando comparada com a do particular que figura na mesma relação” (CRETELLA JÚNIOR, 1971, p. 181).

Ainda segundo o mesmo autor, “da potestade pública ou *potestas imperii* advém a situação privilegiada da Administração, desnivelando-a diante do particular e tornando-a idônea para impor, em condição bastante vantajosa, sua vontade, em nome do interesse público” (CRETELLA JÚNIOR, 1971, p. 179).

Dessa posição dita *privilegiada* da Administração decorre uma necessária relação de *sujeição* do particular perante aquela.

A doutrina estabelece a distinção entre *sujeição geral*, aquela aplicada de um modo geral a todos os cidadãos submetidos à autoridade de determinado Estado [manifestada, por exemplo, no Poder de Polícia ou nas “chamadas limitações administrativas à liberdade e à propriedade” (CANDIDO, 2009, p. 17)] e *sujeição especial*, decorrente da existência de relações específicas entre um ou alguns particulares e a Administração (“caso das relações jurídicas firmadas entre Administração Pública e servidores, presos, frequentadores de estabelecimentos públicos, contratados, dentre outros”) (p. 19).

No que importa ao presente artigo, mais importante do que essas duas categorias de *sujeições* é estabelecer a premissa de que aquele que se submete, v.g., à ordem de parada de um agente de trânsito, à fiscalização aduaneira da Receita Federal do Brasil ou que celebra um contrato administrativo para execução de obra ou fornecimento de produtos está, evidentemente, inserido numa relação de *sujeição* perante a Administração Pública (que, convenhamos, parece óbvia até para o estudante que inicia seus estudos em Direito Administrativo).

Da relação de *sujeição* pode resultar, como se verá a seguir, uma série de conflitos entre o particular e a Administração – e, inevitavelmente, uma ampla gama de ilícitos –, sem que, a princípio, se possa cogitar de improbidade administrativa.

4.2 O particular que induz, concorre ou se beneficia do ato de improbidade

Imaginemos as seguintes situações:

Situação 1. Cidadão visivelmente embriagado, abordado por policial rodoviário federal, oferece a este quantia em dinheiro para que deixe de autuá-lo administrativa e criminalmente. O policial autua o motorista pela infração administrativa, pelo crime de trânsito e, ainda, em flagrante delito pela prática do crime de corrupção ativa.

Situação 2. Um grupo de empresas, todas ligadas a uma mesma família (mas com laranjas em sua composição), frauda o caráter competitivo de diversas licitações, dividindo a “vitória” nessas licitações. Os responsáveis pelas licitações, diante da ausência de indícios objetivos que permitissem detectar o conluio, homologam os certames e adjudicam os objetos às empresas do grupo.

Situação 3. Uma empresa, após regular processo licitatório, é contratada para fornecer *toner* para as impressoras de determinado órgão. Com sua experiência no mercado, consegue, de um fornecedor chinês, mercadoria similar àquela especificada no certame, cuja falsificação é tão bem-feita que engana facilmente o cidadão comum, inclusive aquele habituado ao recebimento e conferência de produtos dessa natureza. Os *toners* são fornecidos e, devido à sua baixa qualidade, causam prejuízo ao órgão, que toma as providências administrativas e criminais contra os particulares.

Situação 4. Empresa contratada para execução de obra postula, em conversa com o prefeito municipal, a antecipação de pagamentos de etapas ainda não executadas da obra, alegando problemas em seu fluxo de caixa motivados por pendências em outro empreendimento. Como se trata de ano eleitoral, prometem ao prefeito, tão logo recebam o pagamento, generosa doação para sua campanha. O alcaide nega a antecipação e informa que os pagamentos seguirão rigorosamente o disposto na Lei nº 4.320/1964, além de noticiar o fato ao promotor local.

Em *todas* as hipóteses apresentadas acima temos particulares em relação com a Administração Pública e, como não poderia deixar de ser, essa relação é de *sujeição* especial. Em todas as hipóteses, os particulares praticam ilícitos em prejuízo do Estado, sendo que pelo menos nas situações 2 e 3, o prejuízo efetivamente ocorre.

As consequências possíveis, no plano jurídico, para cada uma das condutas são as seguintes:

Situação 1. Como explicitado na própria descrição do fato, o particular é autuado por infração de trânsito, pelo crime de trânsito e pelo crime de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal).

Situação 2. O caráter competitivo do processo licitatório é fraudado. Caso descoberta a conduta, os responsáveis poderão se submeter a processo penal (crime do art. 90, da Lei nº 8.666/1993), além do processo administrativo e da ação civil pública previstos na Lei nº 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção” ou “Lei da Empresa Limpa”).

Situação 3. Processo administrativo sancionador contra empresa e criminal (art. 96, III, da Lei nº 8.666/1993) contra seu gestor.

Situação 4. Processo criminal contra o empresário pelo crime de corrupção ativa.

Outro ponto comum em todas essas situações é que *não há lesão a qualquer dos princípios norteadores da Administração*. Ainda que nas situações 2 (conluio) e 3 (*toner* falso) tenha havido prejuízo, este não foi, nem mesmo a título de culpa, provocado por qualquer agente estatal.

Daí essas condutas serem irrelevantes sob a ótica da Improbidade Administrativa: o direito ao governo honesto permanece incólume nas situações retratadas.

A fim de prosseguirmos na análise, imaginemos então outro tipo de desfecho para cada uma das situações acima ilustradas.

Situação 1. O policial aceita o suborno, não autua o motorista e deixa-o seguir viagem normalmente.

Situação 2. O pregoeiro de um dos certames detecta o possível conluio, entra em contato com o grupo de empresas e acerta um pagamento de 5% do valor dos contratos como condição para fazer “vistas grossas” à fraude.

Situação 3. Apesar da qualidade da falsificação dos *toners*, o responsável pelo recebimento das mercadorias constata a fraude e, tendo em vista a amizade construída com o fornecedor ao longo de décadas, atesta sua qualidade, recebe o produto falsificado e não provoca a autoridade responsável pelo procedimento sancionador.

Situação 4. O prefeito aceita a proposta, antecipa o pagamento e como contrapartida recebe a generosa doação para sua campanha.

É evidente que nessa *nova versão* dos fatos teremos, em todas as situações, violação direta ao princípio da moralidade e, mais do que isso, a prática, *pelos agentes públicos*, de fatos que se amoldam a tipos específicos de improbidade administrativa descritos nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA.

A conclusão inevitável é a de que, em todas as situações hipotéticas acima apresentadas, há (i) um particular (ii) em relação de sujeição especial com a Administração Pública (iii) praticando ou tentando praticar um ilícito contra a Administração. Embora cada uma das situações possa resultar aos particulares, por si só, em punição nos âmbitos administrativo e/ou criminal, *a incidência da Lei de Improbidade em cada um dos casos depende necessariamente da participação voluntária* (no mínimo culposa, no caso do art. 10 da LIA) *de um agente público. O particular, dentro da relação de sujeição estabelecida com a Administração, pode praticar ilícitos de toda sorte contra ela, mas para que o fato seja relevante no plano da improbidade é indispensável o atuar de algum agente público.*

Se – e somente se – verificada a participação, como visto necessária, do agente público é que se cogitará de punição a título de improbidade. E essa punição, caso ocorra, é que contemplará “àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”, como estabelece o art. 3º da LIA.

Até aqui, repetimos o óbvio e a jurisprudência hoje dominante. “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” (TESES, V. 38, tese nº 12), pois a atuação desse agente, como demonstrado, é *conditio sine qua non* para a própria existência do ato de improbidade.

Porém, as breves notas a serem feitas sobre os instrumentos de administração consensual (e sua diferença fundamental em relação ao contrato administrativo), sobre a relação de sujeição particular-Administração e, sobretudo, a apresentação de exemplos práticos que serão confrontados com aqueles trazidos acima demonstrarão que, diferentemente das situações hipotéticas trazidas neste capítulo, aqueles que voluntariamente atuam como *gestores* de dinheiros públicos e/ou atuam, mediante convênio ou instrumento similar, na execução de programas de governo *não são os “particulares” a que se refere o art. 3º, mas agentes públicos na acepção ampla do art. 1º da Lei de Improbidade.*

5 A ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL E SEUS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS: CONVÊNIOS E AFINS

Pereira Junior e Dotti (2009, p. 6) afirmam que “a Constituição de 1988 quer reaproximar o Estado da sociedade”, razão pela qual prevê, ou pelo menos admite, o exercício compartilhado de atividades entre o Estado e aquelas entidades denominadas do Terceiro Setor¹⁶ (organizações não governamentais – ONGs, organizações sociais – OSs, organizações sociais de interesse público – Oscips).

Ainda segundo os mesmos autores, a ideia de um Terceiro Setor pressupõe a parceria entre o Estado e pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob a forma de fundações, associações ou sociedades civis sem fins lucrativos. Tais entidades, constituídas na forma da lei civil, podem, desde que atendidas determinadas condições, habilitar-se “a receber recursos públicos para a implementação dos projetos a que se propõem, na medida em que complementem ou suplementem as ações estatais” (*loc. cit.*).

Em obra mais recente, Pereira Junior e Dotti (2015, p. 15) voltam ao tema das parcerias entre Estado e sociedade, afirmando que a Administração Pública do Século XXI evoluiu do modelo centrado no ato administrativo para um modelo gerencial, voltado ao compromisso com resultados, os quais somente podem ser considerados legítimos se corresponderem aos anseios, interesses e prioridades da população. Concluem afirmando que “a imperatividade cede espaço à consensualidade”.

Esse *compromisso com resultados*, inspirador da Administração consensual, faz com que se identifiquem, a todo momento, novas atividades em que o Estado pode atuar “mais eficientemente e com menores custos”, valendo-se da sinergia com os “acordantes associativos, públicos e privados”.

A pretendida colaboração entre o público e o privado opera-se por meio de diversos instrumentos, tais como convênios, termos de cooperação, contratos de gestão, termos de parceria, entre outros (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2015, p. 19). Aqueles mais utilizados merecerão brevíssima conceituação.

¹⁶ O Primeiro Setor corresponderia à atuação estatal direta, ao passo que o Segundo seria aquele composto pelas sociedades empresárias.

5.1 Convênio

É o acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros dos Orçamentos da União visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação, e tenha como partícipes, de um lado, órgão da Administração Pública federal direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e, de outro, órgão ou entidade da Administração Pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos (TCU, 2013, p. 17).

Na lição de Justen Filho,

Convênio é um acordo de vontades, em que pelo menos uma das partes integra a Administração Pública, por meio do qual são conjugados esforços e (ou) recursos, visando disciplinar a atuação harmônica e sem intuito lucrativo das partes, **para o desempenho de competências administrativas** (JUSTEN FILHO, 2009, p. 908, *grifo nosso*).

Trata-se do instrumento mais utilizado na transferência voluntária de recursos da União, seja para entes públicos, seja para agentes privados, contemplando, no caso destes últimos, os mais diversos programas e projetos, desde chamadas públicas de projetos de cultura, promoção do turismo, dos direitos humanos etc., até o credenciamento de empresas privadas no programa Aqui tem Farmácia Popular¹⁷. Nesse programa, tem-se a adesão de empresas a programa tipicamente estatal – distribuição de medicamentos a usuários do SUS –, revelando que a assunção voluntária da execução de políticas públicas, ainda que excepcionalmente, pode ocorrer com agentes privados que tenham fins lucrativos e não apenas com o Terceiro Setor.

É fundamental, para os fins deste artigo, assentar que o convênio, assim como os demais instrumentos descritos neste capítulo, *não* constitui modalidade de contrato, pois enquanto no contrato os interesses são opostos e contraditórios, no convênio eles são (pelo menos deveriam ser) recíprocos, pressupondo a *mútua colaboração* entre as

¹⁷ Segundo o art. 5º da Portaria nº 111/2016 do Ministério da Saúde, no “Aqui tem Farmácia Popular”, a operacionalização do PFPB ocorrerá diretamente entre o Ministério da Saúde e a rede privada de farmácias e drogarias, **mediante relação convencional** regida pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Já o art. 14 estabelece que essa relação convencional aperfeiçoa-se pela publicação, no Diário Oficial da União, da portaria de adesão.

partes para a consecução de um *resultado comum*.¹⁸ Essa distinção possui reflexos diretos na definição do *particular* para fins da Lei de Improbidade.

O *contrato de repasse* assemelha-se ao convênio, tendo como nota distintiva a intermediação de instituição ou agente financeiro público federal, que atua como mandatário da União. A instituição que mais fortemente vem operando essa modalidade de transferência é a Caixa Econômica Federal (TCU, 2013, p. 17).

5.2 Termo de Parceria

Instrumento jurídico previsto na Lei nº 9.790/1999, para transferência de recursos para Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), com o objetivo de desenvolvimento e execução de atividades consideradas de interesse público (TCU, 2013, p. 17).

Segundo o art. 3º da Lei nº 9.790/1999, a qualificação como Oscip será conferida às entidades cujos objetivos contenham pelo menos alguma das seguintes finalidades:

I – promoção da assistência social; II – promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III – promoção gratuita da educação; IV – promoção gratuita da saúde; V – promoção da segurança alimentar e nutricional; VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII – promoção do voluntariado; VIII – promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX – experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X – promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII – estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo; XIII – estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.

¹⁸ Para aprofundamento sobre as diferenças entre contratos e convênios, vide Di Pietro (2014, p. 352-359).

A possibilidade de se qualificar como Oscip, pela leitura do dispositivo acima, está aberta a todo tipo de entidade privada que, de acordo com seus atos constitutivos, não possua fins lucrativos, haja vista a amplitude das atividades passíveis de enquadramento na lei.

5.3 *Contrato de Gestão*

Instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas de ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (Lei nº 9.637/1998, arts. 1º e 5º).

5.4 *Novos institutos, velhos problemas*

A pretensa *evolução* para um Estado gerencial, em que a imperatividade dá espaço à consensualidade e, no que toca especificamente ao objeto deste trabalho, a Administração transfere a entes privados a execução de políticas públicas (e os recursos **públicos** correspondentes) a pretexto de maior eficiência, não mereceria maiores críticas, pois essa administração consensual produziria resultados melhores para a própria sociedade.

A experiência cotidiana tem demonstrado que, apesar dos casos de sucesso, a atuação dos agentes privados como gestores de recursos públicos apresenta os mesmos – e graves – problemas havidos no modelo clássico: desvios, corrupção e favorecimentos de toda a sorte, agravados pela menor (ou inexistente) atuação dos instrumentos de controle administrativo usualmente empregados quando se trata da gestão dos recursos pelos agentes públicos *stricto sensu*.

Em síntese, longe de auxiliar na busca da eficiência, esse modelo tem sido utilizado, em larga medida, para viabilizar o trânsito *mais fácil* do dinheiro público para consecução de interesses meramente privados – e com a mínima fiscalização.

Di Pietro (1999, p. 203), tratando da Lei das Organizações Sociais (Lei nº 9.637/1998), já advertia:

Em primeiro lugar, fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fugir ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os

servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a ideia é que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercerem a mesma atividade que antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão àquilo que se costuma chamar de “amarras” da Administração Pública. (DI PIETRO, 1999, p. 203)

Amaral (2015, p. 3), tratando genericamente das transferências voluntárias, aponta que

não é por acaso que, assim como ocorre com as licitações e contratos, a área de transferências voluntárias costuma ser fonte de problemas, envolvendo corrupção, desvio de recursos públicos, irregularidades na execução do ajuste, falhas no acompanhamento e fiscalização do objeto, erros formais, entre outros. (AMARAL, 2015, p. 3)

O noticiário policial, infelizmente, corrobora esses relatos.

No dia 15 de dezembro de 2010, o *Jornal Nacional* noticiou que “Fraudes na Contratação de ONGs e Oscips são investigadas pela CGU”, informando que as fraudes objeto da reportagem atingiam R\$ 20 milhões. Na véspera, o mesmo periódico veiculou reportagem na qual mostrava detalhadamente a atuação de quadrilha que criava e vendia Oscips para interessados em utilizar (*rectius*, desviar) recursos públicos oriundos de transferências voluntárias (FRAUDES, 2010).

O *Estado de São Paulo*, em 1º de novembro de 2012, trouxe manchete de teor semelhante: “TCU detecta fraude em convênios do MinC com 28 ONGs”, relatando que no caso os desvios alcançavam R\$ 25 milhões (FABRINI, 2012).

Ao divulgar a deflagração da “Operação Esopo”, a *Agência de Notícias da Polícia Federal* informou que a organização criminosa então investigada, formada por uma Oscip e diversos outros agentes, “já recebeu, somente nos últimos cinco anos, valores superiores a R\$ 400 milhões da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, já tendo atuado em 10 estados da Federação e no Distrito Federal” (PF, 2013).

Outra reportagem d' *O Estado de São Paulo*, desta vez voltada ao Programa Farmácia Popular, relatava denúncia do Ministério Público Federal contra 27 proprietários de redes de drogarias na região de Marília/SP, que lançavam falsas vendas no sistema do Ministério da Saúde, apropriando-se de verba pública e provocando prejuízos que superaram R\$ 1,8 milhão entre 2010 e 2014 (MACEDO, 2016).

Fraudes como as relatadas repetem-se com indesejável frequência. Ponto comum, nas reportagens citadas, é o fato de que agentes privados conveniados com a União, *valendo-se da condição privilegiada de executores de políticas públicas* (e não de meros particulares em relação contratual com o Poder Público) apropriaram-se de verbas públicas em proveito próprio, desvirtuando por completo a finalidade dos ajustes que entabularam com a Administração.

6 O AMPLO CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO DA LEI DE IMPROBIDADE

A inversão promovida neste trabalho, que principiou pelo exame do art. 3º para depois retomar os arts. 1º e 2º da LIA, tem razão de ser. A compreensão exata do conceito de *particular*, previsto no art. 3º, é fundamental para que se possa estabelecer, com mais clareza, a distinção entre esse *particular* e aquele que, embora particular na visão de outros ramos do Direito, é indiscutivelmente *agente público* no âmbito da improbidade administrativa.

Sobre o agente público, diz o art. 1º:

Art. 1º Os atos de improbidade **praticados por qualquer agente público, servidor ou não**, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, 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, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade 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. (*grifo nosso*)

A primeira ilação que se extrai do dispositivo é a de que o conceito de agente público é muito mais abrangente que o de servidor, como de resto está explicitado na norma. Antes de se aprofundar sobre esse conceito, deve-se promover a identificação do *sujeito passivo* (GARCIA; ALVES, 2011, p. 221), pois se o ato não tiver sido praticado em detrimento (a) da Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios, de Território, (b) de empresa incorporada ao patrimônio público ou (c) 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 ou que receba subvenção, auxílio, incentivo fiscal/credíctio, sequer será possível cogitar de improbidade administrativa¹⁹. E, como visto, a lei foi bastante generosa e abrangente na conceituação da vítima do ato de improbidade, contemplando inclusive entes privados criados e/ou custeados e/ou subvencionados pelo erário.

É tentador, em favor da interpretação proposta neste trabalho, que se considerem os recursos públicos destinados a organismos privados por força de convênios como *subvenções*²⁰. No entanto, por expressa determinação legal, subvenções são transferências destinadas a cobrir *despesas de custeio* das entidades beneficiadas (Lei nº 4.320/1964, art. 12, § 3º), ao passo que os recursos oriundos das transferências voluntárias, além de depositados em conta específica, são vinculados às despesas constantes do plano de trabalho, proposta ou projeto, que não se confundem²¹ com as despesas de custeio dos convenientes. Poder-se-ia cogitar, ainda em favor da tese ampliativa, da parte final do art. 1º, que faz referência ao termo mais amplo *receita anual*. Porém, insistimos que os

19 No mesmo sentido, Oliveira (2008, p. 32): "A Lei nº 8.429/1992 usa da seguinte técnica legislativa: em primeiro plano, sublinha as pessoas jurídicas de direito público e privado protegidas pelo regime sancionatório disciplinado na lei – e a medida dessa proteção – para, em um segundo plano, indicar as pessoas físicas e jurídicas passíveis de responsabilização – e a respectiva condição –, na esfera autônoma dos atos de improbidade administrativa, na forma do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal. Portanto, a análise de qualquer conduta implica, preliminarmente, a verificação rigorosa do ente ofendido pelo ato, com o fito de integrá-lo ao rol prescrito no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992".

20 Vide, por exemplo, Decomain (2014, p. 34): "Pode ser que a Administração destine subvenções a determinada entidade privada, considerando o trabalho assistencial que esta desenvolve. [...] Em lugar de o realizar exclusivamente sozinho, fornece recursos públicos a entidades particulares que se dedicam a esse mister assistencial [...]. Diante disso, como já restou apontado em momento precedente, dirigentes de entidades privadas que recebam subvenção de recursos públicos devem ser equiparados a agentes públicos, na medida em que gerem recursos de tal origem, e, neste caso, podem figurar no polo passivo de ação civil pública por improbidade administrativa e podem ficar sujeitos às respectivas sanções, ainda que o ilícito que hajam perpetrado não tenha contado com a participação de qualquer agente público em sentido estrito".

21 A propósito, uma das tipologias mais comuns de desvios perpetrados por entidades do Terceiro Setor consiste em apropriação indevida dos recursos da conta do convênio para utilização no custeio da entidade.

atos de que cogitamos neste trabalho não vitimam as entidades convenientes e sim, a própria Administração, como explicaremos em seguida.

Dessarte, a submissão à Lei de Improbidade dos agentes que, por força de convênios, termos de compromisso e outros ajustes, recebem recursos públicos para execução de políticas públicas e programas governamentais, não encontra abrigo nas expressões “subvenção, incentivo ou benefício, fiscal ou creditício” ou mesmo “receita anual”²².

A solução, à exceção das OS e Oscip²³, não passa pela qualificação *da entidade tomadora dos recursos* como vítima. Recorre-se, novamente, a exemplos práticos: um Sindicato formaliza um convênio com o Ministério do Trabalho para capacitação de menores aprendizes, contrata empresa formada por familiares de seu dirigente máximo e ainda recebe um percentual da verba pública despendida com a contratação; uma associação sem fins lucrativos formaliza convênio com o Ministério do Turismo para fomento do turismo em sua região, apropria-se do dinheiro e não executa o convênio; um grupo de dança atende à chamada pública do Ministério da Cultura, formaliza termo de compromisso para a realização de algumas apresentações e se apropria do dinheiro, sem cumprir o termo. *Em todos esses casos, a vítima não é a entidade que recebeu os recursos, mas a própria União*, incidindo na espécie a parte inicial do art. 1º (“atos praticados [...] contra a administração direta da União”). A entidade é *mero instrumento* para o desvio de recursos. Descabe, pois, cogitar se essa entidade é custeada ou subvencionada pelo Poder Público. Este é quem figura como vítima do ato, cujo autor é pessoa que, por vínculo de natureza convenial,²⁴ é incumbida de gerir recursos públicos e/ou desempenhar a função pública de gerir algum programa governamental.

Resta indagar: não havendo participação de *servidor* no sentido estrito, responderiam, os dirigentes dessas entidades – e as próprias entidades –, na esfera da improbidade? Tomando-se por base o art. 1º, a resposta é afirmativa, pois as condutas acima exemplificadas (i) foram praticadas em detrimento da Administração Direta da União e (ii) o dispositivo afirma expressamente que estão sujeitos à Lei de Improbidade os atos praticados por qualquer agente público, *servidor ou não*.

²² Exceção seja feita aos contratos de gestão firmados com as OS e Oscips, cuja legislação de regência prevê uma extensão muito maior na transferência de recursos, bens e serviços a essas entidades e, em contrapartida, também admite de forma expressa a incidência de dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa para elas e seus gestores (Lei nº 9.637/1998, art. 10; Lei nº 9.790/1999, art. 13).

²³ Vide nota anterior.

²⁴ Relembre-se que o convênio, assim como os demais instrumentos examinados neste trabalho, não constitui modalidade de contrato, pois enquanto no contrato os interesses são opostos e contraditórios, no convênio eles são (pelo menos deveriam ser) recíprocos, pressupondo a mútua colaboração entre as partes para a consecução de um resultado comum (vide subitem 5.1 *supra*).

Como a LIA não se contenta com a qualificação da vítima e conceitua, no art. 2º, o *agente público*, necessário o exame desse dispositivo, sempre tendo em conta, com Garcia e Alves (p. 249), que há “um nítido entrelaçamento entre as duas noções” (de sujeito passivo e ativo):

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Assim como na caracterização das vítimas promovida no art. 1º, o legislador (como, aliás, já prenunciava no próprio art. 1º – “*servidor ou não...*”) conferiu extensão demasiado ampla ao conceito de agente, prendendo-se mais ao vínculo material entre ele e a Administração do que a uma relação meramente formal concernente a cargos ou empregos.

A conceituação abrangente não é inovação da Lei de Improbidade. Marcelo Caetano (1970, p. 224) lecionava, há muito, que “a designação do agente é uma designação genérica que abrange todos quantos, permanentemente, temporária ou acidentalmente, servem as pessoas coletivas de direito público praticando atos jurídicos ou operações materiais”, dele não divergindo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Esta expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. (MELLO, 1999, p. 175-176)

Está claro, seja à luz do Direito Positivo, seja da doutrina, que “não se limita o agente público àquele que exerce função na Administração Pública ou função administrativa, que é apenas uma das funções estatais”. As demais funções estatais (incluindo a legislativa e a judicial) são exercidas por pessoas igualmente incluídas no conceito de agente público e, no que diz respeito à função executiva, estão também compreendidos os “particulares agindo em colaboração com o Poder Público” (GARCIA, 2004, p. 24-25).

Numa síntese conclusiva, a locução agente público “designa a pessoa natural que, **sob qualquer pretexto**, exerce atividade típica do Estado” (FAZZIO JÚNIOR, 2002, p. 55-56).

6.1 *O gestor voluntário de dinheiro público, de programas governamentais e de políticas públicas como agente público para fins de improbidade*

Desdobramento natural, quase intuitivo, do alargado conceito de agente público acima desenvolvido é a inferência de que estão albergados, nesse conceito, os agentes das entidades privadas que tomam, mediante convênios e demais ajustes, recursos públicos. Ao menos para fins de improbidade. Todavia, como o entendimento hoje dominante é outro, necessário aprofundar, ainda mais, esse conceito.

Seguindo a já mencionada proposta interpretativa de Garcia e Alves (2011, p. 221), bem como de Oliveira (2008, p. 32), examina-se, primeiramente, quem é a *vítima*, à luz do art. 1º da LIA, de eventuais desvios praticados por agentes privados na execução de convênios. Como já demonstramos, se a União disponibiliza certa quantia do Orçamento (incluindo eventual renúncia fiscal, como no caso dos projetos culturais) para uma Associação ou outro ente privado, e essa associação ou seu gestor desvia esse dinheiro para si, a *vítima* é a própria pessoa de Direito Público e não a associação, utilizada como mero instrumento para a consecução do ilícito.

Preenchido o requisito do art. 1º, prossegue-se o exame para se cogitar se o gestor dessa hipotética Associação, ou mesmo um colaborador de nível hierárquico inferior (mas com algum poder de gestão no âmbito do ajuste com a União) enquadra-se no conceito do art. 2º.

Apesar de entendermos suficientes os excertos doutrinários transcritos no tópico anterior, merecem registro as lições que contemplam, de forma ainda mais particularizada, os pontos fundamentais para este trabalho – improbidade e “particulares” exercendo função pública – na conceituação de agente público.

Garcia e Alves (2011, p. 249) assinalam, com propriedade, que

coexistem lado a lado, estando sujeitos às sanções previstas na Lei n. 8429/1992, os agentes que exerçam atividade junto à administração direta ou indireta (perspectiva funcional), e aqueles que não possuam qualquer vínculo com o Poder Público, **exercendo atividade eminentemente privada junto a entidades que, de qualquer modo, recebam numerário de origem pública (perspectiva patrimonial)**. Como se vê, trata-se de conceito muito mais amplo que o utilizado pelo art. 327 do Código Penal²⁵. (GARCIA; ALVES, 2011, p. 249)

²⁵ Sobre a relação entre os conceitos de agente público para fins penais e para improbidade, vide tópico 7 *infra*.

Mônica Nicida Garcia já havia fornecido valiosa contribuição ao destacar, em seu conceito de agente público, os *particulares em colaboração com o Poder Público*, afirmando-os “figuras cada vez mais presentes na realidade da Administração Pública, o que decorre do fenômeno da crescente participação do particular no Estado” (GARCIA, 2004, p. 41).

Ao tratar do Terceiro Setor (no qual inclui ONGs de um modo geral, as entidades declaradas de utilidade pública, as que recebem certificado de fins filantrópicos, os serviços sociais autônomos tais como Sesi, Sesc, Senai etc., as OS e as Oscip), a autora reclama a necessária sujeição dessas entidades ao regime de direito público, pois sua atuação

em áreas e para finalidades de interesse público não se dá de forma totalmente livre e desordenada, mas, antes, por força de instrumentos – contratos, convênios, consórcios – firmados com o Estado, ou até mesmo por força de lei. (GARCIA, 2004, p. 46)

Garcia ainda destaca, desta vez em abordagem específica sobre a responsabilidade à luz da Lei de Improbidade, a vastidão do conceito do agente público nela veiculado:

Mesmo que não tivesse feito uma descrição tão precisa, a simples referência ao agente público já determina que as sanções pela prática de ato de improbidade administrativa devem se aplicar a toda e qualquer pessoa física que exerce função pública (legislativa, administrativa ou judiciária), com ou sem vínculo empregatício, em caráter definitivo ou transitório, ou seja, tanto aos agentes políticos, como aos servidores públicos, como aos particulares em colaboração com o Poder Público (GARCIA, 2004, p. 254)

A mesma linha de pensamento (o difícil é identificar corrente oposta) é seguida por Osório, para quem

o dever de probidade estará conectado às cambiantes e multiformes noções de serviço e funções públicas, mas também à ideia de amparo da coisa pública do dinheiro público, do patrimônio público material e imaterial. [...] onde haja dinheiro público, a presença do erário, haverá, inegavelmente, a exigência do dever de probidade administrativa. Onde haja funções públicas conectadas ao setor público haverá exigência de atendimento ao dever de probidade. (OSÓRIO, 2013, p. 170)

O professor gaúcho conseguiu sintetizar, em poucas linhas, a ideia central deste artigo: a responsabilidade pelos atos de improbidade administrativa não decorre do estatuto social ou da posição jurídica da entidade à luz do Código Civil: onde houver dinheiro público, gerido por alguém que, ainda que *particular*, esteja investido de função pública, haverá o dever de probidade, como prevê a lei de regência.

Até mesmo Mattos, em obra com recorte marcadamente restritivo quanto ao âmbito de aplicação da Lei de Improbidade²⁶, reconhece, no que diz respeito ao sujeito ativo do ato de improbidade, que

o conceito e a abrangência da expressão agentes públicos atingem função delegada, incluindo médicos conveniados ao SUS e **outros profissionais que administrem ou recebam verbas públicas**, sujeitando-se aos fundamentos da Lei de Improbidade Administrativa. (MATTOS, 2005, p. 19-20)

Nota-se, por conseguinte, que tanto sob o enfoque da doutrina administrativista, clássica e moderna, quanto sob a perspectiva específica dos autores que se debruçaram sobre o tema improbidade administrativa, o conceito de *agente público* contempla, inequivocamente, os particulares que assumem, por força de convênio, termo de compromisso, contrato de gestão, termo de parceria etc., a gestão de verbas, de políticas públicas e/ou de programas governamentais.

O Direito Positivo concilia-se com a doutrina quando encampa, no art. 2º da LIA, esse conceito ampliado – e necessário à luz das já mencionadas “cambiantes e multiformes noções de função pública”.

O leitor menos atento poderia identificar uma possível incongruência da tese à luz do multicitado art. 2º, pois defendemos, enfaticamente, que atos praticados pelos gestores dos entes particulares na gestão de dinheiros públicos vitimariam a própria pessoa de Direito Público e não a ONG, OS etc. Como esses gestores não ocupariam posições nessa pessoa pública-vítima e sim na ONG, não se enquadrariam no conceito de agente público. A objeção não resiste a uma simples leitura do art. 2º, pois este abrange “*todo aquele que exerce [...] por [...] qualquer outra forma de [...] vínculo [...], função nas entidades mencionadas no artigo anterior*”. Não há dúvida de que o convênio, o termo de parceria, o termo de compromisso, o contrato de repasse etc., constituem, na perspectiva legal e à luz de tudo o quanto foi aqui exposto, *uma forma de vínculo* de que resulta, para os atores responsáveis

²⁶ A natureza restritiva da obra é confessada no próprio título, O limite da improbidade administrativa e, de maneira mais acentuada, no prefácio do professor Ives Gandra.

por esses entes, o exercício de *função pública* e sua consequente sujeição ao regime da Lei de Improbidade administrativa na condição de agentes públicos.

Como adverte Dino (2016, p. 527), tratando especificamente da Lei de Improbidade, “a atividade interpretativa, além de minimizar antinomias, deve orientar-se pelo espírito de garantir maior eficácia aos princípios norteadores da vida pública, máxime ao da probidade administrativa”. A interpretação ora proposta é a única que, sob a ótica legal e constitucional, assegura a máxima efetividade, evita o retrocesso social e impede a proteção deficiente da probidade administrativa.

6.2 O confronto dos arts. 1º/2º com o art. 3º. A (des)necessidade do concurso de agente *stricto sensu* para concretização do ato de improbidade. E uma proposta de teste

Como já assentamos no tópico 4, o particular referido no art. 3º da LIA encontra-se numa relação de sujeição especial com a Administração e *depende do concurso necessário de um agente público para que a probidade administrativa seja malferida*. Nos exemplos trazidos no tópico 4.2, há efetivamente um dano ou tentativa de dano contra a Administração, mas o dever de probidade só é violado se um agente adere ao malfeito.

No caso dos gestores de convênios e afins, *tão logo implementado o vínculo, com a assinatura do convênio e, principalmente, com a disponibilização dos recursos públicos na conta vinculada do ajuste (ou então com a autorização para captação de montante certo de recursos, no caso dos projetos culturais e esportivos), o agente não depende do concurso de nenhum servidor stricto sensu para, querendo, malferir a probidade administrativa*. Essa diferença é fundamental, pois como já demonstrado o particular, o verdadeiro particular para fins de improbidade, *depende* do atuar do servidor.

Aclarando ainda mais: tomemos por exemplo o tesoureiro de uma dada associação. Uma vez firmado o convênio e depositada, pela União, a quantia nele prevista, possui todos os meios necessários para, por si e sem o concurso de algum *intraneus*, praticar condutas como (i) desviar o dinheiro para si ou para terceiros; (ii) receber propina de fornecedores; (iii) direcionar os processos de compra para seus confrades; (iv) adquirir produtos, obras e/ou serviços por valor que sabe superfaturado etc. *Ele não precisa da atuação de nenhum servidor em sentido estrito para concretizar a violação direta ao dever de*

proibição administrativa. Afinal, ele próprio, ao gerir o convênio, está exercendo função pública, está gerindo verba pública, está concretizando algum programa de governo que, por opção administrativa *modernizante*, foi confiado ao Terceiro Setor. Esse cidadão deve responder pela improbidade administrativa que praticar, na condição de *agente público* e não de “terceiro” ou “particular”.

Se a qualificação desses agentes como públicos já nos era evidente à luz da doutrina e pela conjugação dos arts. 1º e 2º da LIA, o confronto desses elementos com o art. 3º e com a ideia do *concurso necessário* nele embutida torna ainda mais nítida, para nós, a distinção entre o mero particular e aquele que, voluntariamente, coloca-se na posição de gestor público. O *particular* referido no art. 3º possui abrangência muito, muito menor do que aquela que lhe conferiu o STJ.

Os argumentos levantados neste trabalho podem ser sintetizados numa espécie de teste, pelo qual o intérprete, diante do caso concreto, submeter-se-ia às seguintes indagações:

- 1] O fato (que obviamente deve se amoldar ao art. 9º, 10 ou 11 da LIA) vitimou algum dos entes mencionados no art. 1º da LIA?
- 2] Caso positivo, o(s) autor(es) do fato exerce(m), ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação *ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo*, mandato, cargo, emprego ou *função* em alguma das entidades mencionadas no artigo anterior? Essa pergunta ainda poderia ser substituída pela seguinte: o autor do fato investiu-se, por meio de convênio, termo de parceria, termo de compromisso, contrato de gestão ou instrumento congênere (“outra forma de vínculo”), na condição de gestor de verba pública ou de programa de governo (“função”)?
- 3] Considerando que o bem jurídico tutelado pela Lei nº 8.429/1992 é a probidade na Administração, o direito a um governo honesto, *essa proibidade, no caso concreto, foi violada sem que houvesse necessidade do concurso de qualquer servidor público stricto sensu?*

A resposta positiva a essas três indagações, em conjunto, leva ao inevitável reconhecimento de que estamos a tratar de ato de improbidade administrativa e que seu agente pode (deve) ser responsabilizado por ele, sem a exigência da inclusão, no polo passivo, do tal servidor *stricto sensu*.

Tentaremos resumir a proposta interpretativa ora defendida no quadro a seguir, que reúne as situações hipotéticas já levantadas neste trabalho:

TABELA 1. TESTE DO AGENTE PÚBLICO

Situação hipotética	Vítima incluída no art. 1º da LIA?	Agente investiu-se na condição de gestor de verba pública e/ou prog. de governo?	Há violação à probidade na Administração sem a necessidade do concurso de servidor <i>stricto sensu</i> ?	Resultado do teste, no que diz respeito ao autor do fato.
Cidadão visivelmente embriagado, abordado por policial rodoviário federal, oferece quantia em dinheiro para não ser autuado administrativa e criminalmente.	SIM. União.	Não.	Não.	<i>Particular</i> , necessário o concurso do servidor para ser processado por improbidade.
Fornecedora de <i>toner</i> entrega mercadoria cuja falsificação é tão bem-feita que engana facilmente o cidadão comum, inclusive aquele habituado ao recebimento e confereência de produtos dessa natureza.	SIM. Órgão Público contratante.	Não.	Não.	<i>Particular</i> , necessário o concurso do servidor para ser processado por improbidade.
Empreiteira postula ao prefeito municipal a antecipação de pagamentos por etapas não executadas de obra. Promete ao prefeito, tão logo receba o pagamento, generosa doação para sua campanha eleitoral.	SIM. Município.	Não.	Não.	<i>Particular</i> , necessário o concurso do servidor para ser processado por improbidade.
Sindicato formaliza um convênio com o Ministério do Trabalho para capacitação de menores aprendizes, contrata empresa formada por familiares de seu dirigente máximo e ainda recebe um percentual da verba pública despendida com a contratação.	SIM. União.	SIM.	SIM.	Agente Público, na forma dos arts. 1º e 2º.

Situação hipotética	Vítima incluída no art. 1º da LIA?	Agente investiu-se na condição de gestor de verba pública e/ou prog. de governo?	Há violação à probidade na Administração sem a necessidade do concurso de servidor <i>stricto sensu</i> ?	Resultado do teste, no que diz respeito ao autor do fato.
Associação sem fins lucrativos formaliza convênio com o Ministério do Turismo para fomento do turismo em sua região, apropria-se do dinheiro e não executa o convênio.	SIM. União.	SIM.	SIM.	Agente Público, na forma dos arts. 1º e 2º.
Grupo de dança atende à chamada pública do Ministério da Cultura, formaliza termo de compromisso para a realização de algumas apresentações e se apropria do dinheiro, sem cumprir o termo.	SIM. União.	SIM.	SIM.	Agente Público, na forma dos arts. 1º e 2º.

Fonte: Andrade (2015).

7 DIÁLOGO COM O DIREITO PENAL

7.1 *O microsistema de combate à corrupção ou de promoção da integridade pública*

Partindo-se, novamente, da acepção mais ampla do termo, é possível afirmar a existência de um microsistema de combate à corrupção no Direito brasileiro ou, conforme Aras (2014, p. 2), de *promoção da integridade pública* formado, além da LIA, pelos dispositivos do Código Penal que tratam dos crimes contra a Administração Pública e contra as Finanças Públicas, pela Lei do Impeachment (Lei nº 1.079/1951), pela Lei dos Crimes de Prefeitos (Decreto-Lei nº 201/1967), pela Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990 e suas alterações, incluindo a *Ficha Limpa*), pelas normas do Estatuto do Servidor (Lei nº 8.112/1990) que tratam do regime e do processo disciplinar, pela Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) e, recentemente, pela Lei do Conflito de Interesses (Lei nº 12.813/2013) e pela Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa (Lei nº 12.846/2013).

Todas essas normas, evidentemente, têm como fonte e como limite a própria Constituição, que como visto no tópico 2 *supra* possui dispositivos expressos que visam à proteção da probidade no trato da coisa pública.

Além disso, o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais versando a temática anticorrupção, destacando-se a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, fir-

mada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), a Convenção Interamericana contra a Corrupção, firmada na Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Essas convenções foram, todas elas, incorporadas ao direito pátrio após o regular processo legislativo e, portanto, integram o microsistema, que abarca todas as esferas possíveis de responsabilização daqueles que abusam do Poder Público para ganhos privados.

7.2 O amplo conceito de agente público do Código Penal

Entre todas as esferas de responsabilização, a penal é a mais sensível, inadmitindo interpretações extensivas, analogia ou qualquer forma de exegese desfavorável ao réu, da qual possa resultar em violação ao princípio da legalidade estrita, previsto expressamente no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República.

É natural que assim seja. Por mais graves que sejam as sanções previstas na legislação eleitoral, administrativo-disciplinar e na Lei de Improbidade, somente a esfera penal pode resultar na privação da liberdade, bem jurídico que indubitavelmente ostenta maior relevância para o cidadão do que seus direitos políticos ou seu patrimônio.

A possível privação da liberdade também justifica uma série de outros princípios informadores do Direito Penal, entre eles o da intervenção mínima ou da *ultima ratio*, segundo o qual a criminalização de uma conduta só se legitima se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se insuficientes para a proteção de determinado bem jurídico. Segundo Maurach (1962 apud BITENCOURT, 2000, p. 11), “na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica”.

O princípio da legalidade e o plexo de direitos e garantias fundamentais inerentes ao Direito e ao processo penal não impediram que a legislação penal adotasse, tal como na improbidade, um conceito amplo de agente – ou funcionário público, como está consignado no art. 327 do Código Penal:

Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa presta-

dora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. (Incluído pela Lei nº 6.799, de 1980)

Nota-se que a figura do funcionário público por equiparação, inserida no § 1º, traz embutida, em sua parte final, a noção de *atividade* ou de *função pública* que permeia todo este trabalho, materializada na expressão *atividade típica da Administração Pública*. Assim como na improbidade, a *mens legis* visa a proteger a Administração de todo aquele que, de algum modo, assume a função de gestor da coisa pública, seja ele ou não funcionário público *stricto sensu*. Além disso, há dois vocábulos, *entidade paraestatal*²⁷ e *conveniada*, que a nosso ver, eliminam eventuais dúvidas sobre a aplicabilidade do dispositivo para os agentes de que tratamos ao longo deste artigo. Sem contar na presença da palavra *empresa*, a revelar a amplitude que a legislação penal pretendeu conferir ao conceito de funcionário público.

Objecção usualmente feita a dispositivos inseridos nas redações originais dos Códigos Penal e de Processo Penal é a de que ambos foram promulgados na década de 1940, num contexto autoritário e incompatível com o sistema de direitos e garantias assegurado pela Constituição *Cidadã*.

De fato, diversos desses dispositivos não foram recepcionados pela Constituição vigente. Contudo, com relação àqueles aqui estudados, tanto o *caput* do art. 327 quanto o § 1º (este, não se perca de vista, tem sua redação datada do ano 2000), já foram submetidos sucessivas vezes ao crivo do Supremo Tribunal Federal (STF), que em nenhuma delas proclamou, nem mesmo parcialmente, sua inconstitucionalidade.

Não bastasse a confirmação de que o art. 327, § 1º é compatível com a Constituição, a Suprema Corte corrobora o entendimento de que até mesmo aquele que, para o Direito Civil, é considerado *particular*, está inserido no conceito de agente público do Código Penal. É o caso do médico contratado por hospital particular *conveniado* para prestar serviços ao Sistema Único de Saúde:

²⁷ Para Di Pietro (2014, p. 565), as entidades paraestatais são "pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por particulares, com ou sem autorização legislativa, para o desempenho de atividades privadas de interesse público, mediante fomento e controle pelo Estado". A autora paulista dedica capítulo inteiro de sua obra à questão das paraestatais e do Terceiro Setor, sempre com viés crítico e atento às inúmeras formas de utilização dessas entidades para burla ao regime de direito público e para o desvio de recursos públicos.

HABEAS CORPUS. CRIME DE CONCUSSÃO. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE URGÊNCIA. CONCEITO PENAL DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. MÉDICO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TELEOLOGIA DO CAPUT DO ART. 327 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA. 1. A saúde é constitucionalmente definida como atividade mistamente pública e privada. Se prestada pelo setor público, seu regime jurídico é igualmente público; se prestada pela iniciativa privada, é atividade privada, porém sob o timbre da relevância pública. 2. O hospital privado que, mediante convênio, se credencia para exercer atividade de relevância pública, recebendo, em contrapartida, remuneração dos cofres públicos, passa a desempenhar o múnus público. O mesmo acontecendo com o profissional da medicina que, diretamente, se obriga com o SUS. 3. O médico particular, em atendimento pelo SUS, equipara-se, para fins penais, a funcionário público. Isso por efeito da regra que se lê no caput do art. 327 do Código Penal. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento²⁸.

O Superior Tribunal de Justiça, mesmo após a mudança jurisprudencial que restringiu a aplicação da Lei de Improbidade, continua a encampar, em seus julgados criminais mais recentes, o amplo conceito de agente público, orientado pela função e não por eventual situação formal do agente. A seguir, exemplo eloquente, que trata de advogado privado incumbido, por força de convênio²⁹, do múnus público de prestar assistência judiciária aos necessitados:

O advogado que, por força de convênio celebrado com o Poder Público, atua de forma remunerada em defesa dos agraciados com o benefício da Justiça Pública, enquadra-se no conceito de funcionário público para fins penais (Precedentes) (REsp n. 902.037/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 17/4/2007, DJ de 4/6/2007). Precedentes.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n.º 90.523/ES, Segunda Turma, Relator: Min. AYRES BRITTO, julgado em 19/04/2011, DJe 19/10/2016

²⁹ Embora os dois precedentes citados neste tópico apliquem-se, a nosso sentir, às situações tratadas no artigo (pois também se referem a particulares que, por força de convênio, assumem a condição de agentes públicos), é de se reconhecer que não há vários julgados entendendo que esses gestores praticam o delito de apropriação indébita (v.g., TRF5, HC 0011030-36.2012.4.05.0000, rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, DJe 10/10/2012; STJ, HC 53273, rel. Min. Felix Fisher, DJe 14/08/2006). **Porém, o exame desses precedentes revela que a questão do enquadramento do fato como crime funcional sequer foi apreciada pelos Tribunais.** A tipificação dos delitos como sendo de apropriação indébita e até mesmo estelionato decorre da própria capitulação escolhida pelo Ministério Público ao formular a acusação, deixando de cogitar da qualificação dos denunciados como funcionários públicos.

Sendo equiparado a funcionário público, possível a adequação típica aos crimes previstos nos artigos 312 e 317 do Código Penal³⁰.

Assentada a premissa de que há um microsistema de combate à corrupção ou de preservação da integridade pública, composto por normas que estabelecem a responsabilização nas esferas político-administrativa, da improbidade e penal e, sobretudo, de que, nesse feixe de normas, a responsabilização penal é a que se submete a controles mais rigorosos de legalidade e constitucionalidade, haja vista a interferência desse ramo na liberdade do cidadão, não se pode admitir que um agente possa se sujeitar a eventual pena por *crime praticado contra a Administração Pública* e ver-se, em decorrência do mesmo fato, imune à Lei de Improbidade Administrativa.

Ora, sustentar que um fato seja punível no âmbito penal, sabidamente a *ultima ratio* na tutela dos bens jurídicos, e não o seja no plano da improbidade, apesar de igualmente tipificado na LIA, leva à uma incoerência invencível, uma verdadeira fissura no sistema, provocada pelo (neste ponto, ousamos afirmar com todas as letras:) equivocado entendimento que vigora no Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação da LIA.

8 CONCLUSÕES

A probidade na Administração, embora prevista em todas as Constituições republicanas brasileiras, adquiriu, com a Constituição de 1988, *status* de verdadeiro direito fundamental, com a previsão no próprio Texto Constitucional de uma série de normas a protegê-la, incluindo a determinação expressa, dirigida ao legislador infraconstitucional, para criação de uma Lei de Improbidade Administrativa destinada a dar *forma e graduação* às sanções, sanções estas que a própria Constituição estabeleceu para os atos de improbidade.

Desse *status* constitucional decorrem o princípio da máxima efetividade na tutela da probidade administrativa, a vedação de retrocesso social em relação aos instrumentos de repressão e a vedação de proteção deficiente da probidade administrativa.

Como a Constituição não fez qualquer distinção ou restrição com relação aos sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/1992, ao fazer cumprir o mandamento constitucional, tratou de conferir-lhes definição a mais abrangente possível (art. 2º), assim como fez com relação às vítimas (art. 1º). A definição de agente

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 264.459/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016

público para fins de improbidade passa, no caso concreto, pela conjugação dos arts. 1º e 2º da LIA, devendo o intérprete cogitar, primeiro, se a entidade vitimada pelo ato está inserida no art. 1º e, em seguida, identificar se o agente está contemplado no art. 2º.

O *particular* ou o terceiro, referido no art. 3º da Lei de Improbidade, é aquele que, dentro de uma relação de sujeição especial com o Poder Público, depende necessariamente do concurso de um agente público para violar a probidade na Administração. O particular pode, por si só, lesar outros bens jurídicos titularizados pela Administração, como o patrimônio ou a livre concorrência entre licitantes; mas a probidade, o direito a um governo honesto somente serão malferidos se houver a participação do agente, o *intraneus*. Daí não se discordar, em tese, da orientação do Superior Tribunal de Justiça ao estabelecer que “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” (TESES, V. 38, Tese nº 8). O erro da Corte reside em considerar, como particulares, determinados agentes que são, à luz da doutrina e do direito positivo, agentes *públicos* para fins de improbidade.

Esses *agentes públicos* compreendem todos aqueles que, voluntariamente, assumem a condição de executores de verbas públicas e de programas governamentais, tomando-se como exemplo os gestores de Organizações Sociais, Oscips e Associações que recebem recursos públicos por meio de convênios, termos de compromisso, termos de parceria etc.; pessoas físicas ou jurídicas autorizadas a captar recursos para financiar projetos culturais mediante contrapartidas tributárias; pessoas físicas vinculadas a hospitais e clínicas conveniadas com o SUS; empresas conveniadas para execução de programas como o Farmácia Popular, entre outros. Eventuais desvios praticados por esses agentes *vitimam o próprio Poder Público* e não as entidades a que vinculados, figurando, essas entidades, como meros (e poderosos) *instrumentos* para a prática dos ilícitos.

Os agentes referidos no parágrafo anterior, após assumirem voluntariamente a condição de gestores do programa governamental, *independem* do concurso de algum servidor ou empregado público em sentido estrito para praticarem ilícitos que violam diretamente o dever de probidade na Administração. Por tal razão, respondem pelos atos de improbidade que eventualmente praticarem *na forma dos arts. 1º e 2º da LIA*, sendo descabido qualificá-los como *particulares* ou *terceiros*.

Em síntese, para identificar se determinado agente responde por improbidade administrativa na condição de agente público, deve-se responder afirmativamente a três indagações: 1) o fato (que obviamente deve se amoldar ao art. 9º, 10 ou 11 da LIA) viti-

mou algum dos entes mencionados no art. 1º da LIA?; 2) caso positivo, o(s) autor(es) do fato exerce(m), ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação *ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo*, mandato, cargo, emprego ou *função* em alguma das entidades mencionadas no artigo anterior? Essa pergunta ainda poderia ser substituída pela seguinte: o autor do fato investiu-se, por meio de convênio, termo de parceria, termo de compromisso, contrato de gestão ou instrumento congênere (“outra forma de vínculo”), na condição de gestor de verba pública ou de programa de governo (“função”)?; 3) considerando que o bem jurídico tutelado pela Lei nº 8.429/1992 é a probidade na Administração ou o direito a um governo honesto, essa probidade, no caso concreto, foi violada sem que houvesse necessidade do concurso de qualquer servidor público *stricto sensu*?

O conceito ampliado de agente público não é inovação da Lei de Improbidade; pelo contrário, a doutrina do Direito Administrativo sempre se valeu dessa definição abrangente, orientada pela função pública desempenhada e não apenas pelo vínculo formal de determinada pessoa.

O conceito ampliado é, da mesma forma, adotado pelo Direito Penal, notadamente no art. 327, *caput* e § 1º do Código Penal Brasileiro, dispositivos que já tiveram sua constitucionalidade confirmada inúmeras vezes pelo Supremo Tribunal Federal. O próprio Superior Tribunal de Justiça, em sua fração que julga casos criminais, continua a referendar o conceito ampliado do Código Penal.

É possível afirmar a existência de um microsistema de combate à corrupção ou de promoção da integridade pública, composto, além da Constituição e da Lei de Improbidade, por Tratados Internacionais e dispositivos tais como os capítulos do Código Penal que tratam dos crimes contra a Administração Pública e contra as Finanças Públicas, as Lei do Impeachment e dos Crimes de Prefeitos, a Lei das Inelegibilidades, as normas do Estatuto do Servidor que tratam do regime e do processo disciplinar, a Lei das Eleições e, recentemente, as Leis do Conflito de Interesses e Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa.

Dentro desse microsistema, as leis penais reclamam interpretação mais restrita, dado que o Direito Penal, por resultar na privação da liberdade do cidadão, é a *ultima ratio* na defesa dos bens jurídicos e somente atua quando insuficientes as demais esferas de sanção. Os Tribunais Superiores admitem o conceito ampliado de agente público para fins penais – a *ultima ratio*, ao contrário do que ocorre, atualmente, no âmbito da improbidade administrativa a partir da decisão do STJ. Assim, temos um cenário em que determinadas condutas podem ser punidas como crimes praticados por servidor

contra a Administração Pública e, apesar de igualmente tipificadas na LIA, não são consideradas atos de improbidade administrativa (por reclamar a impossível presença do servidor *stricto sensu*), levando a uma incoerência, uma verdadeira fissura no sistema.

A correção dessa incoerência passa pela interpretação proposta neste trabalho, que parte do conceito de vítima (art. 1º), do conceito ampliado de agente público (art. 2º), de sua oposição frontal ao restrito conceito de particular (art. 3º) e pela noção de *concurso necessário*, que como exaustivamente demonstrado não existe quando uma associação recebe recursos públicos para empregá-los numa finalidade específica.

Essa interpretação, como demonstramos, não contraria o Direito Positivo, tampouco a doutrina do Direito Administrativo. Pelo contrário. Ousamos dizer que, se acolhida, irá “garantir maior eficácia aos princípios norteadores da vida pública, máxime ao da probidade administrativa” (DINO, 2016, p. 527), concretizando o direito fundamental ao governo honesto, direito este que, a nosso ver, não pode ser limitado ou *suspense* em certos casos só porque o governo optou por entregar a execução de determinada política pública a alguma empresa ou entidade do Terceiro Setor.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de. **Prevenção e Combate à Corrupção e Eficácia Judicial no Brasil**. 5º Concurso de Monografia da CGU, 2010. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-realizados/pasta-concurso-de-monografias-da-cgu/concurso-de-monografias-da-cgu-2010/profissionais/2-lugar>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

AMARAL, Márcio Almeida do. **Gestão de transferências voluntárias**. Belo Horizonte: Escola Superior de Administração Fazendária, 2015. (Apostila do I Curso de Pós-Graduação em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos).

ARAS, Vladimir. **A nova lei anticorrupção brasileira**. Salvador: Blog do Vlad, 30. jan. 2014. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2014/01/30/a-nova-lei-anticorrupcao-brasileira>> Acesso em: 4 nov. 2016.

BARBOZA, Márcia Noll (Org.). **Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da Lei nº 8.429/92**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2008.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. O microsistema de proteção da probidade administrativa, Constituição e gestão pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública** [recurso eletrônico], Belo Horizonte, v. 12, n. 133, jan. 2013. Disponível em: <<http://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/item/4852/PDlexibepdf.pdf?sequence=1>> Acesso em: 8 jun. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Agência de Notícias da Polícia Federal (PF). **Operação Esopo desarticula organização criminosa em 10 estados e no DF**. Belo Horizonte, 9 set. 2013. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2013/09/operacao-esopo-desarticula-organizacao-criminosa-em-10-estados-e-no-df>> Acesso em: 7 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em TESES**: Improbidade Administrativa I. v. 38. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 set. 2015.

_____. **O particular na mira da lei de improbidade**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/O-particular-na-mira-da-Lei-de-Improbidade>. Acesso em: 15 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Convênios e outros repasses**. 4. ed. Brasília: Secretaria-Geral de Controle Externo, 2013.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CANDIDO, Daniele Chamma. **Competência sancionatória nos contratos administrativos**. 2009. 152 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8571>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

CARNEIRO, Rafael Melo. **Improbidade administrativa no terceiro setor**: a legitimidade passiva autônoma dos dirigentes de ONGs. 130p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/8642/1/61250607.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. Prerrogativas e sujeições da administração pública. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 66, p. 175-199, jan. 1971. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66626/69236>>. Acesso em: 7 nov. 2016.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DINO, Nicolau. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed. rev. atual. amp. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FABRINI, Fábio. TCU detecta fraude em convênios do MinC com 28 ONGs. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 1º nov. 2012. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tcu-detecta-fraude-em-convenios-do-minc-com-28-ongs,954518>>. Acesso em: 7 nov. 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade Administrativa**: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRAUDES na contratação de ONGs e OSCIPs são investigadas pela CGU. **Jornal Nacional**. Rio de Janeiro, 15 dez. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2010/12/fraudes-na-contratacao-de-ongs-e-oscips-sao-investigadas-pela-cgu.html>>. Acesso em: 7 nov. 2016.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do Agente Público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.
- MACEDO, Fausto. Procuradoria denuncia 27 por fraude contra o 'Farmácia Popular'. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 5 fev. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/procuradoria-denuncia-27-por-fraude-contra-o-farmacia-popular/>>. Acesso em: 7 nov. 2016.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibição Administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei n.º 8.429/92**. 2. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. Sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa. In: BARBOZA, Márcia Noll (Org.). **Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da Lei n.º 8.429/92**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2008.
- OSÓRIO, Fabio Medina. **Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/1992**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- _____. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão: corrupção: ineficiência**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Gestão e proibidade na parceria entre Estado, OS e OSCIP: apontamentos sob a perspectiva dos princípios e normas regentes das licitações e contratações administrativas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública** [recurso eletrônico], Belo Horizonte, v. 8, n. 91, jul. 2009. Disponível em: <<http://bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=58544>>. Acesso em: 13 jun. 2013.
- _____. **Convênios e outros instrumentos de "Administração Consensual" na gestão pública no Século XXI: restrições em ano eleitoral**. 3. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Forum, 2015.
- ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corruption and Government: causes, consequences and reform**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2016.
- SENNA, Gustavo. **Tutela repressiva da improbidade administrativa: princípios informadores e microsistema**. Vitória, 2012. Disponível em: <<http://gustavosenna.com.br/tutela-repressiva-da-improbidade-administrativa-principios-informadores-e-microsistema/>>. Acesso em: 4 nov. 2016.
- SIMÃO, Calil. **Improbidade Administrativa: teoria e prática**. 2. ed. Leme, SP: J.H. Mizuno, 2014.
- TÁCITO, Caio. Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 218, p. 1-10, 1999.

5 REFLEXÕES CONCEITUAIS E PRAGMÁTICAS SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/1992 E DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Márcia Noll Barboza¹

Resumo: Este artigo tem por objetivo examinar o conceito da conduta conhecida no Direito brasileiro como improbidade administrativa, prevista na Lei nº 8.429/1992, e a aplicação do princípio da insignificância nessa matéria. Procura demonstrar que (a) uma adequada compreensão do conceito de improbidade administrativa permite afastar a incidência da lei sobre infrações leves, que assim não seriam consideradas ímprobas, e que (b) o princípio da insignificância, como critério adicional, também pode ser aplicado para afastar tal incidência por razões de oportunidade e efetividade. Ainda, para fins de aplicação do princípio da insignificância, defende que sejam observados, no âmbito do Ministério Público Federal, os critérios indicados pela Câmara de Combate à Corrupção – 5ª CCR, como forma de assegurar consistência e justiça, respeitando-se a independência funcional.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Corrupção. Conceito. Princípio da oportunidade. Princípio da insignificância. Efetividade.

Abstract: *This article aims at examining the concept of the conduct known in Brazilian law as administrative improbity, in accordance with Law 8.429/1992, as well as the application of the principle of insignificance. It seeks to demonstrate that (a) an adequate understanding of the concept of administrative misconduct leads to the non-incidence of Law 8.429/1992 on minor misconducts and that (b) the principle of insignificance may also be applied, as an additional criterion, for opportunity and effectiveness reasons. Also, concerning the application of the principle of insignificance, it suggests that the criteria indicated by the Anticorruption Chamber (5th Chamber) be observed as a means to ensure consistency and justice, respecting functional independence.*

Keywords: *Administrative improbity. Corruption. Concept. Bagatelle crime. Discretion. Effectiveness.*

1 INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância, esboçado em 1964 pelo jurista alemão Claus Roxin, tem sido aplicado no Direito Penal brasileiro desde os anos 1980² e, mais recentemente, no campo não penal da improbidade administrativa. Em ambas as áreas, sua apli-

¹ Doutora em Direito e Procuradora Regional da República lotada na Procuradoria Regional da República da 1ª Região, Brasília/DF.

² A primeira decisão do Supremo Tribunal Federal acolhendo o princípio da insignificância é de 1988 (HC 66.869/PR). É preciso ressaltar, porém, que o STF somente passou a aplicar o princípio com maior aceitação a partir de decisão de 2004 (HC 84.412-O/SP) que fixou alguns critérios de aplicação. Tribunais inferiores já vinham aplicando o princípio, abrindo desse modo o caminho para sua aceitação, enquanto a doutrina ocupava-se de defini-lo como excludente da tipicidade material, passível, portanto, de ser aplicada independentemente de previsão legal. Segundo o entendimento da doutrina, adiante comentada, o princípio da insignificância seria um componente da Teoria do Delito, como critério geral, independente de posituação, atuando para assegurar a aplicação justa e adequada do Direito Penal, de acordo com o princípio da intervenção mínima. Um panorama da doutrina da época pode ser encontrada em LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal:** análise à luz da Lei n. 9.099/95 e da jurisprudência atual. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

cação pelo Ministério Público pode ser entendida e justificada como exercício de um juízo discricionário de oportunidade tendente a favorecer, como aqui se sustentará, a atuação efetiva do órgão ministerial e o cumprimento substancial – e não meramente formal ou simbólico – de suas funções constitucionais.

Motivam o presente artigo, com efeito, considerações sobre a efetividade da Lei nº 8.429/1992, conceito aqui entendido como atingimento das finalidades políticas e sociais da lei, para além portanto de sua simples eficácia jurídica. Pretende-se expor algumas reflexões úteis ao entendimento e ao desenvolvimento do tema, que – admite-se – é controverso.

2 EFETIVIDADE NA LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO E A IMPROBIDADE EM GERAL

Nosso país, como sabido, experimenta graves disfuncionalidades. Sofre, por exemplo, de excessiva judicialização de conflitos, da conseqüente incapacidade de entregar prestação jurisdicional efetiva, de importantes e recorrentes casos de corrupção, de inoperância estatal crônica, com perda, inclusive, de controle territorial para a criminalidade, problemas que se relacionam e se acumulam, submetendo aos operadores do Direito, em particular às autoridades encarregadas do combate ao crime e à corrupção, um conjunto de desafios que lhes exige buscar novas formas, eficientes e efetivas, de atuação.

A literatura científica oferece, em diferentes ramos do conhecimento, análises de realidades semelhantes à nossa em outros países – são análises incontornáveis, necessariamente multidisciplinares, que propiciam uma visão do mundo atual e de seus desafios. Na Sociologia Criminal, alguns autores já demonstraram a insuficiência ou mesmo a falência de modelos e teorias penais desenvolvidas para sociedades menos populosas e complexas que as atuais. John Hagan, por exemplo, apresentou, já no final do séc. XX, um estudo (*Crime and Disrepute*, 1994³) sobre as mudanças ocorridas nos Estados Unidos e em outros países ocidentais e seu impacto sobre as teorias punitivas. Para o autor, a Sociologia Criminal passa por uma grande transformação, decorrente de mudanças como os avanços tecnológicos, comerciais e competitivos, os novos formatos das políticas públicas e sociais, as novas relações familiares e de gênero – mudanças, entre outras, não imaginadas poucas décadas atrás e que por isso tornam as teorias clássicas obsoletas. Afirma Hagan:

³ HAGAN, John. *Crime and Disrepute*. Sociology for a New Century Series. Thousand Oaks: Time Forge Press, 1994.

Sociological criminology is currently undergoing a transformation linked to societal changes that have outpaced the development of the classical theories. For example, we live in a world of increased technology, trade, and competition, organized in a global economy that was not imagined even two or three decades ago.

[...]

These changes affect the contours of many of the social problems of our society, but the classical sociological theories of crime and disrepute still predate these changes and remain largely unaltered (HAGAN, 1994, p. 59).

Com tradução para o português, Norbert Elias (1994⁴) e Zygmunt Bauman (2007⁵) oferecem análises igualmente relevantes. O primeiro discorre sobre a complexidade da sociedade em rede, e o segundo, sobre o mal-estar do homem pós-moderno. Em nosso país, semelhante estudo teria de considerar o efeito dos escândalos de corrupção e da insegurança pública. Um estudo ainda por fazer seria a revisão de alguns dogmas do Direito Penal liberal, construído a partir do final do séc. XVIII, tendo como contexto sociedades menos populosas e complexas que as atuais. A ideia, por exemplo, de que o Direito Penal atua cada vez que a paz social é rompida não parece ser um parâmetro válido na presente realidade, em que a paz social constitui, em verdade, um mito, ou talvez condição de quem, de um modo ou outro, distancia-se dos acontecimentos. Dogmas como esse compõem teorias punitivas idealistas, desligadas dos problemas da realidade, i.e., não direcionadas a enfrentar efetivamente esses problemas. Elas tendem mesmo a reproduzi-los ou agravá-los, fomentando e justificando a atuação reativa e burocrática das autoridades. Outro dogma a ser desconstruído é o princípio da obrigatoriedade, cujo exame se reserva, neste texto, para o tópico 4.

Cabe, nesta altura, lembrar que no Brasil a renovação das teorias punitivas é uma tarefa pendente ainda não devidamente enfrentada. Basta pensar, por exemplo, nas dificuldades encontradas cada vez que se busca avançar em um debate isento e científico sobre a reforma do Código de Processo Penal, datado, como sabido, de 1941.

Quanto ao problema da excessiva judicialização de conflitos, tem havido estudos interessantes entre autores brasileiros, do ponto de vista, especialmente, da Análise

4 ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

5 BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

Econômica do Direito. Nessa perspectiva, Marcelo Muscogliati (2008⁶) propõe os seguintes questionamentos:

Um ponto aguardando resposta, por exemplo, diz respeito à evidente demanda por decisões judiciais no país e, a partir dessa demanda, merece explicação o comportamento da oferta de decisões judiciais, porque os dados até aqui conhecidos indicam um enorme esforço para que a demanda seja totalmente suprida. Um dos problemas para tanto está justamente na escassez de recursos e nos custos envolvidos. Será que, no mundo real, o excesso de demanda por decisões judiciais se resolve com o excesso de oferta? Há distorções e incentivos? Quanto custa? (MUSCOGLIATI, 2008, p. 70).

Seguindo em sua análise, Muscogliati elenca os incentivos à judicialização identificados em nosso sistema (incentivos para demandar decisões judiciais), a saber: as pessoas podem ir ao Poder Judiciário não para lutar por um direito, mas para explorar a lentidão do sistema e adiar o cumprimento de uma obrigação; as pessoas não encontram outros caminhos para a solução de suas disputas; os governos podem utilizar o sistema para fazer cumprir obrigações e coletar impostos ou para postergar o cumprimento de suas próprias obrigações; os advogados, públicos e privados, são remunerados por demandar e recorrer (MUSCOGLIATI, 2008, p. 77).

No polo oposto (incentivos para entregar decisões judiciais), o autor cita o modo de organização do Poder Judiciário e seus mecanismos internos de controle, baseados no volume global de produção (número de processos, número de sentenças, etc.), e a ideia não declarada de que quanto maior for o número de processos em um órgão judicial, maior será o seu prestígio, justificando, inclusive, maiores recursos financeiros. O mesmo mecanismo se verifica, aliás, do lado da demanda, como explica Muscogliati:

A relevância do tribunal (órgão público) é proporcional ao volume de processos que por ele tramitam e, nos tribunais e órgãos da advocacia pública e do *parquet*, é comum a apresentação de relatórios de gestão evidenciando o grande número de processos em curso, com menor atenção aos mecanismos de gestão eficiente e eficaz para a solução dos problemas a eles apresentados (MUSCOGLIATI, 2008, p. 79).

⁶ MUSCOGLIATI, Marcelo. Demanda e oferta de decisões judiciais. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL – ETCO. *Direito & Economia*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

Pois bem. O crime e a improbidade administrativa são fatos geradores de conflitos (preensões de punição contra os responsáveis) necessariamente judicializáveis caso se pretenda obter responsabilização e punição. A questão a enfrentar, então, parece ser: quais dentre essas condutas é preciso punir, mediante devido processo eficiente e efetivo, como forma de controlar, efetivamente, os níveis dessas transgressões? Isso porque, como sabemos, não há sociedade livre delas; o que, no entanto, não se pode admitir são os níveis atuais de criminalidade e más condutas praticadas na Administração Pública no Brasil.

Como se pode perceber, a análise até aqui desenvolvida serve tanto ao crime quanto à improbidade administrativa, sendo impossível isolar, em um ou outro campo, a constatação sobre a insuficiência das teorias e das práticas punitivas atuais. Altos níveis de transgressões, excesso de processos e escassez de recursos financeiros formam uma combinação que resulta na inefetividade do sistema punitivo. Nesse quadro, a reatividade, a irracionalidade e a morosidade na gestão de casos leva muitas vezes à prescrição ou à não execução de decisões, muitas delas em processos que não são, infelizmente, os menos graves.

Assim, para enfrentar tanto o crime quanto a improbidade, há necessidade de atuação racional e estratégica das autoridades e da aplicação pelo Ministério Público de critérios de oportunidade que permitam priorizar os casos mais graves. Trata-se, como se diz, de discricionariedade regrada, porquanto exercida mediante balizas. No campo da improbidade, as balizas da incidência (e da não incidência) da responsabilidade podem ser estabelecidas por meio da adequada conceituação do ato ímprobo e, em acréscimo, pela aplicação do princípio da insignificância mediante parâmetros que, no caso do Ministério Público Federal, podem ser indicados pela Câmara de Combate à Corrupção (5ª Câmara de Coordenação e Revisão – 5ª CCR). Esse parece ser o melhor caminho para assegurar consistência e justiça, além de efetividade na aplicação da Lei nº 8.429/1992, garantindo assim o cumprimento das funções constitucionais do Ministério Público e respeitando a independência funcional, igualmente prevista na Constituição.

Note-se que esse entendimento adota a premissa de que é lícita e devida a interpretação do texto constitucional ou de qualquer texto legal em seu contexto e segundo suas finalidades. As funções do Ministério Público no combate ao crime e à improbidade devem ser cumpridas mediante adequada consideração da realidade concreta, sob pena de descumprimento do sistema constitucional e legal – ou um cumprimento meramente formal, sem atingimento das finalidades do sistema. O Ministério Público, ademais, está sujeito aos princípios constitucionais da Administração Pública, dentre

eles o da eficiência (art. 37, *caput*), que exige de todas as autoridades envolvidas na persecução ao crime e à improbidade considerações pragmáticas e de resultado.

3 CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Passando à análise do conceito de improbidade administrativa, cabe rever alguns pontos fundamentais da matéria. Algumas questões iniciais relevantes à compreensão da improbidade são: Que natureza e posição tem essa figura entre as categorias tradicionais do Direito? Há algo em comum entre as condutas ímprobas que permita falar em uma categoria jurídica como há, por exemplo, entre os delitos? Esse elemento comum permite indicar um conceito de improbidade administrativa que nos ajude a delimitar sua aplicação?

Ora, na tentativa de responder às questões acima, e buscando elementos nas tradições normativas e conceituais de que nosso sistema deriva, conclui-se que a improbidade administrativa é uma inovação brasileira. A figura não se enquadra, portanto, em nenhuma das categorias ou institutos tradicionais do Direito, que, conseqüentemente, pouco auxílio oferecem, salvo analogias viáveis, como adiante se demonstrará.

Na maioria dos países, a corrupção é combatida e punida por meio do Direito Penal, sendo as infrações menos graves, semelhantes às dos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992, objeto da responsabilização clássica do Direito Civil (responsabilidade por danos) ou da responsabilização disciplinar. Veja-se, por oportuno, que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção não refere a responsabilização por improbidade administrativa.⁷ Indica, no Capítulo III, relativo a “penalização e aplicação da lei”, que os países

⁷ A peculiaridade brasileira levou o país inclusive a postular na ONU o reconhecimento da atuação não penal para fins de cooperação internacional em situações de obtenção de provas e recuperação de ativos. Veja-se o que noticiado pelo Ministério da Justiça: “Brasília, 6/11/15 – A 6ª Conferência das Partes da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (São Petersburgo, Rússia, 02-06/11) aprovou resolução apresentada pelo Brasil sobre o uso de procedimentos não criminais – civis e administrativos – no combate à corrupção. A resolução representa a principal contribuição brasileira à instância decisória máxima da ONU contra a corrupção. A medida consagra trabalho de mobilização que vem sendo desenvolvido pelo Brasil nas Nações Unidas e em outros fóruns internacionais nos últimos anos, como os grupos de trabalho anticorrupção do G20 e da Convenção da Organização dos Estados Americanos (OEA). Desde 2011, Ministério das Relações Exteriores (MRE), Ministério da Justiça (MJ), Controladoria-Geral da União (CGU), Advocacia-Geral da União (AGU) e o Ministério Público Federal (MPF) vinham atuando para convencer a comunidade internacional da necessidade de se avançar no uso de tais procedimentos para o efetivo combate à corrupção. A cooperação internacional para a troca de provas e informações, nos âmbitos civil e administrativo, não é uma obrigação dos Estados Partes da Convenção da ONU, ao contrário da colaboração em matéria criminal. Por isso, o Brasil tem empreendido esforços para ampliar a cooperação internacional, com o objetivo de criar um ambiente favorável entre as autoridades empenhadas no combate à corrupção. No Brasil, a resolução fortalece a aplicação da Lei Anticorrupção e da Lei de Improbidade Administrativa, marcos dos esforços do Estado brasileiro de combate à corrupção. Ela também fortalece a execução de condenações do Tribunal de Contas da União (TCU) e a condução de processos administrativos disciplinares contra agentes públicos acusados de práticas de corrupção. Na prática, a resolução abre caminho para que pedidos de cooperação internacional elaborados por instituições brasileiras, como AGU, CGU e o Ministério Público, na condução desses processos, possam ser atendidos por outros países. A resolução também melhora as condições em que o Brasil pode ajuizar ações civis diretamente em

adotarão medidas para penalizar as condutas mediante caracterização como “delito”. Confira-se o que diz, por exemplo, o artigo 15 da Convenção:

Artigo 15

Suborno de funcionários públicos nacionais

Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometidos intencionalmente:

- a) A promessa, o oferecimento ou a concessão a um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais;
- b) A solicitação ou aceitação por um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais.

Artigo 30

Processo, sentença e sanções

1. Cada Estado Parte punirá a prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção com sanções que tenham em conta a gravidade desses delitos.

Na publicação *Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa*⁸ foi possível sustentar que essa inovação brasileira, ainda que imponha dificuldades conceituais e interpretativas ao nosso operador do Direito, representa uma vantagem e um recurso adicional de combate à corrupção e defesa da moralidade administrativa. Admitiu-se, porém, que a compreensão da figura não é simples e precisa ser feita a partir dos poucos elementos indicados pela Constituição brasileira (art. 37, *caput* e § 4º) e pela lei de regência da matéria (Lei nº 8.429/1992). Afirmou-se, sobre o conceito de improbidade administrativa, o que segue:

tribunais estrangeiros, com o objetivo de recuperar ativos decorrentes de corrupção”. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/brasil-aprova-na-onu-resolucao-de-combate-a-corrupcao>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁸ NOLL BARBOZA, Márcia (Org.). **Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa**: incidência e aplicação da Lei nº 8.429/1992. 2. ed. rev. e atual. Brasília: ESMPU, 2013.

Improbidade administrativa é a caracterização atribuída pela Lei nº 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), a determinadas condutas praticadas por agentes públicos e, também, por particulares que nelas tomem parte. Tal caracterização, que se pode dizer “genérica”, é especificada pelos arts. 9º, 10 e 11 da LIA: o art. 9º define os atos de de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito; o art. 10, os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário; e o art. 11, os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública. Como se vê, a noção que deriva da LIA é bastante abrangente, modificando qualquer referência legal ou teórica que, anteriormente à edição dessa lei, vinculasse o termo “improbidade” à ideia de desonestidade. A partir da LIA, pode-se entender a improbidade administrativa como aquela conduta considerada inadequada – por desonestidade, descaso ou outro comportamento impróprio – ao exercício da função pública, merecedora das sanções previstas no referido texto legal. Cuida-se, portanto, de conduta violadora da ética pública, isto é, do comportamento ético que se espera do agente público (NOLL BARBOZA, 2013, p. 15).

O que se observou, na ocasião, foi que não há na Lei nº 8.429/1992, nem em qualquer outro texto legal, um critério geral de improbidade administrativa que permita balizar a aplicação dos arts. 9º, 10 e 11. Defendeu-se, porém, que tanto o constituinte, ao inserir o art. 37, § 4º, na Constituição, quanto o legislador, ao elaborar a Lei nº 8.429/1992, em concretização ao referido ditame constitucional, expressaram a vontade política do país na direção do adequado gerenciamento da coisa pública. Entendeu-se, nessa linha, que a Lei nº 8.429/1992 alcança não apenas os atos de desonestidade mas também os de descaso (ineficiência grave) do agente público para com o interesse público ou outros comportamentos considerados antiéticos. Apontou-se, assim, como critério geral identificador da improbidade, o padrão do comportamento ético que se espera do agente público, combinado com um juízo de proporcionalidade em relação às sanções previstas na Lei nº 8.429/1992:

Assim, podemos adotar como norte, sobretudo em casos de dúvidas (mais comuns em relação à incidência dos arts. 10 e 11), o padrão de comportamento ético que se espera do agente público em nosso País, considerando, para isso, o atual grau de desenvolvimento de nossa cul-

tura política, bem como, por fim, a relação de proporcionalidade com as sanções previstas na LIA (NOLL BARBOZA, 2013, p. 17)⁹.

Esse entendimento coincide com o de autores que identificam improbidade em casos de ineficiência grave, mas não em situações de mera ilegalidade. Para Medina Osório, por exemplo, que também percebe a improbidade como infração ético-jurídica, o critério geral seria o da má-gestão grave:

O fenômeno que designamos como improbidade administrativa, no direito administrativo brasileiro [...], define-se como a má gestão gravemente desonesta ou gravemente ineficiente, por ações ou omissões, dolosas ou culposas, de agentes públicos no exercício de suas funções (MEDINA OSÓRIO, 2013, p. 381).

Nessa linha, finalmente, a probidade pode ser entendida como boa gestão, e não apenas como honestidade, conforme defendem Garcia e Pacheco:

A concepção de boa gestão administrativa [...] confere igual importância e intensidade a referenciais instrumentais e finalísticos. Em outras palavras, a boa gestão exige tanto a satisfação do interesse público, como a observância de todo o balizamento jurídico [...]. O amálgama que une meios e fins, entrelaçando-os e alcançando uma unidade de sentido, é justamente a probidade administrativa (GARCIA; PACHECO ALVES, 2011, p. 58).

Essas indicações permitem direcionar a aplicação da Lei nº 8.429/1992 às condutas em que se observa, de forma nítida, inobservância do comportamento ético esperado do agente público. Para identificar essas condutas, é necessário considerar elementos objetivos e, sobretudo, subjetivos, como má-fé ou descaso (presente na ineficiência grave). Na ausência desses elementos, não cabe pretender a responsabilização por improbidade administrativa. Isso porque nesses casos não há, como aqui se sustenta, ato ímprobo.

⁹ Sobre a aplicação do juízo de proporcionalidade em matéria de improbidade administrativa, veja-se AMORIM JÚNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. **Improbidade Administrativa**: procedimento, sanções e aplicação racional. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 74 e ss.

4 OS PARÂMETROS DE INSIGNIFICÂNCIA INDICADOS PELA CÂMARA DE COMBATE À CORRUPÇÃO (5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – 5ª CCR)

Na avaliação sobre o cabimento da responsabilização, pode-se utilizar, ainda, como critério adicional, o princípio da insignificância. Trata-se, como sabido, de construção doutrinária (Claus Roxin, 1964) que procurou afastar da incidência do Direito Penal os chamados “crimes de bagatela”, condutas que, como proposto, não devem ser consideradas típicas, ainda que se enquadrem, aparentemente ou formalmente, em tipos penais.¹⁰ O princípio da insignificância atua, desse modo, como um componente da Teoria do Delito, independente de positividade, para assegurar a aplicação justa e adequada do Direito Penal, de acordo com o princípio da intervenção mínima.

É interessante que tal formulação, introduzida na década de 1960, ainda que inteiramente inserida na matriz teórica penal de tipo liberal, nascida com os postulados liberais do final do séc. XVIII, distanciou-se significativamente do positivismo jurídico de Hans Kelsen, que defendia que o Direito fosse operado de maneira puramente científica. O que talvez justifique esse distanciamento seja o contexto da Alemanha da década de 1960. É possível que a teoria tenha resultado de uma visão pragmática, não idealista do direito, por encontrar-se o país em momento de reconstrução pós-guerra.

Passando à realidade do Brasil, em que os problemas, embora diferentes, são muitos, não se pode deixar de trabalhar com pragmatismo, inclusive por determinação do princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*), como já antecipado. Isso, por outro lado, sem abandonar a segurança de importantes postulados. Veja-se contudo, quanto ao princípio da obrigatoriedade, antes referido, que sua alegada existência não resiste a uma análise de princípios e regras em nosso sistema. Ele, de fato, não se encontra previsto em lugar algum, não deriva de outro princípio do sistema, nem faz parte dos postulados fundamentais do Direito Constitucional moderno, admitidos independentemente de positividade.

¹⁰ Conforme ressalta Odone Sanguiné (1990, p. 39), o princípio da insignificância deve ser atribuído a Claus Roxin, que o “formulou como base de validade geral para a determinação do injusto a partir de considerações sobre a máxima latina *minima non curat praetor*”. No ponto, lembrando que a doutrina brasileira diverge quanto à importância do Direito romano na formulação de Roxin, Marco Antônio Ribeiro Lopes (1999, p. 87) esclarece: “Roxin propôs uma solução mediante um recurso de interpretação restritiva dos tipos penais. Formulou, então, no ano de 1964, o princípio da insignificância (das Geringfügigkeitsprinzip), como princípio de validade geral para a determinação do injusto. Conquanto já tenha criticado a origem do princípio a partir do brocardo latino *minima non curat praetor*, é certo que Roxin dele se valeu, não para justificar a origem, mas como ponto de apoio intelectual e operacional para criação do princípio”.

Observe-se o que afirmou Muscogliati sobre o dito princípio, em voto vencedor no Conselho Institucional do Ministério Público Federal (CIMPF) (Procedimento nº 1.17.002.000107/2015-70), órgão que examina irresignações contra decisões das Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF:

Trata-se de um equívoco com 75 anos de idade e com resultados estatísticos desastrosos para o sistema jurídico brasileiro. A prova disso está na falha sistêmica registrada nestas mais de 7 décadas de reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição em milhares de casos criminais, nos milhares de casos que só são decididos definitivamente muitos anos depois dos fatos, na carência constante de recursos de toda ordem para reprimir atos ilícitos criminais.

Na oportunidade, atuando como integrante do CIMPF e coordenador da Câmara de Combate à Corrupção (5ª CCR), órgão superior de coordenação e revisão da atuação dos membros do MPF, propôs

repensar o problema a partir do nosso sistema constitucional e reconsiderar a obrigatoriedade do ajuizamento da ação penal pública à luz, justamente, da ineficiência do sistema de prestação jurisdicional brasileiro e como a prosecutorial discretion pode contribuir para salvar recursos escassos e tomar a repressão penal mais útil e eficaz.

Nessa linha, a 5ª CCR, buscando oferecer as diretrizes necessárias à aplicação do princípio da insignificância na improbidade administrativa, aprovou a Orientação nº 3.

Orientação nº 3

A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, em sua 945ª Reunião Extraordinária, realizada em 15 de março de 2017, deliberou pela conversão do Enunciado nº 34 em Orientação nº 3, segundo a qual: “O combate à corrupção privilegiará os casos em que o prejuízo ao erário ou o enriquecimento ilícito, atualizado monetariamente, seja superior a vinte mil reais, tendo em vista os princípios da proporcionalidade, da eficiência e da utilidade. Nos casos em que o prejuízo for inferior, é admissível a promoção de arquivamento sujeita à homologação da 5ª Câmara, ressalvadas também as situações em que, a despeito da baixa repercussão patrimonial, verifique-se a ofensa significativa a princípios ou a bens de natureza

imaterial mercedores de providências sancionatórias, no campo penal e/ou da improbidade administrativa”.

Com base na orientação estabelecida, a Câmara tem homologado arquivamentos a ela submetidos. Confirmam-se, a seguir, algumas ementas.

Inquérito Policial nº 00145/2014

Procuradoria da República no Amapá.

Relator: José Osmar Pumes.

Ementa: Promoção de Arquivamento. Inquérito Policial. Instituto federal de educação, ciência e tecnologia do amapá (IFAP). Suposto furto de "tablet" proveniente de doação do fundo nacional de desenvolvimento da educação (FNDE). Diligências. Ausência de indícios de autoria delitativa. Baixa repercussão patrimonial (R\$ 461,99). Orientação nº 3 da 5ª CCR. Homologação. Adoto as razões expostas na promoção de arquivamento para votar por sua homologação.

Deliberação: O colegiado, à unanimidade, deliberou pela homologação do arquivamento, nos termos do voto do relator.

984ª Sessão, de 08 de março de 2018.

Procedimento nº 1.24.001.000016/2014-29

Procuradoria da República no Município de Campina Grande/PB.

Relator: José Osmar Pumes.

Ementa: promoção de arquivamento. Inquérito civil. Município de Picuí/PB. Irregularidades na aplicação de recursos repassados pelo Ministério da Saúde. Relatório de fiscalização da CGU nº 38033. 1) Aquisição de medicamentos excepcionais com preço superior ao recomendado pela câmara de regulação do mercado de medicamentos (CMED); 2) itens de serviços pagos, mas não executados ou executados em desconformidade com o projeto técnico da obra relativa à construção da unidade básica de saúde. Diligências. Esclarecimentos prestados pela prefeitura municipal. Possível desconhecimento da lista de preços produzida pela CMED. Verossimilhança da alegação. Regulamentação bastante específica. Município de pequeno porte que carece de corpo técnico qualificado. Valores pagos não destoam muito do parâmetro fixado. Não constatação de dolo/má-fé. Informações prestadas pelo Ministério da Saúde. Objeto cumprido. Obra concluída e que possui funcionalidade. Itens impugnados somam pouco mais de R\$ 5.000,00. Baixa repercussão patrimonial. Aplicação

da orientação nº 3 da 5ª CCR. Não configuração de crime. Homologação. Adoto as razões expostas na promoção de arquivamento para votar por sua homologação.

Deliberação: O Colegiado, à unanimidade, deliberou pela homologação do arquivamento, nos termos do voto do relator.

984ª Sessão, de 08 de março de 2018.

A 5ª CCR não homologa, entretanto, casos em que identifica outras razões para o prosseguimento do feito, como no caso que segue.

Procedimento nº 1.23.000.000144/2017-62.

Procuradoria da Republica em Castanhal/PA.

Relator: Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho

Ementa: 1. Promoção de arquivamento. Inquérito Civil Público. 2. Denasus. Município de Marituba/PA. Relatório de auditoria nº 9628/2010. 3. Supostas irregularidades. 4. Constatação nº 86049: despesas efetuadas sem licitação, no valor de R\$ 7.520,00, com indícios de fracionamento; constatação nº 86029: despesas efetuadas sem licitação, no valor de R\$ 12.667,45, com indícios de fracionamento. Constatação nº 86022: despesas efetuadas sem licitação, no valor de R\$ 35.085,79, para fornecimento de combustível. Constatação nº 88204: realização de dispensas de licitação no exercício de 2009, sem observância dos requisitos legais. Constatação nº 85746: despesas com aquisição de gêneros alimentícios pela empresa CIE, efetuadas sem licitação, com indícios de fracionamento, no valor de R\$ 18.839,56. 5. Inaplicabilidade da Orientação nº 3. 6. Retorno dos autos à PRM de origem para adoção de medidas cíveis, criminais e ressarcitórias, redistribuindo-se o feito, se assim entender o procurador oficiante.

[...]

Deliberação: O colegiado, à unanimidade, deliberou pela conversão em diligência, nos termos do voto do relator.

982ª Sessão, de 22 de fevereiro de 2018.

No caso acima, a Câmara colheu a oportunidade para mais uma vez indicar que a Orientação nº 3 se destina a privilegiar o combate aos casos em que o prejuízo ao erário ou o enriquecimento ilícito, atualizado monetariamente, seja superior a vinte mil reais, tendo em vista os princípios da proporcionalidade, da eficiência e da utilidade. Nos casos em que o prejuízo for inferior, é admissível a promoção de arquivamento sujeita

à homologação da Câmara, ressalvadas também as situações em que, a despeito da baixa repercussão patrimonial, verifique-se a ofensa significativa a princípios ou a bens de natureza imaterial mercedores de providências sancionatórias no campo penal e/ou da improbidade administrativa.

A ênfase dada pela 5ª CCR à efetividade pode ser notada, ainda, na edição da Orientação nº 4.

Orientação nº 4

A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, em sua 945ª Reunião Extraordinária, realizada em 15 de março de 2017, deliberou pela aprovação da Orientação nº 4, segundo a qual: “A antiguidade do fato investigado, o esgotamento das diligências investigatórias razoavelmente exigíveis ou a inexistência de linha investigatória potencialmente idônea, adequadamente sopesados no caso concreto, justificam o arquivamento da investigação, sem prejuízo de sua reabertura diante de novos elementos”.

Vejam-se, a seguir, algumas decisões em aplicação à Orientação nº 4.

Inquérito Policial nº 00453/2014

Procuradoria da República no Município de Arapiraca/AL.

Relator: Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho.

Ementa: promoção de arquivamento. Inquérito Policial. Município de Olho d'Água do Casado/AL. FNDE. Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE. Exercícios de 2005 e 2006. Supostos crimes do artigo 1º, incisos i e v do decreto lei 201/67 e artigos 90, 92 e 93 da lei 8.666/93. Relatório de fiscalização CGU nº 874/2006. Diligências realizadas. Prestações de contas aprovadas. Esgotamento das diligências razoavelmente exigíveis. Aplicação da orientação nº 4. Não há indícios de malversação. Homologação do arquivamento.

Deliberação: o colegiado, à unanimidade, deliberou pela homologação do arquivamento, nos termos do voto do relator.

984ª Sessão, de 08 de março de 2018.

Procedimento nº 1.13.002.000288/2013-11.

Procuradoria da República no Município de Maracanaú/CE.

Relator: Renato Brill de Goes.

Ementa: Promoção de Arquivamento. Procedimento Preparatório. TCU. Acórdão. Ex-prefeito do município de Paramoti/CE. Convênio celebrado com a Funasa para implementação de sistema de abastecimento de água no município. Não comprovação da regular aplicação das verbas públicas federais repassadas. Ajuizada ação de improbidade administrativa. Ausência de registro das medidas adotadas no âmbito penal. Retorno dos autos à origem para aplicação do enunciado nº 4/5ª CCR. Cumprimento. Existência de Inquérito Policial que apura os fatos. Homologação.

Deliberação: O colegiado, à unanimidade, deliberou pela homologação do arquivamento, nos termos do voto do relator.

984ª Sessão, de 08 de março de 2018.

Procedimento nº 1.13.002.000288/2013-11.

Procuradoria da República no Município de Tefé/AM.

Relatora: Monica Nicida Garcia.

Ementa: Promoção de Arquivamento. Inquérito Civil. Município de Tefé/AM. Suposta malversação de verbas públicas federais. Irregularidades na prestação de contas do convênio nº 2253/2006, firmado em 31/12/2006 entre a municipalidade e o ministério da saúde, para construção de unidade básica de saúde. Diligências efetuadas. Obra concluída. Fatos antigos. Esgotamento das diligências. Inexistência de linha investigatória potencialmente idônea. Incidência da Orientação nº 4 da 5ª CCR. Ausência de indícios da prática de ato de improbidade administrativa ou crime. Medidas de ressarcimento ao erário. Ausência de manifestação. Pelo retorno dos autos para cumprimento do enunciado nº 8 da 5ª CCR.

Deliberação: o colegiado, à unanimidade, deliberou pela conversão em diligência, nos termos do voto da relatora. 984ª Sessão, de 08 de março de 2018.

5 CONCLUSÕES

No presente artigo, procurou-se demonstrar que uma adequada compreensão do conceito de improbidade administrativa permite afastar a incidência da Lei nº 8.429/1992 sobre infrações leves, que assim não são consideradas ímprobadas, e que o princípio da insignificância, como critério adicional, também pode ser aplicado para afastar tal incidência por razões de oportunidade e efetividade.

Buscou-se demonstrar, também, que há necessidade de atuação racional e estratégica das autoridades e da aplicação pelo Ministério Público de critérios de oportunidade que permitam priorizar os casos mais graves. Trata-se de discricionariedade regrada, sendo que balizas da incidência (e da não incidência) da responsabilidade por improbidade podem ser estabelecidas, como se disse, por meio da conceituação do ato ímprobo e de parâmetros de insignificância como os indicados pela Câmara de Combate à Corrupção (5ª Câmara de Coordenação e Revisão – 5ª CCR).

Ainda, para fins de aplicação do princípio da insignificância no âmbito do Ministério Público Federal, defendeu-se que sejam de fato observados os critérios indicados pela 5ª CCR, como forma de assegurar consistência, justiça e efetividade na aplicação da Lei nº 8.429/1992, garantindo o cumprimento das funções constitucionais do Ministério Público e respeitando a independência funcional.

REFERÊNCIAS

AMORIM JÚNIOR, Sílvio Roberto Oliveira de. **Improbidade Administrativa**: Procedimento, sanções e aplicação racional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

GARCIA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HAGAN, John. **Crime and Disrepute**. Sociology for a New Century Series. Thousand Oaks: Time Forge Press, 1994.

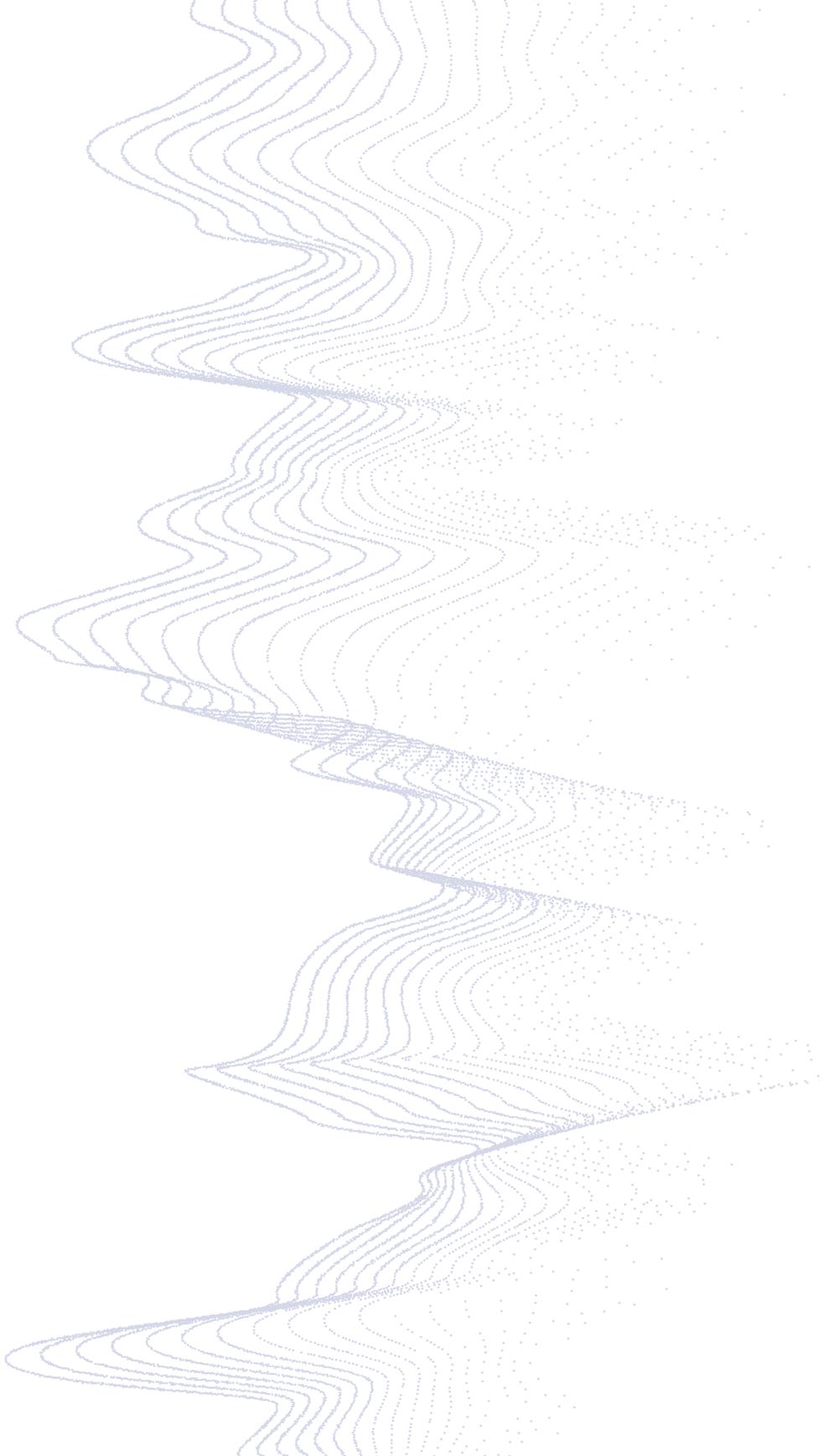
LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**: análise à luz da Lei nº 9.099/95 e da jurisprudência atual. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MUSCOGLIATI, Marcelo. Demanda e oferta de decisões judiciais. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL – ETCO. **Direito & Economia**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

NOLL BARBOZA, Márcia (Org.). **Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa**: incidência e aplicação da Lei nº 8.429/1992. 2. ed. rev. e atual. Brasília: ESMPU, 2013.

SANGUINÉ, Odone. **Observações sobre o princípio da insignificância**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990. (Fascículos de Ciências Penais, v. 3, n. 1).



6 A INELEGIBILIDADE COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Nicolao Dino¹

Resumo: Este artigo se propõe a analisar os reflexos das condenações judiciais por atos de improbidade administrativa na participação dos cidadãos na esfera pública, em especial na formação dos requisitos necessários à capacidade eleitoral passiva. Buscando garantir a moralidade para o exercício de mandato eletivo, a Constituição Federal outorgou ao legislador complementar competência para fixar hipóteses de inelegibilidade. Nos termos da LC nº 64/1990, art. 1º, I, alínea I, a condenação por ato doloso de improbidade implica inelegibilidade, ou seja, restringe a capacidade eleitoral ativa. Trata-se de inelegibilidade como efeito secundário da condenação, a ser aferida pela Justiça Eleitoral no momento do registro de candidaturas a cargos eletivos. Partindo do comando legal que complementa o disposto no art. 14, § 9º, CF, analisam-se pontos controvertidos envolvendo a incidência da norma, tais como o lapso temporal da inelegibilidade, a desnecessidade de cumulação dos elementos **lesão ao patrimônio público** e **enriquecimento ilícito**, na condenação por improbidade administrativa e os limites da cognição da Justiça Eleitoral diante dos fatos ensejadores da condenação por improbidade administrativa na Justiça Comum.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Inelegibilidade. Justiça Eleitoral. Limites cognitivos.

Abstract: *This study examines the effects of judicial conviction for administrative misconduct in the rights of political participation, mainly the conditions to be voted in any election. In order to guarantee morality in elective offices, Brazilian Federal Constitution allowed the Parliament to establish a series of requirements of eligibility and ineligibility. According to the specific Brazilian Complementary Law (64/1990, article 1st, item I, letter I) ineligibility is an important effect of judicial conviction for intentional administrative misconduct. In other words, a convicted person cannot be voted for any public office. This is a kind of ineligibility, as a secondary effect of judgments, which must be verified by Electoral Courts, in the exact moment of registration of candidacy. From constitutional standpoint – article number 14 of the Brazilian Constitution – this study analyses law controvertial issues, such as ineligibility period of time penalty's period of time, the non-accumulation of requirements (unlawful enrichment or loss to Treasury) whenever people are sentenced for administrative misconduct and, finally, the Electoral Justice cognitive limits.*

Keywords: *Administrative misconduct. Ineligibility. Electoral Justice. Cognitive limits.*

¹ Subprocurador-Geral da República. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição da República confere tratamento privilegiado à moralidade, qualificando-a como um dos princípios reitores da Administração e, pois, como elemento essencial à legitimação da conduta de agentes públicos.

Tal comando teria pouca relevância e exerceria papel meramente ornamental, não fosse a previsão de mecanismos de concretização dessa explícita vontade constitucional. Exatamente por isso, a Carta de 1988 já define, no art. 37, § 4º, um conjunto de medidas relativas aos atos comprometedores do dever de probidade, buscando adequada resposta estatal ao fenômeno da corrupção política, do qual a improbidade administrativa é espécie. Tem-se ali o baldrame para que, em nível legal, haja o delineamento das diversas condutas caracterizadoras de improbidade administrativa – que importam enriquecimento ilícito, dano ao erário e ofensa aos princípios regedores da administração – e suas respectivas cominações – suspensão de direitos políticos, perda de cargo ou função pública, multa, proibição de contratar com o poder público e de receber incentivos fiscais ou creditícios, ressarcimento do dano e indisponibilidade de bens.²

A Constituição foi além. Empenhada na promoção do regime democrático e na legitimação da representação política, a Carta, no art. 14, § 9º, acentua a importância da moralidade como elemento essencial à participação na vida pública, outorgando ao legislador complementar a tarefa de fixar hipóteses de inelegibilidade, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato.

Mais de vinte e cinco anos de vigência da Lei nº 8.429, de 1992, não foram suficientes para dissipar dúvidas e controvérsias acerca da aplicação desse vigoroso instrumental normativo de combate à improbidade administrativa, bem como sobre seus reflexos noutras searas, como a eleitoral. Nem poderia ser diferente, pois, afinal, a questão envolve o manejo de conceitos jurídicos com elevado grau de indeterminabilidade, como o é o próprio termo jurídico improbidade, demonstrável a partir de cláusulas gerais como moralidade, honestidade, boa-fé e lealdade, as quais são adensadas em tipos legais agrupados com base na produção de enriquecimento ilícito, na ocorrência de dano ao erário e na violação aos princípios regedores da Administração Pública.

² O ressarcimento do dano e a indisponibilidade de bens não têm natureza sancionatória. A primeira medida é consequência do ato ilícito, com função de recuperação do prejuízo causado ao patrimônio público; a segunda tem natureza acautelatória, com vistas à utilidade e à efetividade de ulterior condenação. (cf. RESP nº 1.366.721/BA, Rel. p/o acórdão Min. Og Fernandes, DJe 19.9.2014; AgRg no RESP Nº 1.310.876/df, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 30.11.2016; RESP nº 1.529.688/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 23.8.2016)

Entre tantos recortes possíveis, em tema tão amplo quanto controverso, este trabalho se propõe a analisar os reflexos das condenações judiciais por atos de improbidade administrativa na participação dos cidadãos na esfera pública, em especial na formação dos requisitos necessários à capacidade eleitoral passiva.

2 A CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS POLÍTICOS

Seguindo na trilha aberta pelo art. 37, § 4º, CF, a Lei nº 8.429/1992 estabelece, no art. 12, incisos I a IV, que os responsáveis por atos de improbidade administrativa estão sujeitos às cominações ali elencadas, entre as quais desponta a sanção de suspensão de direitos políticos, cujo prazo varia de oito a dez anos (em relação a atos de improbidade que impliquem enriquecimento ilícito), de cinco a oito anos (em relação a atos de improbidade que importem prejuízo ao erário ou relativos à concessão ou à aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário) e de três a cinco anos (em relação a atos de improbidade que atentem contra os princípios da Administração Pública). Tal sanção pode ser aplicada isolada ou cumulativamente, à luz da gravidade da conduta, em consonância com o princípio da proporcionalidade.

Conforme assinei em edição comemorativa dos dez anos da Lei de Improbidade Administrativa³, os direitos políticos possuem natureza fundamental, sendo classificados como de direitos de primeira dimensão (direitos de liberdade), visto que, numa perspectiva histórica, constituem marco de afirmação e resistência do indivíduo em relação ao Estado. São direitos oponíveis ao Estado, representando a fase preambular do constitucionalismo ocidental.

De um modo geral, os direitos políticos espelham o direito público subjetivo de participação no processo político, viabilizando a concretização do princípio da soberania popular. O gozo dos direitos políticos possibilita ao indivíduo o direito de votar e de ser votado (amplo exercício do poder do sufrágio), bem como o direito de exercer cargos públicos. A regra, no Estado Democrático de Direito, é o pleno exercício dos direitos políticos, pois, como observa Canotilho, “a ideia da perda dos direitos fundamentais pode conduzir à ‘morte cívica’ do cidadão, o que é completamente incompatível com o sentido objectivo e subjectivo do catálogo dos direitos, liberdades e garantias [...]”⁴

³ SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (Org.) **Improbidade Administrativa – 10 anos da Lei nº 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey e ANPR, 2002, p. 335-392.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 433.

Expressando com fidelidade essa diretriz, a Constituição Federal inicia o *caput* do art. 15, assinalando ser *vedada a cassação de direitos políticos*. A regra geral comporta estritas exceções, elencadas em *numerus clausus*, nos incisos desse preceito constitucional. A privação (perda e suspensão) dos direitos políticos somente pode ocorrer nas hipóteses ali apontadas.

A perda dos direitos políticos implica sua privação definitiva, ocorrendo nos casos descritos nos incisos I e IV do art. 15, CF. A suspensão, como o próprio nome está a indicar, implica privação temporária dos direitos políticos, os quais podem ser novamente exercitados, uma vez cessada sua causa determinante. Dá-se a suspensão dos direitos políticos nas hipóteses referidas nos incisos II, III e V do art. 15, CF.⁵ O indivíduo privado dos seus direitos políticos não pode votar, nem ser votado, tampouco pode ocupar cargo público, o que revela que tal sanção é mais incisiva que a inelegibilidade, eis que esta última implica apenas restrição à capacidade eleitoral passiva.

A condenação por ato de improbidade administrativa repercute, como se vê, nos atributos da cidadania, restringindo a capacidade de participação na vida pública. Como acima mencionado, o indivíduo, em tal condição jurídica, não pode exercer função pública; não pode votar, nem ser votado, tudo como decorrência direta do trânsito em julgado da decisão judicial condenatória. Não é só, porém. Considerando o disposto no art. 14, § 9º, CF, a Lei Complementar nº 64, de 1990, veicula uma hipótese de inelegibilidade diretamente atrelada às condenações judiciais por atos de improbidade administrativa. Trata-se do art. 1º, inciso I, alínea I, segundo o qual são inelegíveis, para qualquer cargo,

[...] 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.

Esse dispositivo contempla alteração ditada pela Lei Complementar nº 135, de 2010, conhecida por “Lei da Ficha Limpa”, fruto de exitoso projeto de iniciativa popular, com o objetivo de reforçar o sistema de inelegibilidades, em prol da preservação da cláusula da moralidade para o exercício de mandato eletivo, prevista no art. 14, § 9º, CF. Trata-se de inelegibilidade que surge como efeito secundário de condenação imposta em outra

⁵ Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5. ed. São Paulo: RT, 1989, p. 331, e MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 243. Sustentando que a recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa constitui hipótese de suspensão de direitos políticos, confira: MENDES, Antônio Carlos. **Introdução à Teoria das Inelegibilidades**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 83.

esfera de jurisdição, e que, portanto não vem expressamente cominada nesse título judicial. Tal inelegibilidade permanece em estado de latência, e será aferida pela Justiça Eleitoral por ocasião de eventual pedido de registro de candidatura a cargo eletivo, a partir de impugnação do Ministério Público, de candidato, coligação, partido político ou, até mesmo, de ofício (LC nº 64/1990, arts. 2º e 3º).

É importante não confundir a inelegibilidade que decorre da condenação por ato de improbidade administrativa com a sanção de suspensão de direitos políticos, prevista nos diversos incisos do art. 12 da Lei nº 8.429/1992. Conforme já foi afirmado, a suspensão de direitos políticos suprime, por período determinado, a *dimensão cidadã*, visto que o indivíduo fica privado de votar e ser votado, bem como de exercer qualquer função pública. Já a inelegibilidade fulmina a faceta passiva do poder de sufrágio, ou seja, implica apenas restrição à capacidade eleitoral passiva. Dessa forma, na estrita regra da alínea I, é inelegível aquele que for condenado pela Justiça Comum, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, à sanção de suspensão de direitos políticos, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito.

Não são poucas as controvérsias relativas a essa hipótese de inelegibilidade, cujo fato gerador é a condenação por ato de improbidade administrativa. Pelo menos três importantes questões merecem reflexão mais detida: a) o lapso temporal da inelegibilidade; b) a exigência, ou não, da cumulação dos elementos *lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito* na condenação pela improbidade administrativa; e c) os limites da cognição da Justiça Eleitoral ante os fatos ensejadores da condenação por improbidade administrativa. A esses temas serão dedicados os tópicos seguintes.

2.1 O lapso temporal da inelegibilidade – termo inicial e termo final

Nos termos do art. 1º, inciso I, alínea I, da LC nº 64/1990, com a redação da LC nº 135, de 2010, o prazo de inelegibilidade conta-se do trânsito em julgado da condenação ou da decisão de órgão colegiado, até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena.

É preciso esclarecer pontos relevantes. Enquanto o início do cumprimento da sanção de suspensão de direitos políticos, que se dá na esfera da Justiça Comum, pressupõe o trânsito em julgado da condenação (Lei nº 8.429/1992, art. 20), a incidência da causa de inelegibilidade, a ser aferida pela Justiça especializada por ocasião de even-

tual registro de candidatura, se dá com o trânsito em julgado da condenação ou com decisão proferida por órgão colegiado.

A “Lei da Ficha Limpa” avançou significativamente no sentido da máxima realização da cláusula constitucional da promoção da moralidade para o exercício do mandato. Dando primazia a pronunciamentos judiciais de órgãos colegiados, a regra legal parte do pressuposto de que, a partir das decisões de tribunais de segundo grau, há um juízo de certeza quanto à ocorrência do fato caracterizador de improbidade administrativa, insuscetível de revisão probatória em instância superior (ST), Súmula nº 7), o que é suficiente, por si, para produzir o efeito da inelegibilidade. Dessa forma, têm-se dois momentos para o início da fluência do prazo da inelegibilidade em tela: o trânsito em julgado da decisão condenatória de primeiro grau, por ato doloso de improbidade, ou o julgamento por órgão colegiado competente⁶ (acórdão condenatório por ato doloso de improbidade).

Quanto ao termo final do prazo de inelegibilidade, estabelece o preceito legal em referência que essa restrição à capacidade eleitoral passiva prolonga-se por oito anos após o cumprimento da pena. Nesse ponto, há que se entender como “cumprimento de pena” não apenas a sanção de suspensão de direitos políticos imposta no título judicial. Tal visão reducionista não se coaduna com a regra que fixa um plexo de sanções por atos de improbidade administrativa, as quais, nos termos do art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa. Ora, se o diploma legal pertinente à promoção da probidade administrativa fixa um conjunto de penas (suspensão de direitos políticos, perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda de função pública, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público, proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios) — e não somente uma pena — é imperioso intuir que a inelegibilidade produz efeitos até o decurso do prazo de oito anos após o cumprimento de todas as penas que forem cominadas na decisão judicial condenatória proferida na ação de improbidade administrativa. Essa é, também, a conclusão a que chegou o Tribunal Superior Eleitoral, na Consulta nº 336-73, julgada em 3 de novembro de 2005.⁷ A jurisprudência do TSE mantém-se estável neste

⁶ A jurisprudência do TSE exige a publicação do acórdão condenatório (v.g. RESPE nº 892-18, rel. Min. Dias Toffoli, DJE 4.8.2014).

⁷ Vale transcrever o seguinte trecho do voto do ministro Henrique Neves, nessa Consulta: “Por isso, havendo norma expressa na lei de improbidade administrativa que considera as consequências pela prática de atos de improbidade como penas, a interpretação da parte final da alínea /do art. 10, 1, da LC nº 64/90 não pode ser feita à margem da norma que trata de forma específica a matéria. Dessa forma, para efeito da aferição do término da inelegibilidade prevista na parte final da mencionada alínea 1, o cumprimento da pena deve ser compreendido como a atenção e suprimento de todas as consequências e imposições expressas nos incisos 1, II e III do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa que tenham sido consignadas no título condenatório. Registro, a propósito, que entendimento análogo tem sido reconhecido em relação à aplicação da inelegibilidade prevista na alínea e do art. 11, 1, da LC nº 64/90 quando se trata de aferir o cumprimento da pena imposta em ação penal, na qual se tenha imputado sanção privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa.” (Consulta nº 336-73/DF, Rel. ministra Luciana Lóssio). A relatora alinhou seu voto ao entendimento esposado pelo Min. Henrique Neves, sendo a consulta respondida unanimemente, nos termos ora assinalados.

particular, do que é exemplo o acórdão no RESPE nº 231-84, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 1º.2.2018, em cuja ementa se lê:

[...] 8. Para efeito da aferição do término da inelegibilidade prevista na parte final da alínea I do inciso I do art. 10 da LC nº 64/90, o cumprimento da pena deve ser compreendido não apenas a partir do exaurimento da suspensão dos direitos políticos e do ressarcimento ao erário, mas a partir do instante em que todas as cominações impostas no título condenatório tenham sido completamente adimplidas, inclusive no que tange à eventual perda de bens, perda da função pública, pagamento da multa civil ou suspensão do direito de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente. [...]

2.2 A desnecessidade de cumulação dos elementos lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, na condenação por improbidade administrativa

Repita-se, para contextualização, que, nos termos da alínea I do art. 1º, inciso I, da LC nº 64/1990, são inelegíveis “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 [...]”

De relance, a literalidade do preceito normativo em tela sugere equivocadamente ao intérprete-aplicador a ideia de que incidirá inelegibilidade apenas se a condenação por improbidade administrativa apontar a presença simultânea de dano ao erário e enriquecimento ilícito. Esse entendimento prevaleceu na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral tanto nas eleições de 2014 como nas eleições de 2016. No RESPE nº 49-32, Rel. Min. Luciana Lóssio, julgado em 18 de outubro de 2016, o TSE, em linha contrária ao posicionamento defendido pelo Ministério Público Eleitoral, assentou que:

[P]ara a incidência da alínea I do art. 1º do inciso I da LC nº 64/90, é necessária a condenação por ato doloso de improbidade administrativa que implique, concomitantemente, lesão ao erário e enriquecimento ilícito, em proveito próprio ou de terceiro, ainda que tal reconhecimento não conste no dispositivo da decisão judicial (RO nº 1408-04el. Min. Maria Thereza, PSESS de 22.10.2014; RO nº 380-23/MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, PSESS de 11.9.2014).

Há fortes e consistentes razões para a superação desse entendimento. Impõe-se o *overruling* em relação a esse tema, privilegiando-se critérios de interpretação sistemática e teleológica, em desapego à interpretação literal, que, como acima enfatizado, leva à compreensão equivocada de que somente haveria inelegibilidade quando o ato doloso de improbidade administrativa ensejar simultaneamente dano ao erário e enriquecimento ilícito.

O equívoco interpretativo parte da falsa ideia de que o uso da partícula “e” implicaria, sempre e necessariamente, uma ideia de concomitância. Assim não é, contudo. Na linguagem comum, o uso de pressuposições não é homogêneo. Como observa Umberto Eco, as “pressuposições fazem parte da informação dada por um texto; estão sujeitas a acordo recíproco por parte do locutor e do ouvinte e formam uma espécie de *moldura textual* que determina o ponto de vista a partir do qual se desenvolverá o discurso”.⁸ Entretanto, para além da “moldura textual”, a compreensão do texto não se aparta do “contexto”. Prossegue Umberto Eco:

Para poder compreender um texto, o leitor deve 'preenché-lo' com uma quantidade de inferências textuais, conectadas com um amplo conjunto de pressuposições definidas por um dado contexto (base de conhecimento, suposições de fundo, construção de esquemas, ligações entre esquemas e texto, sistema de valores, construção do ponto de vista, e assim por diante).⁹

Por isso, a partícula “e”, no dispositivo legal em análise, não deve direcionar o intérprete-aplicador da norma para a ideia de concomitância necessária¹⁰. Uma vereda interpretativa com base teleológica leva a conclusão diversa, para considerar-se caracterizada a inelegibilidade quando há dano ao patrimônio público **ou** enriquecimento ilícito. Isso decorre, também, de uma postura interpretativa calcada em critérios sistemáticos. Há várias razões para tanto. Em primeiro lugar, as situações configuradoras de

⁸ ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Lisboa: DIFEL, p. 315-316.

⁹ ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Lisboa: DIFEL, p. 344.

¹⁰ Esse também o entendimento de José Jairo Gomes: “A conjuntiva e do texto da alínea I deve ser entendida como disjuntiva (ou), pois é possível cogitar de lesão ao patrimônio público por ato doloso do agente sem que haja enriquecimento ilícito (GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 6. ed. São Paulo: Ed. Atlas, p. 187. No mesmo sentido, Luiz Carlos Costa Gonçalves: “A redação defeituosa do dispositivo sugere que somente a combinação das duas hipóteses de atos ímprobos (o enriquecimento ilícito e a lesão patrimonial) geraria inelegibilidade. Essa interpretação, todavia, deve ser afastada, pois ofende a possibilidade de autônomo reconhecimento de atos ofensivos ao patrimônio público, embora sem notas de enriquecimento ilícito, e vice-versa. A preocupação da lei parece ter sido a de afastar a condenação pela ofensa aos princípios da administração pública, como fato gerador de inelegibilidade, e não exigir uma cumulação que desrespeita o comando constitucional do art. 14, § 9º, permitindo que pessoas que lesaram a administração pública ou lhe causaram prejuízo se candidatem. É suficiente a condenação por ato doloso, numa dessas situações, para que se gere a inelegibilidade.” (GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Direito Eleitoral**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2012. p. 115-116)

improbidade administrativa que acarretam dano ao patrimônio público e aquelas que implicam enriquecimento ilícito se equivalem, em termos de gravidade, pois ambas, isoladamente consideradas, são suficientes para produzir a suspensão de direitos políticos (cf. art. 12, I e II, da LIA). É, portanto, desarrazoado supor que o legislador, numa espécie de “hiperestesia eleitoral”, houvesse pretendido supervalorizar uma cláusula de inelegibilidade, quando, ao contrário, existem várias outras situações configuradoras de inelegibilidade que resultam da ofensa a um só valor jurídico (por exemplo, condenação por captação ilícita de sufrágio). Em segundo lugar – e não é menos importante essa razão –, a opção interpretativa pela ideia de simultaneidade de requisitos fragiliza a efetividade da norma constitucional do art. 14, § 9º, que outorga à lei complementar a tarefa de dispor sobre situações de inelegibilidade em prol da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo. Ora, ante dois esquemas interpretativos possíveis, há que preponderar aquele que assegure maior carga de efetividade ao comando constitucional. E, considerando que tanto a improbidade que gera dano ao erário como aquela que produz enriquecimento ilícito encerram um desvalor que descredencia a moralidade para o exercício de um mandato eletivo, uma **ou** outra são suficientes, por si só, para configurar a inelegibilidade.

O raciocínio acima desenvolvido vem ao encontro do disposto no art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Em síntese, a ideia de que só haveria inelegibilidade quando o ato de improbidade administrativa enseja simultaneamente dano ao erário e enriquecimento ilícito viola, inclusive, à luz do princípio da proibição da proteção deficiente, a diretriz constitucional de defesa da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo, ao permitir que pessoas que lesam o erário ou que enriquecem ilícitamente às custas da Administração Pública, possam participar de pleitos eleitorais.

Assim, em conclusão quanto a esse ponto, merece ser prestigiada a interpretação que, alicerçada na ideia de alternatividade, considera a configuração da inelegibilidade da alínea I, do inciso I, do art. 1º da LC nº 64/1990, tanto a condenação por ato doloso de improbidade administrativa que gera dano ao patrimônio público como a que produz enriquecimento ilícito, em favor do próprio agente ou de terceiro. Vale dizer, uma **ou** outra são suficientes para atrair a inelegibilidade em tela.

2.3 *Limites da cognição da Justiça Eleitoral diante dos fatos ensejadores da condenação por improbidade administrativa na Justiça Comum*

Em relação à inelegibilidade como efeito secundário de condenação noutra esfera jurisdicional, é importante preservar a cognição da Justiça Comum em relação aos

contornos da improbidade administrativa. Não é toda condenação por improbidade administrativa que gera inelegibilidade, mas somente a condenação por ato *doloso* de improbidade administrativa. Sabe-se que a Lei nº 8.429/1992 veicula tipos dolosos e culposos de improbidade (cf. art. 10). A exigência do elemento subjetivo dolo na condenação da Justiça Comum guarda coerência com a intensidade do gravame que incide sobre o indivíduo, já que, como desdobramento, sua capacidade eleitoral passiva fica temporariamente suprimida, para além do período correspondente à suspensão dos direitos políticos. Assim, a mera culpa em sentido estrito no ato de improbidade administrativa não acarreta a inelegibilidade prevista na alínea I do art.1º, inciso I, da LC nº 64/1990.

Outro ponto merecedor de destaque é a competência da Justiça Comum, a partir da moldura fática presente nos autos da ação de improbidade, para concluir no sentido da configuração, ou não, do dolo na conduta do agente. Não cabe à Justiça Eleitoral, no momento da apreciação do pedido de registro de candidatura, revalorar os fundamentos da condenação por improbidade administrativa na Justiça Comum, para, a seu talante, afastar o dolo ou os demais fundamentos da decisão judicial. Dito de outra forma, a Justiça Eleitoral não pode reputar inexistente o dolo na improbidade, quando a condenação na instância judicial comum houver afirmado sua ocorrência, ou vice-versa. Isso implicaria intromissão na competência de outro órgão jurisdicional, transformando-se indevidamente a Justiça Eleitoral em instância revisional dos julgados proferidos pela Justiça Comum, Federal ou Estadual.¹¹ O Tribunal Superior Eleitoral, em inúmeros julgados, definiu essa tese – integralmente correta, frise-se –, sublinhando que “não pode a Justiça Eleitoral incluir ou suprimir nada, requalificar fatos e provas, conceber adendos, refazer conclusões, mas é de todo legítimo interpretar o alcance preciso, exato, da decisão de improbidade”. (REspe nº 50-39 – Ipojuca/PE, Relator designado Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto; acórdão de 13 de dezembro de 2016). No mesmo sentido, o acórdão no Ag. Reg. no REspe nº 29-56 – Primavera do Leste-MT, Rel. Min. Rosa Weber, julg. 8 de agosto de 2017.

Deve-se distinguir, porém, as situações. Muito embora seja defeso à Justiça Eleitoral realizar nova qualificação jurídica dos fatos que, nos termos da instância comum, caracterizam improbidade administrativa, o órgão da Justiça Especializada, ao apreciar

¹¹ Nesse sentido, são precisas as observações de Lívia Nascimento Tinoco: “[...] é primordial ter em mente o que, em sede eleitoral, se pode modificar, ou não, naquilo que foi decidido pela Justiça Comum em seus julgamentos prévios. Nesse viés, foi sábio o TSE ao deixar assente que ‘não compete à Justiça Eleitoral, em processo de registro de candidatura, alterar as premissas fixadas pela Justiça Comum quanto à caracterização do dolo’. Assim, se a Justiça Comum expressamente considerou presente ou ausente o dolo da conduta analisada, não cabe à Justiça Eleitoral dar interpretação diversa. Se a decisão condenatória, por exemplo, afirmou a presença de culpa in vigilando nada resta à Justiça Eleitoral, senão ter por ausente o elemento subjetivo exigido como hipótese de inelegibilidade.” (TINOCO, Lívia Nascimento. Lei da Ficha Limpa e a inelegibilidade decorrente da condenação por improbidade administrativa. In: **Pontos controversos da Lei da Ficha Limpa**. Belo Horizonte: Del Rey, ANPR, 2016. p.146-147.)

a arguição de inelegibilidade, pode extrair da decisão da Justiça Comum os elementos *enriquecimento ilícito* ou *dano ao erário*, a partir da fundamentação da decisão condenatória, ainda que nenhum desses tenha figurado expressamente no dispositivo, ou mesmo que não tenham sido aplicados os consectários legais correspondentes a uma ou outra hipótese. Para firmar esse entendimento, volte-se ao teor da alínea I do art. 1º, I, da LC nº 64/1990. Segundo tal dispositivo legal, são inelegíveis os “condenados à suspensão dos direitos políticos [...] por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito”. Note-se que a regra não exige a condenação com base expressa no art. 9º ou no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, mas sim que o ato doloso de improbidade tenha acarretado ofensa ao patrimônio público e (*rectius*, **ou**) enriquecimento ilícito.

Assim, atento à finalidade da norma, deve-se perquirir, na condenação por improbidade administrativa, se a Justiça Comum, nos limites de sua cognição, baseou-se, explícita ou implicitamente, na ocorrência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente ou de terceiro, na forma dolosa. Sendo extraível da moldura fática da decisão condenatória uma dessas hipóteses, mesmo que não tenham sido cominadas as sanções correspondentes ao art. 9º ou ao art. 10 da Lei nº 8.429/1992, incide a inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea I, da LC nº 64/1990. O TSE consagrou esse entendimento, tanto nas eleições gerais de 2014 como nas eleições municipais de 2016 (cf. RO nº 380-23/MT, Rel. Min. João Otávio Noronha, PSESS de 12 de setembro de 2014; RO nº 1408-04/RJ, Rel. Min. Maria Thereza, PSESS de 22 de outubro de 2014; Ag. Reg. no REspe nº 29-56, Primavera do Leste/MT, Rel. Min. Rosa Weber; REspe nº 231-84, Niquelândia/GO, Rel. Min. Luiz Fux).¹²

3 CONCLUSÃO

Somente nos espaços públicos legitimamente construídos podem ser garantidos e promovidos os direitos fundamentais e o bem-estar coletivo. Se é integralmente exata a ideia de que a democracia e seus atributos dependem essencialmente da maneira como a sociedade os concebe e os realiza, não menos correto é que sua sustentação também depende de regramentos sólidos, bem como de instituições fortes, capazes de aplicá-los com responsabilidade, imparcialidade, confiança e boa dose de serenidade.

¹² O acórdão do TSE, no REspe nº 231-84, acentuou: “[...] A análise da configuração *in concreto* da prática de enriquecimento ilícito pode ser realizada pela Justiça Eleitoral, a partir do exame da fundamentação do *decisum* condenatório, ainda que tal reconhecimento não tenha constado expressamente do dispositivo daquele pronunciamento judicial.”

Nessa linha de raciocínio, a outorga de mandatos eletivos acha-se estreitamente ligada à ideia de probidade, a ser garantida prospectivamente, a partir do exame da vida pregressa dos candidatos, tal como preconizado na Constituição de 1988.

Dito isso, com base nas questões aqui apreciadas, é possível concluir, de forma articulada, nos seguintes termos:

1. os direitos políticos espelham o direito público subjetivo de participação no processo eleitoral, viabilizando o princípio da soberania popular;
2. a condenação por ato doloso de improbidade administrativa constitui causa de suspensão dos direitos políticos, consoante os lapsos temporais indicados nos incisos I a III do art. 12, da Lei nº 8.429/1992;
3. a condenação por ato de improbidade repercute nos atributos da cidadania, restringindo a capacidade de participação na vida pública, porquanto o indivíduo com direitos políticos suspensos não pode exercer função pública, não pode votar, nem ser votado, tudo como decorrência direta do trânsito em julgado da decisão judicial na ação de improbidade administrativa que impõe essa sanção;
4. consoante o art. 1º, inciso I, alínea I, da Lei Complementar nº 64/1990, são inelegíveis, para qualquer cargo, os 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;
5. essa hipótese de inelegibilidade permanece em estado de latência devendo ser aferida pela Justiça Eleitoral por ocasião de eventual pedido de registro de candidatura a cargo eletivo;
6. a “Lei da Ficha Limpa” avançou no sentido da realização da cláusula constitucional da promoção da moralidade para o exercício do mandato, partindo do juízo de certeza quanto à ocorrência do fato caracterizador de improbidade administrativa, insuscetível de revisão probatória em instância superior, o que é suficiente, por si, para produzir o efeito da inelegibilidade; assim, têm-se dois momentos para o início da fluência do prazo da inelegibilidade em tela: o trânsito em julgado da decisão condenatória por ato doloso de improbidade, em primeiro

grau, ou o julgamento por órgão colegiado competente (acórdão condenatório por ato doloso de improbidade);

7. a restrição à capacidade eleitoral passiva, de acordo com o art. 1º, I, I, da LC nº 64/1990, prolonga-se por oito anos após o cumprimento da pena, ou seja, até o decurso do prazo de oito anos após o exaurimento de todas as penas que forem cominadas cumulativamente na decisão judicial condenatória proferida na ação de improbidade administrativa;
8. a partícula “e”, constante da alínea I do art. 1º, inciso I, da LC nº 64/1990, não deve direcionar o intérprete-aplicador da norma para a ideia de concomitância necessária, pois tanto a improbidade que gera dano ao erário como a que produz enriquecimento ilícito encerram um desvalor que descredencia a moralidade para o exercício do mandato eletivo; uma ou outra são suficientes para configurar a inelegibilidade;
9. a condenação por ato de improbidade administrativa capaz de gerar inelegibilidade é aquela que afirma a ocorrência de *ato doloso* de improbidade administrativa;
10. a culpa em sentido estrito no ato de improbidade administrativa não enseja inelegibilidade prevista na alínea I do preceito legal em tela;
11. é vedado à Justiça Eleitoral realizar nova qualificação jurídica dos fatos que, para a instância comum, caracterizam improbidade administrativa;
12. o órgão da Justiça Eleitoral pode extrair da decisão da Justiça Comum os elementos *enriquecimento ilícito* ou *dano ao erário*, a partir da fundamentação da decisão condenatória, ainda que não tenham figurado expressamente no dispositivo, ou mesmo que não tenham sido aplicados os consectários correspondentes aos tipos do art. 9º ou do art. 10 da Lei nº 8.429/1992.

7 NÚCLEOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO: UM NOVO ARRANJO INSTITUCIONAL PARA UMA ATUAÇÃO MINISTERIAL EFICIENTE

Ronaldo Pinheiro de Queiroz¹

Resumo: A corrupção é um problema mundial e a sociedade brasileira tem demonstrado preocupação especial e exigido maior enfrentamento nesse campo. Nesse sentido, cabe às instituições de fiscalização e controle estabelecerem uma organização que alcance mais eficiência na prevenção e no combate à corrupção. O presente artigo procura demonstrar que o modelo de organização tradicional do Ministério Público Federal apresenta deficiências e que o novo modelo de Núcleos de Combate à Corrupção representa um funcionamento mais profissional e eficiente para o enfrentamento desse grande problema. O trabalho se valeu da experiência dos NCCs em funcionamento e reuniu dados empíricos para concluir qual seria o melhor arranjo institucional.

Palavras-chave: Combate à corrupção. Ministério Público Federal. Núcleo de Combate à Corrupção. Novo arranjo institucional.

Abstract: *Corruption is a worldwide problem and Brazilian society has shown a special concern and demanded a greater confrontation in this field. In this sense, it is up to the supervisory and control institutions to establish an organization that achieves greater efficiency in order to prevention and fight against corruption. The present article tries to demonstrate that the model of traditional organization of the Federal Prosecution Service presents deficiencies and that the new model of Anticorruption Unit represents a more professional and efficient operation to face this great problem. The work drew on the experience of the Anticorruption Unit in operation and gathered empirical data to conclude what would be the best institutional arrangement.*

Keywords: *Combating corruption. Federal Prosecution Service. Anticorruption Unit. New institutional arrangement.*

1 INTRODUÇÃO

A prática da corrupção é tão antiga quanto a própria existência do Estado, sendo repudiada em público e pelo público desde então. A maioria dos países proíbe o suborno, o peculato, a extorsão e a fraude em contratos públicos, variando muito pouco o sentido e a extensão dessas normas proibitivas².

¹ Procurador regional da República. Ex-secretário executivo da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ex-coordenador do Núcleo de Combate à Corrupção no MPF-RN. Ex-membro do Grupo Executivo GE da SCI/PGR. Ex-membro GT/LJ/PGR. Ex-membro FT-Ararahá/MT. Doutor e mestre em Direito pela PUC-SP. Professor adjunto do Curso de Direito da UFRN. Professor e orientador pedagógico da ESMPU.

² No presente trabalho, abordaremos a corrupção em seu sentido amplo, não detalhando as suas tipificações nas normas proibitivas, já que não é esse o principal foco do estudo.

O Brasil tem um compromisso assumido de combate à corrupção tanto perante a comunidade internacional quanto perante os seus cidadãos, os quais têm o direito natural a um governo honesto.

O Estado brasileiro tem o dever constitucional de prevenir e combater a corrupção, que é a principal adutora para a manutenção da pobreza, do baixo crescimento econômico e da péssima prestação de serviços públicos, já que o dinheiro público é desviado para quem menos precisa.

Anestesiada durante séculos com a “cultura brasileira da corrupção”, a sociedade deu um basta e foi às ruas em junho de 2013 exigindo uma agenda ética por parte do Poder Público, movimento cívico que, inclusive, foi o principal responsável pela derrubada da PEC 37, que retirava do Ministério Público o seu poder de investigar crimes.

A partir de 2014, o Ministério Público Federal, aliado com diversos órgãos, liderou a Operação Lava Jato, considerada a principal ação institucional de combate à corrupção do Brasil e uma das maiores do mundo.

Nesse contexto, o Ministério Público é o principal *player* para assumir o protagonismo do combate à corrupção, não só porque essa é a sua grande missão constitucional mas também porque está em débito com a sociedade, que o salvou de uma manobra política espúria, devolvendo-lhe o seu principal instrumento de trabalho: a capacidade investigatória.

Sabedor de suas responsabilidades, o Ministério Público Federal (MPF) estabeleceu como principal meta no seu planejamento estratégico ser reconhecido, até 2020, nacional e internacionalmente, pela excelência na promoção da justiça, da cidadania e no combate ao crime e à corrupção.

A obtenção dessa ousada meta, em curto espaço de tempo, requer, para além da boa vontade de seus membros, uma engenharia institucional que seja capaz de realmente apresentar resultados em curto prazo e que tais feitos sejam reconhecidos pela sociedade.

O objetivo do presente trabalho visa demonstrar a maior eficiência do Núcleo de Combate à Corrupção com relação ao modelo organizacional clássico do MPF, podendo ser este um dos caminhos estratégicos para uma atuação institucional mais efetiva.

2 MODELO ORGANIZACIONAL CLÁSSICO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NO MPF

Sendo a corrupção um fenômeno complexo e multifacetado, as medidas anticorrupção procuram reprimir o fato em várias dimensões jurídicas, notadamente porque os grandes atos de corrupção estão invariavelmente ligados às organizações criminosas e à lavagem de dinheiro, requerendo do Estado um alto grau de organização e engajamento para enfrentar esse problema.

Assim, um fato de corrupção faz incidir uma gama de normas jurídicas constantes do microsistema anticorrupção, relativa ao direito sancionador, com diversas consequências jurídicas no âmbito criminal, da responsabilidade política, da improbidade administrativa, da infração administrativo-disciplinar e, agora, da nova Lei Anticorrupção³.

Em sua estruturação clássica, o Ministério Público Federal (MPF) atribui a dois departamentos autônomos a missão de combater a corrupção, sendo eles o Núcleo do Patrimônio Público e Social e o Núcleo Criminal, cada qual com procuradores da República lotados em escritórios temáticos com atribuições vinculadas ao respectivo núcleo.

Essa divisão foi estruturada para se acomodar ao repertório de Câmaras de Coordenação e Revisão (CCRs) criadas no âmbito da Procuradoria-Geral da República (PGR), a fim de conferir coordenação e revisão sobre as atividades desenvolvidas em cada núcleo, de modo que o Núcleo do Patrimônio Público e Social se reportaria à 5ª CCR e o Núcleo Criminal se submeteria à 2ª CCR.

Dentro desse protocolo de atuação institucional, quando uma unidade de Procuradoria da República é provocada com notícia de fato que, a um só tempo, tenha repercussão cível e criminal, automaticamente ocorrem duas atuações e duas distribuições, sendo um feito administrativo distribuído ao Núcleo do Patrimônio Público e Social e outro procedimento ao Núcleo Criminal, provocando-se, portanto, a iniciativa de dois procuradores naturais que empreenderão investigação e persecução em suas respectivas áreas temáticas.

Acontece que esse modelo organizacional tem apresentado uma série de deficiências, incongruências e *deficit* de efetividade que tornam questionável a sua própria existência.

³ Lei nº 12.846/2013.

A causa desse problema está na sua própria origem (distribuição e carga de atribuições), pois a atuação do procurador está vinculada à *consequência jurídica do fato* e não ao *fato em si*. Daí termos um procurador criminal e um procurador da improbidade administrativa para atuarem perante o *mesmo* fato, cada qual com a sua independência funcional, prioridade e metodologia de trabalho.

Os principais problemas dessa divisão tradicional são:

- I. *Trabalho dobrado*: há evidente sobreposição de energia, estrutura e recursos humanos sobre um *mesmo* fato;
- II. *Tempo de respostas diferentes*: na maioria das vezes, as ações penais e as ações de improbidade são ajuizadas em momentos distintos, criando uma sensação de desorganização;
- III. *Risco de decisões conflitantes*: não é incomum que ocorra o ajuizamento de ação penal e o arquivamento do ato de improbidade administrativa ou vice-versa, desenhando-se uma imagem de antiprofissionalismo e fragilizando a credibilidade e a viabilidade da ação que foi proposta;
- IV. *Não compartilhamento de provas*: a autonomia departamental dos núcleos fragiliza a comunicação interna entre os procuradores temáticos do fato e propicia que as ações sejam ajuizadas com bloco de provas assimétricos;
- V. *Dificuldade de selar acordos de cooperação do investigado*: em uma negociação em que a busca da adesão da vontade da outra parte requer o oferecimento de benefícios e garantias, haverá dificuldade em concluir um acordo que não abranja toda a repercussão sancionadora do fato, envolvendo a dimensão criminal, da improbidade e agora também da nova Lei Anticorrupção⁴;
- VI. *Atuação meramente repressiva*: a atuação compartimentada retira a visão completa do fato, estimulando a cuidar apenas das consequências jurídicas da conduta (crime/ improbidade), deixando de focar também nas causas, a fim de criar modelos de atuação preventiva para evitar a repetição do ilícito;

⁴ A nova Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), em vigor a partir de 29 de janeiro de 2014, traz o acordo de leniência para se somar ao modelo de Direito Sancionador Negocial já estabelecido em diversas leis brasileiras (Leis nº 8.072/1990, Crimes Hediondos e equiparados – 9.034/1995, Organizações Criminosas – nº 7.492/1986, Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – nº 8.137/1990, Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo – nº 9.613/1998, Lavagem de Dinheiro – nº 9.807/1999, Proteção a Testemunhas – nº 12.529/2011, Defesa da Concorrência – nº 11.343/2006, Lei de Drogas).

VII. *Conflito na divisão interna de trabalho*: a experiência tem demonstrado que os núcleos que mais conflitam entre si, em busca de espaço, estrutura e recursos humanos, são o criminal e o do patrimônio público, sendo que as desavenças valorizam mais as suas diferenças (quantidade de audiências, de procedimentos administrativos, de reuniões internas) do que as semelhanças (mesmo fato e necessidade de atuação conjunta).

Diante de tal deficiência organizacional, foi preciso repensar um novo conceito de combate à corrupção no âmbito do MPF.

A seguir, apresentaremos um modelo organizacional mais adequado ao enfrentamento da corrupção, o qual, diante de seu exemplo bem-sucedido, está se disseminando nas diversas unidades do Ministério Público Federal.

3 CRIAÇÃO DO NÚCLEO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

3.1 NCC no Rio Grande do Norte

Em 1º de junho de 2007 foi implantado⁵, de forma pioneira no Ministério Público Federal, o Núcleo de Combate à Corrupção (NCC) na Procuradoria da República no Rio Grande do Norte (PRRN) para tentar superar as dificuldades encontradas no modelo organizacional clássico.

A partir da implementação do NCC, há apenas um procurador natural para atuar perante o fato, com atribuição plena para cuidar de todo o *direito sancionador* relacionado às consequências jurídicas daí decorrentes, podendo também identificar a causa e propor medidas de prevenção de novos ilícitos.

A cada provocação da PRRN com notícia de fato versando sobre prática de corrupção, autua-se e distribui-se ao NCC apenas *um* feito administrativo de *dupla tipicidade*, vinculado a um ofício de combate à corrupção com competência para investigações criminais e civis.

⁵ A criação do NCC ocorreu em 4 de maio de 2007, aprovado em reunião ordinária do colégio de procuradores da PRRN.

Com essa equação simples (*um fato, um procurador*), os efeitos desse novo modelo organizacional foram sentidos em curto prazo. Podemos enumerar, pelo menos, as seguintes melhorias imediatas:

- I. *Otimização do trabalho*: confere o fato a apenas um procurador, com atribuição plena para o caso, os demais procuradores concentrarão suas energias em outros casos inéditos;
- II. *Visão completa do caso*: aumento da compreensão de todo o quadro fático, a partir da análise das variadas perspectivas jurídicas do caso, melhorando a definição das estratégias investigatórias, antecipação de cenários e persecução processual;
- III. *Aumento dos instrumentos de investigação*: o procurador do fato conta com as técnicas e meios de prova criminal e cível à sua disposição, potencializando o seu poder investigatório, além de ter todo o controle do direito sancionador para oferecer garantias mais estimulantes para a adesão a um acordo de cooperação do investigado ou réu. Além disso, poderá selecionar o juízo mais célere e propício (cível ou criminal) para a obtenção de informações ou medidas restritivas protegidas pela cláusula de reserva de jurisdição;
- IV. *Garantia da simetria da prova*: a ação de improbidade administrativa e a ação penal, versando sobre o mesmo fato, serão instruídas com o mesmo bloco de provas. Há, inclusive, a possibilidade de otimização da produção judicial da prova, já que o procurador do fato terá o conhecimento geral dos processos e o controle para requerer o empréstimo probatório de um processo para o outro⁶;
- V. *Aumento extraordinário da produtividade*: o controle concentrado e concatenado das investigações, o aprimoramento de competências investigativas, o estudo e análise do procedimento dúplice pelo mesmo procurador e o oferecimento simultâneos de ações penais e de improbidade sobre o mesmo fato ampliaram consideravelmente a produtividade, havendo um salto estatístico na unidade (vide tabela 1 e gráfico 1);

⁶ Com o arrolamento de testemunhas semelhantes do autor em ambos os processos (penal e cível), o procurador do fato poderá pedir a juntada da oitiva das testemunhas já ouvidas no primeiro processo como prova emprestada para o segundo, evitando participar de uma nova audiência em que provavelmente haveria os mesmos pontos controvertidos para esclarecimento. O mesmo se diga de perícias, inspeções judiciais e outras provas comuns. Óbvio que haverá situações em que esse procedimento não será recomendável pelas peculiares de cada caso.

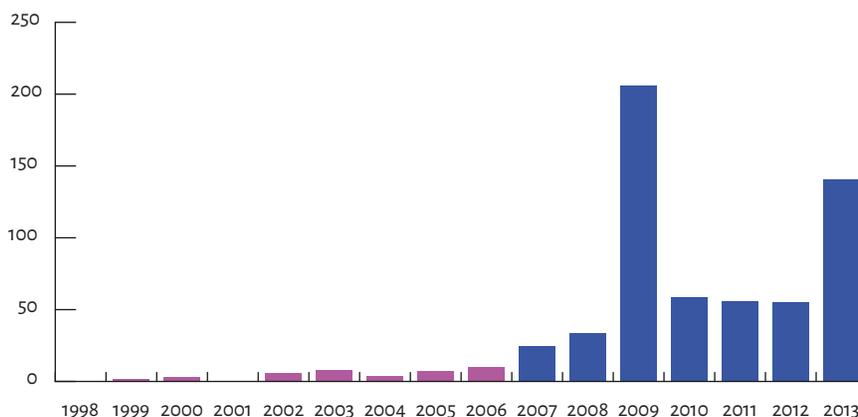
- VI. *Diminuição sensível da carga de trabalho*: considerando que praticamente todos os casos de corrupção eram distribuídos em duplicidade para os dois núcleos tradicionais, a distribuição única para o NCC retirou metade da carga de distribuição desses feitos no âmbito da Procuradoria;
- VII. *Ampliação e maior aproximação das instituições parceiras*: cada núcleo tende a estreitar laços com as agências de regulação, controle e fiscalização afetas à sua área, de modo que há maior proximidade dos procuradores criminais com a Polícia Federal e a Receita Federal do Brasil, enquanto os procuradores do patrimônio dialogam mais com a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União. Já os procuradores do NCC têm em qualquer agência uma potencial parceira de trabalho, facilitando a comunicação e a criação de laços de confiança recíprocas;
- VIII. *Reduzido risco de decisões conflitantes*: considerando que a opinião juris de todas as consequências jurídicas do fato pertencem ao mesmo procurador, o risco de decisão conflitante se reduz a praticamente zero;
- IX. *Aumento na repercussão do trabalho*: o aumento da produtividade aliado ao ajuizamento de ações conjuntas (penal/improbidade) e o próprio nome chamativo do núcleo (combate à corrupção!) têm despertado um interesse maior dos veículos de comunicação e facilitado a prestação de contas à sociedade, melhorando a imagem do MPF.

Essas melhorias, além de intuitivas, podem ser medidas graficamente, notadamente no que concerne ao aumento imediato da produtividade, conforme se verifica na tabela e no gráfico a seguir.

Número de ações de improbidade ajuizadas pela PRRN (tabela nº 1)

	1998	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
JFRN ⁷	0	3	0	6	8	4	7	10	25	34	206	59	56	55	141

⁷ Dados obtidos a partir de consulta realizada no link: <<http://200.217.210.153/consultatebas/resconsproc.asp>>.

Gráfico 1: Ações de improbidade ajuizadas pela PRRN (1998 a 2013)


Como se percebe, já a partir do ano de implantação do NCC na Procuradoria da República no Rio Grande do Norte (2007), houve um aumento de produtividade em 150% e nos anos que se seguiram a proporção continuou numa escala crescente, sem nenhum recuo com relação ao período do modelo clássico de núcleo de patrimônio público⁸.

Além disso, os ganhos do NCC não se limitam a dados quantitativos. Em estudo empírico acerca da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa no âmbito da Seção Judiciária no Rio Grande do Norte⁹, sediada em Natal, Isaac Morel Marinho fez uma análise de todas as ações ajuizadas entre janeiro de 2008 e dezembro de 2013 (*período que compreende o pleno funcionamento do NCC*), constatando que a *taxa de sucesso* é de 69%, ou seja, a efetividade da atuação da PRRN no combate à corrupção alcança um índice bastante elevado, pois de cada 10 ações ajuizadas, quase 7 são julgadas procedentes.

Analisando detalhadamente a sorte das 551 ações de improbidade administrativa ajuizadas no período pesquisado, o estudo¹⁰ revela que, a despeito do grande êxito em ações de improbidade, a *taxa de eficácia* ainda é baixa, já que apenas cerca de 12% desse acervo transitou em julgado e as *sanções* estão sendo ou foram efetivamente cumpridas.

⁸ Importante ressaltar que a causa dos picos estatísticos de 2009 e 2013 explica-se pela iminência do atingimento do limite temporal (prescrição) para o ajuizamento das ações de improbidade administrativa em face de ex-prefeitos, na esteira do que dispõe o art. 23, inciso I, da Lei nº 8.429/1992: “as ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas [...] até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança”.

⁹ MARINHO, Isaac Morel. **A eficácia da lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) na Seção Judiciária de Natal da Justiça Federal do Rio Grande do Norte**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)–Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.

¹⁰ Idem, ibidem.

Gráfico 2: Taxa de sucesso

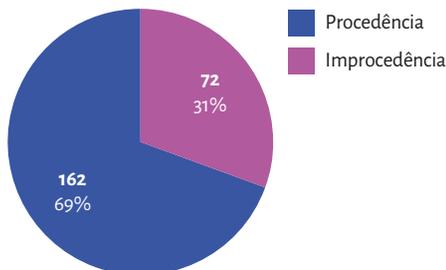
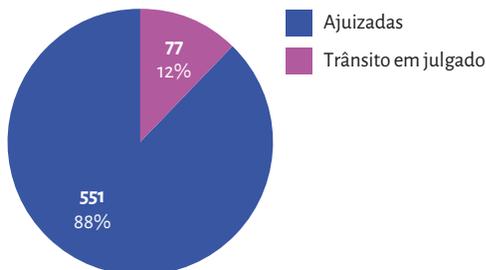


Gráfico 3: Taxa de eficácia



Esses dados mostram que, malgrado a eficiência interna do modelo de NCC, há obstáculos externos que continuam obstruindo o efetivo e eficaz combate à corrupção, sendo um deles a morosidade do Poder Judiciário no trato desta temática, considerando que das 551 ações ajuizadas, somente 234 foram julgadas em *primeiro grau*, ou seja, apenas 42,5% dos processos tiveram seu mérito apreciado, sendo esta uma das principais causas da baixa *taxa de eficácia*.

Isso mostra que, a despeito de metas¹¹ impostas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para acelerar o julgamento de ações relacionadas à corrupção, o problema no Poder Judiciário também pode ser organizacional, requerendo novos arranjos institucionais, não sendo este, contudo, o foco de nossa análise.

3.2 NCC na 5ª Região

No âmbito do Ministério Público Federal perante a 5ª Região, praticamente todas as capitais já implantaram o Núcleo de Combate à Corrupção, cuja instalação se deu na seguinte ordem cronológica: PRRN (2007); PRPB (2008); PRSE (2009); PRAL (2009); PRCE (2014); e PRPE (2015).

Para fins comparativos, no desiderato de confirmar a afirmação do tópico anterior no sentido de que um dos principais efeitos do NCC é o *aumento extraordinário da produtividade*, basta analisar a tabela e o gráfico a seguir, acompanhando o ano de implantação do NCC na unidade com o respectivo número de ações ajuizadas, a fim de

¹¹ A Meta 18 foi estabelecida no VI Encontro Nacional do Poder Judiciário, promovido pelo CNJ em novembro de 2012, em Aracaju/SE. O objetivo era julgar, até o fim de 2013, os processos contra a Administração Pública e de improbidade administrativa distribuídos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), à Justiça Federal e aos estados até 31 de dezembro de 2011. Essa meta foi estabelecida para os anos posteriores.

constatar que o crescimento da demanda produzida pelo MPF, com relação ao período anterior, é de, no mínimo, 100%, mantendo-se o ritmo de crescimento.

O recorte temporal da pesquisa vai de 1998 a 2013, sendo que neste período ainda não havia NCCs instalados em Fortaleza¹² e Recife, as duas maiores unidades da 5ª Região.

Número de ações de improbidade ajuizadas pelo Ministério Público Federal (tabela nº 2)

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
JFAL ¹³	0	0	0	1	1	0	0	2	7	9	14	59	15	24	25	15
JFSE ¹⁴	0	0	0	0	1	2	4	4	5	13	12	24	96	23	39	36
JFPE ¹⁵	0	0	0	5	8	9	10	13	35	44	31	79	40	36	52	122
JFPB ¹⁶	1	1	0	11	5	10	5	10	20	29	41	140	90	101	77	160
JFRN ¹⁷	0	2	3	0	6	8	4	7	10	25	34	206	59	56	55	141

Os dados demonstram a superioridade imbatível do NCC. Basta ver que, das unidades pesquisadas, duas Procuradorias da República de porte médio (PRRN e PRPB), trabalhando com escritórios de combate à corrupção, conseguem superar, em números absolutos, a Procuradoria da República em Pernambuco (PRPE), de porte maior, a qual tem uma demanda mais elevada, quantidade de procuradores e melhor estrutura, mas ainda adotava o modelo organizacional clássico de divisão de núcleos no período pesquisado.

Portanto, se é função do planejamento estratégico examinar a adequação dos atuais modelos de atuação e rever a organização e a normatização existentes para os órgãos de execução, está demonstrado que o modelo tradicional custa mais caro para o MPF e apresenta menores resultados, sendo essencial a adoção do modelo de NCC como alternativa viável para a efetividade do combate à corrupção, cujo melhor argumento em sua defesa chega a ser praticamente matemático (vide tabelas e gráficos acima).

¹² Deixamos de apresentar os dados estatísticos da JFCE em razão de problemas apresentados no sítio oficial (www.jfce.jus.br), o qual não conseguiu gerar relatório de ações refinadas por classe (improbidade administrativa) e parte (MPF).

¹³ Dados obtidos a partir de consulta realizada no link: <http://tebas.jfal.jus.br/consulta/cons_proca.asp>.

¹⁴ Dados obtidos a partir de consulta realizada no link: <http://consulta.jfse.jus.br/Consulta/cons_proca.asp>.

¹⁵ Dados obtidos a partir de consulta realizada no link: <http://ww11.jfpe.gov.br/consultaProcessos/cons_proca.asp>.

¹⁶ Dados obtidos a partir de consulta realizada no link: <http://web.jfpb.jus.br/consproc/cons_proca.asp>.

¹⁷ Dados obtidos a partir de consulta realizada no link: <<http://200.217.210.153/consultatebas/resconsproc.asp>>.

3.3 *Espécies de NCCs*

Importante enfatizar que o Núcleo de Combate à Corrupção pode ser implantado em qualquer unidade do Ministério Público Federal, não valendo o argumento da baixa quantidade de procuradores, notadamente porque, se há poucos membros, com maior razão o trabalho deve ser otimizado.

A implantação do NCC em diversas unidades do MPF permitiu identificar pelo menos duas espécies ou modelos de organização interna desse novo núcleo.

Em algumas Procuradorias, como na PRRN e na PRPB, houve a fusão completa do Núcleo Criminal com o Núcleo do Patrimônio Público e Social, formando-se o chamado *NCC Misto*, o qual engloba um leque maior de atribuições, envolvendo não apenas os feitos de natureza dúplice mas também matérias exclusivamente penais (moeda falsa, p. ex.) ou exclusivamente cível patrimonial (v.g., invasão de um bem público). O modelo de *NCC Misto* é recomendável para procuradorias de porte pequeno (PRMs) ou médio (capitais com reduzido número de membros), as quais, pela diminuta quantidade de ofícios, têm um baixo grau de especialização e de compartimentação de demandas.

Por outro lado, há outras Procuradorias, como a PRGO, a PRDF e a PRRS, em que foi instalado o *NCC Puro*, com atribuição *apenas* para cuidar dos feitos de natureza dúplice, mantendo-se na unidade o Núcleo do Patrimônio Público residual (cuida de fatos sem correspondência criminal) e o Núcleo Criminal (cuida de fatos sem correspondência cível). Na PRRS, por exemplo, há na sua estrutura¹⁸ de órgãos de execução o Núcleo de Combate à Corrupção, o Núcleo do Controle da Administração Pública, o Núcleo Criminal Especializado (crimes financeiros e lavagem de dinheiro) e o Núcleo Criminal Residual (crimes sem correspondência com os demais núcleos).

O modelo ideal, sem dúvida, é o do *NCC Puro*, já que a especialização consiste numa maior eficiência e obtenção de resultados, notadamente pela expertise acumulada na atuação e padronização de rotinas, mas o certo é que não há mais como fugir desse novo modelo de NCC, misto ou puro, pois está muito além dos resultados apresentados pelo método tradicional.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.prrs.mpf.mp.br/home/procuradores>>. Acesso em: 24 maio 2014.

3.4 NCC nas PRRs e PGR

Já sendo uma realidade na primeira instância do MPF, outro grande desafio é trabalhar a ideia de implantação de Núcleos de Combate à Corrupção nas Procuradorias Regionais da República (PRRs) e na Procuradoria-Geral da República, já que vários dos fundamentos desse modelo organizacional (vide item 3.1) também se aplicam à atuação do MPF perante os tribunais.

É certo que a estruturação da atividade-fim nas PRRs atende às peculiares da atuação do MPF em segundo grau, perante os Tribunais Regionais Federais (TRFs)¹⁹, de modo que o Núcleo Criminal cuida tanto da matéria recursal como da matéria originária, motivo por que a atribuição do procurador regional da República compreende a função de *custus juris* (falando nos recursos interpostos a partir da primeira instância), de órgão recorrente (interpondo recursos para o STJ e o STF) e as atividades de investigação e persecução contra autoridades com prerrogativas de foro no TRF (CRFB/1988, art. 108, I, “a”).

Já a atuação cível do procurador regional da República se dá praticamente na condição de fiscal da ordem jurídica, intervindo em processos cíveis singulares²⁰ e nos de natureza coletiva, inexistindo atividade extrajudicial cível em segundo grau e a propositura de ações cíveis originárias²¹.

Assim, no que tange à atuação em casos de corrupção, nas variadas dimensões jurídicas do fato, pode-se dizer que as causas chegam à Procuradoria Regional da República em momentos diferentes. Se as ações penais e de improbidade administrativa são ajuizadas na primeira instância (situação mais comum), os eventuais recursos dos respectivos processos subirão para a PRR em tempos diversos e, de regra, são distribuídos para procuradores regionais diferentes, os quais podem emitir *opiniões jurídicas* sobre o caso de modo conflitante, mas garantidas pela independência funcional de cada um.

Essa situação, que não é incomum que ocorra, embora respeite as regras tradicionais de distribuição e da independência funcional, não se harmoniza com o princípio da unidade e apresenta um sinal externo de desorganização e antiprofissionalismo institucional.

¹⁹ Estudo detalhado da atuação dos procuradores regionais da República pode ser encontrado em: FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. O papel das Procuradorias Regionais da República no Ministério Público Federal – Desafios na atuação. **Pensar MPF: A revista do Ministério Público Federal**, Brasília, n. 1, p. 97-109, jul. 2013.

²⁰ Mandados de segurança, *habeas data*, desapropriação, bem como as demais ações em que haja interesse de incapaz ou interesse público primário.

²¹ FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. O papel das Procuradorias Regionais da República no Ministério Público Federal – Desafios na atuação. **Pensar MPF: A revista do Ministério Público Federal**, Brasília, n. 1, p. 97-109, jul. 2013.

É necessário, portanto, nas Procuradorias Regionais da República, afetar a apenas um procurador regional a atribuição para cuidar do fato de corrupção, em suas variadas consequências jurídicas, não só para garantir coerência e integridade na interpretação do direito sancionador para o caso mas também para evitar o retrabalho (otimização), pois o membro que já estudou detalhadamente o recurso criminal, por exemplo, estará mais apto (e com boa parte do parecer já pronto) para apreciar o recurso da ação de improbidade administrativa relativa ao mesmo fato. Para que isso ocorra, dentro do NCC da PRR, basta que se adotem regras e controles de *prevenção* rígidos para garantir que todos os recursos, das diversas áreas, relativas ao mesmo fato, aportem em um só gabinete, havendo um só procurador natural de segundo grau para o fato.

Regra semelhante já ocorre em vários NCCs do primeiro grau, uma vez que a legitimidade ativa em sede de improbidade administrativa é concorrente²² e muitas vezes a ação é ajuizada pela pessoa jurídica lesada. Em situações como essa, presente o fato de que a atribuição criminal é exclusiva do Ministério Público, haverá sempre um procurador natural preventivo para atuar como *custus juris* na ação de improbidade, o qual será o mesmo que também terá atuação criminal. É dizer, quando o fato de corrupção, não importando a sua dimensão jurídica, aportar na unidade e tiver sua primeira distribuição (por via de ação de improbidade, de inquérito policial ou de notícia de fato), será identificado o procurador natural que estará *prevento* para os demais feitos decorrentes do mesmo fato.

Essa metodologia de trabalho pode ser semelhante nas PRRs, já que esse modelo propicia *otimização do trabalho; visão completa do caso; aumento da produtividade; diminuição sensível da carga de trabalho; maior aproximação com o procurador natural da primeira instância; reduzido risco de decisões conflitantes e garantia da unidade.*

Mesmo quando o caso envolver autoridade com prerrogativa de foro e a atuação criminal do procurador regional da República for originária, o modelo de NCC apresenta uma melhor dinâmica para conferir um tratamento mais harmônico e coeso, já que a ação de improbidade nascerá em primeiro grau e será necessária uma atuação coordenada entre os dois procuradores atuantes no mesmo fato de corrupção.

Nesse sentido, é importante haver um bom entendimento técnico entre o procurador da República (cível) e o procurador regional da República (criminal), a fim de dar coerência e unidade nas respectivas ações, inclusive no que diz respeito ao bloco de provas, sendo certo que será o PRR que também atuará em eventual recurso da ação de

²² Segundo o art. 17 da Lei nº 8.429/92: "A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar."

improbidade que tramitou no primeiro grau, daí a importância da articulação desde o primórdio da investigação.

Inclusive, no propósito de conferir uma atuação articulada entre todos os níveis da carreira desde o *primeiro* conhecimento do fato de corrupção pelo MPF, seria conveniente uma distribuição automática no sistema Único²³ do MPF no âmbito de todas as instâncias (PR, PRR, PGR), a fim de definir, com antecedência e segurança, os procuradores naturais do mesmo fato, dos três graus da carreira, que trabalharão em regime de cooperação com vistas a um resultado comum em prol do interesse público e da unidade.

Essa é a melhor técnica para desenvolver uma das principais funções do procurador regional da República, que, nas palavras de Luíza Cristina Fonseca Frischeisen, é a de “dar continuidade ao processo que não se começou. A unidade será um desafio diário²⁴.” Sendo que “é importante frisar que a melhor divisão é aquela que atende a eficiência do trabalho do MPF, que pode não ser a que segue somente o paralelismo com a competência de cada uma das Seções do TRF”.²⁵

Importante dizer que, embora o teste de eficiência no primeiro grau já esteja comprovado, não temos elementos empíricos suficientes para atestar que esse modelo é que melhor dimensionará a atuação das PRRs no combate à corrupção. No âmbito do MPF em segundo grau, temos dois modelos organizacionais em funcionamento e “teste”, que seria um modelo de NCC com concentração de atribuição cível e criminal em um só ofício, na linha do que expomos acima (funciona assim na PRR3), e um modelo da PRR1, consistente no Núcleo de Ações Penais Originárias (NAO), em que um grupo de PRRs cuida de todas as investigações e ações originárias de competência do TRF e outro grupo cuida das causas cíveis, entre elas recursos derivados de ações de improbidade.

Desafio maior consiste na adoção do NCC no âmbito da Procuradoria-Geral da República, que tem peculiaridades que a diferencia das próprias PRRs. Isso porque as ações criminais de prerrogativa são da alçada exclusiva do procurador-geral da República (PGR), que é o procurador criminal natural das autoridades que têm foro nas ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal (LC nº 75/1993, art. 46, III) e no

²³ O Único é o Sistema Integrado de Informações Institucionais do Ministério Público Federal que controla a gestão do fluxo processual no MPF. Criado para agilizar e unificar o trâmite de documentos judiciais e administrativos, ele permite a integração nacional do MPF de forma transparente, além de dar celeridade e segurança à tramitação de processos. (Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_mpf_sistema.pdf>. Acesso em: 25 maio 2014).

²⁴ FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. O papel das Procuradorias Regionais da República no Ministério Público Federal – Desafios na atuação. **Pensar MPF: A revista do Ministério Público Federal**, Brasília, n. 1, p. 97-109, jul. 2013.

²⁵ Idem, *ibidem*.

Superior Tribunal de Justiça (LC nº 75/1993, art. 48, II), podendo delegar tais atribuições para os subprocuradores-gerais da República (SPGR), nos termos, respectivamente, dos arts. 47 e 48, parágrafo único, da LC nº 75/1993.

Assim, o PGR tem assento no STF e no STJ, assim como os SPGRs também atuam perante esses dois Tribunais de cúpula, sendo difícil, mas não impossível, fixar em um só procurador natural de instância superior a atribuição para cuidar do mesmo fato de corrupção, notadamente porque o recurso oriundo do segundo grau pode desembocar no STJ, onde atua um SPGR com designação específica, ou no STF, onde atua outro SPGR também previamente designado. Além disso, a ação penal originária pode ser proposta pelo PGR ou por SPGR designado para o caso.

Nada obstante tais peculiaridades, intrínsecas ao modelo constitucional e legal da PGR, pode-se pensar na adoção de um modelo de NCC que confira atribuição ao PGR ou a SPGRs com designação plena para atuar, concomitantemente, no STJ e no STF, acompanhando o fato de corrupção, seja na sua configuração de ação penal originária, seja para dar continuidade, com unidade, aos trabalhos já desenvolvidos em primeiro e segundo graus de jurisdição que desembocaram na PGR por meio de recursos extremos.

Aliás, podemos dizer que esse modelo já existe, muito embora não seja uma rotina para todos os casos. Estamos falando do Grupo Especial de subprocuradores-gerais da República criado para acompanhar e dar continuidade perante o Superior Tribunal de Justiça aos feitos da Lava Jato que chegam na PGR por meio de *habeas corpus*, reclamações e recursos especiais.

O sucesso desse grupo especial, criado para um caso concreto, pode ser estudado e expandido para uma linha mais geral de atuação na PGR.

4 CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Os resultados concretos positivos do NCC estimularam a sua criação em inúmeras unidades da capital e do interior, as quais passaram a atuar com esse modelo organizacional, sendo que todas elas se depararam com o mesmo problema: a inexistência de Câmara de Coordenação e Revisão com correspondência específica para esse núcleo.

Sem dúvida, a partir de nossa experiência cotidiana, essa era uma das principais dificuldades enfrentadas pelo Núcleo de Combate à Corrupção, já que, tendo atribuição criminal e cível, os escritórios, com os seus respectivos procuradores, recebiam coordenações diferentes e submetiam as suas promoções de arquivamentos para duas Câmaras distintas (2ª CRR e 5ª CCR), havendo o mesmo risco de decisões conflitantes, o que não raro ocorria, transmitindo não só aquela mesma imagem de desorganização e enfraquecimento da persecução remanescente, mas deixando o procurador natural numa situação verdadeiramente embaraçosa.

É preciso reconhecer que a 2ª e a 5ª CRRs sempre foram entusiastas dos modelos de NCC, inclusive recomendando a sua implementação nas unidades do MPF, e buscando na medida do possível conferir uma harmonia nos julgamentos das homologações. Contudo, diante da autonomia das CCRs, era impossível se alcançar uma coordenação concentrada e unificada, inclusive na definição de prioridades, bem como total coerência nas revisões de arquivamentos.

Não foi por outra razão que o então procurador-geral da República Rodrigo Janot, conhecedor dessa nova realidade e sensível à necessidade de mudança para impulsionar todos os órgãos ministeriais na direção que alcança os melhores resultados, apresentou proposta de ampliação e reformulação das Câmaras de Coordenação e Revisão no Ministério Público Federal.

Assim, após aprovação da proposta em sessão ordinária, o Conselho Superior do Ministério Público Federal (CSMPF) editou a Resolução nº 148, de 1º de abril de 2014, publicada no DOU de 24/4/2014 (nº 77, Seção 1, p. 91), na qual foi criada a Câmara de Combate à Corrupção (5ª CCR).

A Câmara de Combate à Corrupção nasce com uma enorme legitimidade, já que pensada e criada a partir de uma realidade surgida nas bases do MPF e para fazer força à necessidade de maior organização e profissionalização no combate a uma das principais chagas da República, que é a corrupção.

Procurando concentrar energia da Câmara de Combate à Corrupção naquilo que é peculiar à sua existência (fatos de corrupção de natureza dúplice), o CSMPF deixou para a 1ª CRR cuidar, além dos Direitos Sociais, do Controle dos Atos Administrativos em geral (Patrimônio Público Residual), para a 2ª CCR a Matéria Criminal Residual e para a 7ª CCR o Controle Externo da Atividade Policial e o Sistema Prisional.

A nova 5ª CCR nasce para desempenhar um dos maiores desafios do MPF, que é o de articular um trabalho nacional, efetivo e eficaz, de combate à corrupção no Brasil. Um dos seus desafios é acompanhar e finalizar a implementação dos NCCs nas demais unidades do MPF, absorvendo as experiências bem-sucedidas realizadas pelos núcleos já implantados e prestando apoio técnico para a adaptação desse modelo organizacional em todo o país.

Uma questão a que a 5ª CCR deve ficar muito atenta, pois isso já é sentido em várias unidades do MPF, consiste na elevada sobrecarga de trabalho dos NCCs, para onde têm aportado as causas mais complexas, volumosas e sensíveis no âmbito do direito sancionador, sendo certo que essa sobrecarga não se dá apenas “*in re ipsa*”, pelo material trabalhado nos NCCs, mas principalmente pela divisão desproporcional de trabalho, alocando poucos ofícios para esse núcleo, e pela deficiência de estrutura, em especial apoio especializado (pericial).

Se não houver um cuidado com a boa implementação do NCC nas unidades do MPF, com uma estrutura e quantidade de ofício proporcional aos desafios da demanda, esse núcleo pode virar um ofício de mera passagem, em que poucos membros desejam exercer a sua vocação e a própria missão do Ministério Público Federal, que é a do combate à corrupção com profissionalismo, eficiência e excelência.

5 CONCLUSÃO

Sendo uma das metas do Planejamento Estratégico do Ministério Público Federal ser percebido como uma Instituição que atue efetivamente no combate à criminalidade e à corrupção e que desenvolva, também, uma atuação preventiva, é preciso entender que a sociedade e os demais atores do Sistema de Justiça e da Política veem o MPF e constroem a sua imagem a partir de sua atuação externa.

É preciso, de nossa parte, ter muita autocrítica e perspicácia para assimilar quais os sinais estão sendo sentidos pela sociedade acerca da atuação do MPF.

Se a percepção for a de uma Instituição que *investe dobrado* para cuidar do mesmo fato e que, mesmo assim, apresenta uma imagem de desorganização, antiprofissionalismo, desunião e baixa efetividade, dificilmente essa meta será alcançada sem antes passar por um novo arranjo institucional.

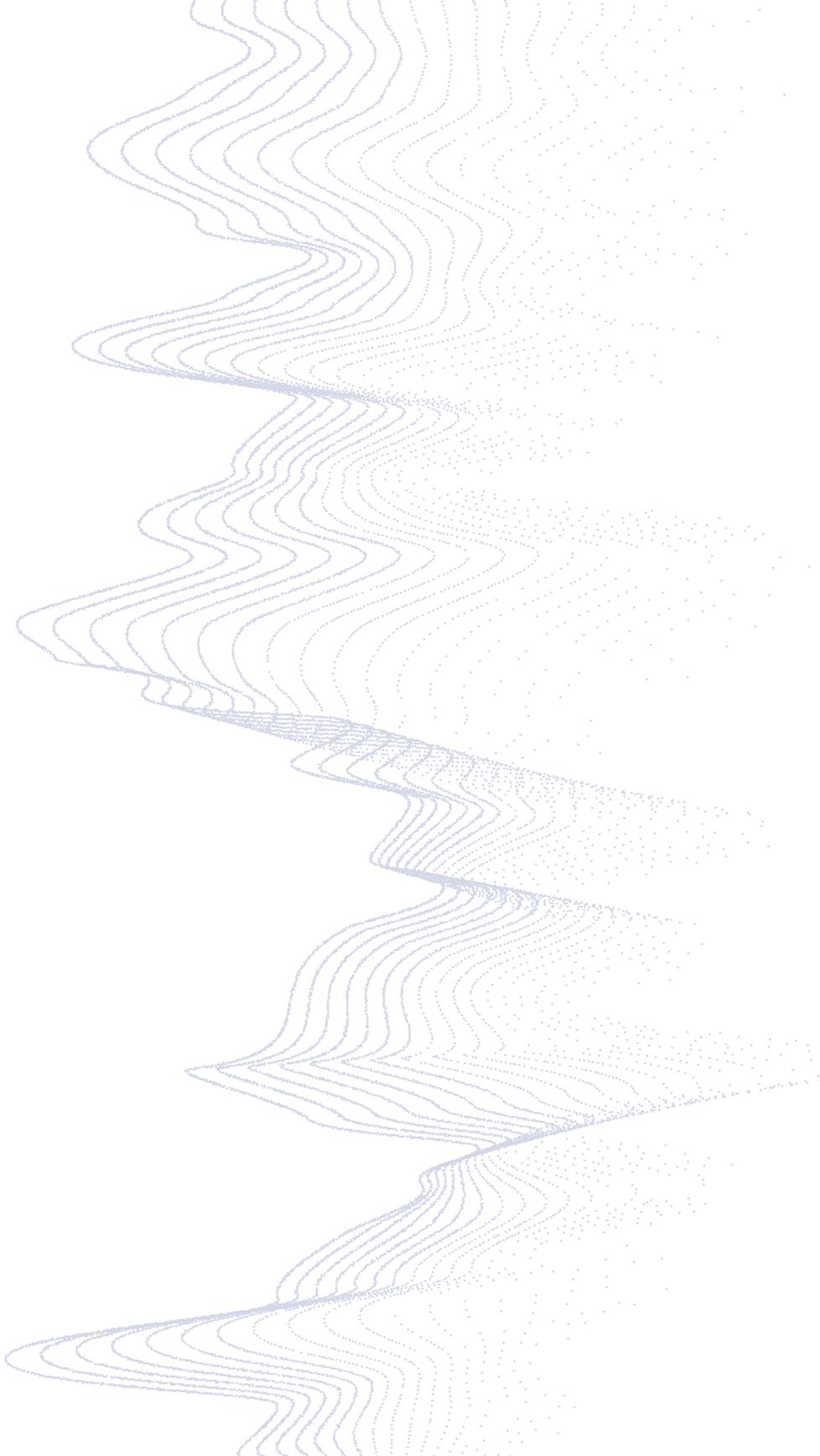
O Planejamento Estratégico deve funcionar como uma caixa de ressonância para identificar os nossos problemas organizacionais e definir as propostas de soluções desenvolvidas fora ou dentro da própria Instituição.

No debate interno sobre a implantação ou não do NCC nos locais ainda faltantes, somente deverão ser admitidas razões de ordem pública, de modo que os que resistem a esse novo conceito devem apresentar argumentos racionais e dados estatísticos superiores para manter o modelo tradicional. É dizer, conveniências pessoais não devem se sobrepor ao interesse público. Afinal, é a imagem do MPF que está em jogo e tem-se uma meta ambiciosa a ser atingida em 2020, sendo que, para a próxima esquina da história, ainda há um longo caminho a ser percorrido.

REFERÊNCIAS

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. O papel das Procuradorias Regionais da República no Ministério Público Federal – Desafios na atuação. **Pensar MPF: A revista do Ministério Público Federal**, Brasília, n. 1, p. 97-109, jul. 2013.

MARINHO, Isaac Morel. **A eficácia da lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) na Seção Judiciária de Natal da Justiça Federal do Rio Grande do Norte**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.



8 ASPECTOS DA APLICAÇÃO ADEQUADA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ATUAL ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO NO BRASIL

Samantha Chantal Dobrowolski¹

Resumo: O presente artigo examina como a Lei de Improbidade Administrativa, documento referencial no microsistema normativo anticorrupção brasileiro, pode ser interpretada e aplicada para adequadamente ensejar maior efetividade na consecução de sua finalidade, a defesa do erário e da moralidade administrativa. Nesse contexto, com base no modelo de múltipla incidência punitiva nacional, imperiosa é a compreensão do alcance de inovações legislativas que lhe são posteriores, destacadamente a adoção do instituto premial do acordo de leniência no Sistema Jurídico Brasileiro, que deve ser admitido também no combate à improbidade administrativa, para pessoas jurídicas, a fim de se conciliar exigências de eficiência na defesa do Estado e de seu patrimônio e de segurança jurídica e amplitude do Direito e meios de defesa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Microsistema anticorrupção brasileiro. Lei de improbidade administrativa. Lei anticorrupção. Moralidade administrativa. Patrimônio público. Defesa do erário. Segurança jurídica. Eficiência. Acordo de leniência.

Abstract: *This article examines how the Law of Administrative Improbability, a reference document in the Brazilian anti-corruption normative micro-system, can be interpreted and applied to adequately give greater effectiveness in the achievement of its purpose, the defense of the treasury and administrative morality. In this context, based on the model of multiple punitive national incidence, it is imperative to understand the scope of subsequent legislative innovations, notably the adoption of the premier institute of leniency agreement in the Brazilian legal system, which should also be admitted in the fight against administrative misconduct, for legal persons, in order to conciliate efficiency requirements in the defense of the State and its patrimony and legal security and breadth of law and means of defense.*

Keywords: *Administrative dishonesty. Brazilian anti-corruption system. Law of administrative improbity. Anti-corruption law. Administrative morality. Public patrimony. Defense of the treasury. Legal certainty. Efficiency. Leniency agreement.*

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas do século passado, marcadas por crises econômicas e energética, disputas políticas polarizadas ainda pela Guerra Fria e busca de avanços tecnológicos relevantes – sobretudo na área de informática, consolidados no cotidiano, na virada dos anos 2000 –, inicia-se paulatino processo de globalização nas relações de países e na circulação

¹ Mestre e doutora em Direito pela UFSC, procuradora regional da República na Terceira Região, coordenadora da Comissão Permanente de Assessoramento em Leniência e Colaboração Premiada (CPALCP), da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

de pessoas e informações, o qual necessariamente enseja a disseminação de ideias tidas como essenciais para possibilitar a convivência pacífica com fluidez de fronteiras.

Sob a perspectiva político-econômica, exemplo disso é a tendência internacional que se afirma em discurso majoritário no mundo ocidental, e, juridicamente, adotada em tratados internacionais e multilaterais diversos, voltados ao enfrentamento e ao combate a práticas de corrupção, como fórmulas de promoção do desenvolvimento social e econômico, com os parâmetros da livre iniciativa e do livre mercado. Torna-se, assim, cada vez mais necessário e desejável um ambiente negocial sadio, isento, menos corrupto e mais sujeito a punições em caso de desvios, sempre observados devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Nessa linha, firma-se o reconhecimento global de que, atualmente, a corrupção configura um fenômeno que passa por organizações, mais do que decorre de iniciativas individuais isoladas, envolvendo práticas reiteradas e complexas redes de interação entre diversos atores sociais, com alto grau de institucionalização, expansão e invisibilidade. Ao operar socialmente como uma “regra do jogo”, como ocorre em diversos países, afeta decisivamente a distribuição de recursos públicos, o funcionamento do Estado, a aplicação da lei, a concretização dos direitos e a legitimidade dos próprios vínculos de coesão social dos regimes democráticos contemporâneos. Com sua expansão transfronteiriça, abala o desenvolvimento econômico e o exercício da concorrência justa e adequada, o que agrava e agiliza a demanda por mecanismos mais eficientes e instrumentos institucionalmente cooperativos, inclusive no âmbito da repressão internacional, para buscar seu controle e enfrentamento mais integrado.

Em função de seus agudos reflexos sociopolíticos e de sua importância econômica, adquire relevância jurídica, recebendo atenção de distintas óticas de responsabilização no campo do Direito. E, assim, na agenda anticorrupção contemporânea, despon-ta, com maior urgência, a adoção de marcos regulatórios claros e aprimorados, e, em certa medida, afetos a uma mesma abordagem punitiva, que atenda às preocupações da comunidade internacional.

Certamente, para o tratamento adequado e efetivo desse complexo problema, é preciso construir e consolidar, em âmbito interno e externo, um sistema cultural de integridade contra a corrupção, que envolva normas, práticas, atores sociais, entes estatais, transparência e controle do exercício do poder. Tal desiderato exige esforço pedagógico contínuo, correlato ao próprio desenvolvimento cotidiano dos regimes de-

mocráticos, para o que o recurso às soluções jurídicas é uma das ferramentas disponíveis, com efeitos tão simbólicos e pedagógicos quanto técnicos e concretos.

No Brasil, esse movimento pode ser identificado com mais clareza após a reconstitucionalização democrática em 1988. Desde então, sobretudo do final dos anos 1990, novos elementos jurídicos, institucionais e culturais – ao menos em nível discursivo –, voltados a aprofundar a reflexão e as ações para a melhoria da gestão pública e das regras do jogo, também no ambiente negocial, passam a ocupar o debate público nacional. Surgem novas legislações que agravam a possibilidade de repressão à corrupção, amplamente considerada, e a práticas ilícitas contra a Administração Pública, assim como permitem a adoção de mecanismos de transparência e acesso à informação – facilitados pela ampliação do uso da *internet* –, aprimoramentos no Sistema Processual Penal e Punitivo, bem como a reconfiguração e estruturação de instituições independentes, como o Ministério Público, de órgãos de controle externo com autogoverno e de outros, de fiscalização interna no aparelho estatal. Avançam também mecanismos de controle social sobre o Poder Público e suas políticas, como instrumentos participativos na gestão do Estado, que a Constituição consagra e prestigia.

Do ponto de vista especificamente legislativo, no que diz com a responsabilização por lesões à Administração Pública e a seus valores e princípios constitucionais, destaca-se a edição, em 2 de junho de 1992, da Lei nº 8.429, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), objeto de atenção deste breve escrito e marco fundamental no microssistema normativo anticorrupção nacional (ou, doravante, microssistema anticorrupção).²

Passados vinte e cinco anos de vigência da LIA, ainda permanecem controvérsias centrais sobre seu exato alcance em determinados pontos e resistências sociais e políticas à sua completa concretização, presentes desde o início. Há também evidente *deficit* de eficiência em seus contextos de aplicação, em função de questões estruturais, operacionais e burocráticas afetas à apuração oportuna e consistente dos atos irregulares que visa punir, bem como à morosidade na tramitação processual dos casos no Judiciário. Apesar disso, ao lado da constante necessidade de afirmação de seu campo de incidência, com o descortinamento de variáveis e hipóteses não exauridas em sua tipologia aberta e enumerativa, podem ser identificados ganhos jurídicos no delineamento concreto de seus limites, com adequação à luz do texto constitucional e do ordenamento em que inserida. E, enquanto suas deficiências técnicas persistem, convivendo com sua parca efetividade

² Para os fins deste escrito, será usada a denominação mais curta: microssistema normativo anticorrupção ou simplesmente microssistema anticorrupção. Há variações, algumas talvez mais elegantes, tais como microssistema de defesa da integridade e da moralidade públicas; microssistema de defesa do patrimônio público e do combate à corrupção; microssistema de Direito Sancionador.

para coibir ou evitar os contínuos episódios de ruptura ética em setores públicos e privados no país, esforços de diferentes atores sociais e institucionais também se repetem, aprimorando-se pouco a pouco, para, inclusive no manejo da LIA e de novos mecanismos, responsabilizar com mais êxito e agilidade agentes públicos corruptos e os particulares corruptores, preencher lacunas e omissões no microsistema sancionador e reprimir desvios e irregularidades contra o erário e a Administração Pública.

Assim, de início, deve-se avaliar a LIA, à luz de seus pressupostos, caráter simbólico e alcance sociopolítico, o que requer breve e panorâmica revisão histórica dos antecedentes que a fundamentam, na construção dos limites do poder estatal e da responsabilização de seus agentes. Passa-se, depois, ao exame de sua inserção no sistema de múltipla incidência punitiva do Direito brasileiro, em que ocupa *locus* privilegiado, porque central e inovador, em complemento às tradicionais esferas de sancionamento pela prática de atos ilícitos, já que se concentra na responsabilidade civil e político-administrativa de servidores públicos. Em seguida, cumpre avaliá-la em conjunto com a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a Lei Anticorrupção (LAC), esfera especial – porque precipuamente devotada à figura da pessoa jurídica corruptora –, posterior, mas em tudo correlata à LIA, que não a revoga nem derroga inteiramente, devendo, por isso mesmo, ser com ela harmonizada na integração e aplicação concreta, enquanto aprimoramentos desejáveis ou necessários não ocorrem.

Nesse intento, ao final, pela relevância e centralidade da intersecção pragmática entre LIA e LAC, estuda-se o acordo de leniência, recentemente incorporado ao âmbito civil e administrativo de responsabilização, a exemplo do que se dá com seu correspondente na esfera penal, como mecanismo hábil a otimizar persecução e repressão de desvios e ilícitos organizacionais e societários. Esse ponto desafia abordagem sobre a necessária e adequada utilização do instituto de colaboração premiada também em sede de improbidade administrativa, com objetivo de verificar como aliar, no aprimoramento concreto da atuação sancionatória do Estado em prol da moralidade pública e da higidez do erário, e sempre consoante os ditames constitucionais e as exigências contemporâneas de eficiência, segurança jurídica e isonomia.

2 A DEFESA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA: SENTIDO, ALCANCE E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

No Brasil, a inequívoca preocupação constitucional com a moralidade da Administração Pública, tanto em relação à garantia de seu patrimônio e dos princípios em que se assenta (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), consagrados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, quanto para dar-lhe contorno democrático e, com o reconhecimento do primado da dignidade da pessoa humana e do amplo rol de direitos fundamentais dele derivados, limitar o exercício do Poder Público e de seus atos perante o espaço autônomo de autoconformação individual e coletiva, embasa, ainda que com finalidade marcadamente heurística, o reconhecimento de autêntico microssistema normativo anticorrupção.

Constituído por normas jurídicas de distintas hierarquias, com destaque para princípios e regras dedicados à proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa, esse microssistema anticorrupção espalha-se por dispositivos da própria Constituição Federal, albergando diretrizes de importantes tratados e convenções internacionais internalizados no país³, até alcançar um vasto rol de normas infraconstitucionais e seus desdobramentos. Bem por isso, abrange diversos diplomas legais⁴, e, na esteira da tradição jurídico-política brasileira, distribui entre órgãos e poderes com diferentes competências e atribuições as tarefas de fiscalização, controle e repressão por atos ilícitos, sob a forma de múltipla incidência punitiva. Transita, portanto, entre as chamadas distintas esferas de responsabilização e sancionamento do Direito nacional – penal, civil em sentido estrito, administrativa, de improbidade administrativa e

³ São os seguintes: 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; Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), Decreto nº 4.410/2002; Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, Decreto nº 5.015/2004; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, denominada de Convenção de Mérida, Decreto nº 5.687/2006.

⁴ Devem ser considerados integrantes desse microssistema anticorrupção, especialmente, os seguintes textos legais, entre outras espécies complementares: Código Penal Brasileiro (DL nº 2.848/1940), Lei do *Impeachment* (Lei nº 1.079/1950), Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), Decreto-Lei nº 201/1967 (que estabelece crimes de prefeitos), Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais (Lei nº 8.112/1990), Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990), Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) – e seus antecedentes históricos, Lei nº 3.164/1957 (Lei Pitombo Codóí-Ilha) e Lei nº 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto), Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/1992), Lei nº 8.730/1993 (que obriga apresentação e atualização da declaração de bens na posse em cargos públicos), Lei Geral das Eleições (Lei nº 9.504/1997), Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998 e alterações), Lei da Compra de Votos (Lei nº 9.840/1999), Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), Lei de Conflito de Interesses na Administração Pública Federal (Lei nº 12.813/2013), Lei do Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei nº 12.462/2011), Lei do Cade ou do Sistema Nacional de Defesa da Concorrência (Lei nº 12529/2011 c/c Lei nº 8.884/1994), Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999), Lei Anticorrupção (Lei nº 12486/2013).

política⁵ –, as quais operam racionalmente, de modo autônomo, mas ao mesmo tempo interdependente, salvo exceções expressas de necessária interferência recíproca, e que, incidindo sobre o mesmo fato, às vezes comunicando-se até para complementar-se, servem para abarcar as diferentes possibilidades de reparação de danos e um amplo espectro de punição aos agentes públicos e privados que lesarem o Estado, atendendo a distintos fins na proteção do bem jurídico em questão, na expressão democrática da liberdade de conformação do legislador.

A multiplicidade de instâncias punitivas e a concorrência institucional para a repressão a ilícitos têm sido usuais no país e encontram justificativas racionais atinentes à eficiência e à eficácia, visando a minimizar riscos de captura no interior do sistema de controle, suprir falhas técnicas, motivacionais ou circunstanciais, além de deficiências estruturais dos órgãos encarregados da ação sancionadora estatal, o que também atende a exigências democráticas na difusão social e institucional dos foros de fiscalização e limitação do Poder Público e de seus agentes.

É certo, por outro giro, que tais mecanismos não podem representar agravamento insuportável e desarrazoado do regime punitivo aplicável aos infratores, porque, na consecução de suas finalidades, o Estado, ainda que em sede de repressão a desvios e mesmo na defesa da probidade e da moralidade administrativas, deve atender à eficiência tanto quanto aos primados da segurança jurídica, da vedação do excesso estatal nas relações público-privadas e dos demais direitos fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa humana.

Diante disso e para melhor circunscrever o sentido, os fundamentos e o alcance da configuração da defesa da probidade administrativa como esfera autônoma de responsabilização por ilícitos no Direito brasileiro, é oportuno indicar adiante, em brevíssimo apanhado – voltado antes à simplista elucidação semântica que a uma análise, ainda que superficial, pretendidamente teórica, alheia ao limitado objeto deste artigo –, as premissas de corte histórico e político, sobre a evolução, na experiência ocidental recente, da contenção do poder por meio da responsabilização do Estado e de seus agentes, bem como da consolidação do dever de reparar danos causados ao erário, especialmente à luz do ordenamento pátrio e da Constituição Federal de 1988.

⁵ Sobre as distintas esferas autônomas de responsabilização no Sistema Legal Brasileiro, sua compatibilização e a compreensão da responsabilização por ato de improbidade administrativa como esfera própria de responsabilidade, ver, por todos, a obra de Mônica Nicida Garcia, a saber: **Responsabilidade do agente público**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. Confira-se, ainda, didático estudo de Jorge Munhós de Souza, que aborda o ponto, intitulado Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção, In: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SOUZA, Jorge Munhós de (Org.). **Lei anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 131-178.

2.1 *Responsabilização por ilícitos e moralidade administrativa: breve nota histórica*

Desde suas origens clássicas até a Modernidade, a cultura democrática ocidental e o pensamento político que a sustenta devotam-se à constante busca da realização da melhor e mais justa forma de organização da convivência humana. Debruçam-se sobre o que configura o bom governo, no exercício do “poder do, para e pelo povo”, por meio das relações, práticas e significações compartilhadas por múltiplos agentes históricos e da articulação singular por eles feita de modo a permitir o discernimento do que é o verdadeiro, o bom, o lícito, o legítimo, o normal, e de seus contrários, forjando, assim, as instituições socialmente aceitas.

A abordagem ampla desse tema, que ocupa o constitucionalismo e a teoria do Estado contemporâneos, refoge aos estreitos limites deste trabalho, embora seu objeto a ele se conecte em sua fundamentação. Por isso, mesmo à minguada de exame detalhado de aspectos históricos, sociológicos e políticos sobre o ponto, devem ser estabelecidas algumas premissas básicas, delimitando, para fins didáticos, o alcance de expressões como Constituição, Estado e democracia, cuja utilização embasará a exposição subsequente, a fim de evitar desacordos semânticos ou teóricos.

Assim, dentro de um enfoque didático e puramente jurídico, a Constituição deve ser entendida aqui como a lei fundamental e suprema de um Estado; o estatuto, preferencialmente escrito e de caráter rígido, que contém normas referentes à organização do Estado e à estruturação de seus elementos básicos (povo, governo, território e finalidade), à formação dos poderes públicos, à forma de governo, à aquisição do poder de governar, ao modo, exercício e limitações deste, à distribuição de competências, aos direitos, garantias e deveres dos indivíduos⁶. E, por estarem no topo do ordenamento jurídico, os comandos da Constituição condicionam todo o desdobramento do Direito

⁶ Utiliza-se, aqui, um conceito simples, como os tradicionalmente encontrados na dogmática constitucional pátria, em que se ressalta o sentido material de Constituição (conteúdos tipicamente constitucionais, ou seja, ordenação e limites do poder estatal e direitos e garantias individuais), além do aspecto formal relativo à positividade escrita e rígida – isto é, aquela forma de Constituição em que está previsto um processo mais dificultoso e especial para a reforma de seus dispositivos, podendo estar vedada a alteração de alguns de seus conteúdos (por ex., a CF/88, cfe. art. 60, § 4º). Aduza-se, para melhor delimitar o sentido de Constituição, breve indicação de seus elementos constitutivos, baseada na lição de José Afonso da Silva, a saber: a) elementos orgânicos, que regulam os poderes estatais e definem a respectiva estrutura (por ex., títulos III e IV da CF/88); b) elementos limitativos, isto é, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que traçam linhas divisórias entre a esfera do indivíduo e o âmbito de atuação estatal (por ex., art. 5º da CF/88); c) elementos socioideológicos, reveladores do compromisso entre o Estado individual e o Estado social, que desenham o perfil ideológico do Estado dado (títulos VII e VIII da CF/88, por ex.); d) elementos de estabilização constitucional, destinados a garantir a paz social, que constituem instrumentos de defesa do Estado e permitem a recomposição de sua normalidade (por ex., título V da CF/88); e) elementos formais de aplicabilidade, os quais traçam regras referentes ao modo de aplicação do Texto Constitucional (como, por ex., o preâmbulo, as disposições transitórias e a norma do art. 5º, § 1º da CF/88). Cf. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 43-44.

na sociedade, seja no que diz com a sua criação legislativa, seja no que toca à sua interpretação e aplicação – inclusive, é claro, em relação aos direitos fundamentais.

Representando a ordenação jurídica máxima do político em uma dada sociedade, limitadora do poder e garantidora das liberdades, a Constituição caracteriza-se normalmente, nos Estados democráticos contemporâneos, inclusive no Brasil, como um documento compromissório, que, na maior medida possível, reflete o equilíbrio possível entre diversas forças sociais e políticas contrapostas e espelha os valores socialmente relevantes em determinada formação social. Dessa forma, como pacto resultante da ponderação entre as forças existentes na sociedade em dado contexto, a Constituição traduz, em termos de dever ser, aspectos variados das relações sociais, do mundo do ser, nos quais se incluem destacadamente as declarações de direitos fundamentais da pessoa humana como freios aos abusos do Estado e projeções de seu agir futuro, de suas metas e fins. Resulta daí o caráter fluido ou impreciso de muitos de seus conteúdos, cuja determinação, no momento da aplicação concreta, deve procurar filtrar racionalmente todas as manifestações culturais que a condicionam e informam desde a gênese sócio-histórica.

O termo Estado, por sua vez, para os fins ora propostos, deve ser entendido como a “espécie de organização política, munida de coerção e de poder, que, pela legitimidade da maioria, administra os amplos interesses e objetivos do todo social, sendo sua área de atuação delimitada a um determinado espaço físico”⁷.

Em sua evolução no Ocidente, quer como categoria teórica, quer como experiência social, superadas as bases religiosas da legitimação teocrática e absolutista e rompidos os vínculos holísticos de sujeição medieval – e para o que interessa nesta análise panorâmica e sem exaurimento cronológico do objeto –, o Estado consolida-se como regime político de poder limitado, por meio do contrato social, derivado do acordo firmado entre as vontades individuais, sem qualquer fundamento externo ou transcendente.

Carrega consigo, pois, a herança moderna, haurida desde o período revolucionário oitocentista, em que, por meio de convergências e dissidências, constrói sua configuração institucional básica a partir de sua articulação com premissas do ideário liberal, mantidas em todo seu desenvolvimento posterior, apesar das variações que apresenta no espaço e no tempo. Nesse sentido, pressupõe, por um lado, a afirmação do indivíduo singular, liberto de quaisquer cadeias de dominação holística, a fruição de liberdades

⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Elementos para um crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990, p. 12.

fundamentais e da autodeterminação moral, com a ínsita escolha de um projeto particular de vida, o que requer o respeito ao pluralismo e à diversidade, e, portanto, tolerância. Por outro lado, postula a igualdade de todo ser humano, passando a conceber cada indivíduo como soberano que detém parcela do poder político em idêntica medida, apto a exercer sua autodeterminação política, por meio da adoção da regra da maioria – com o correlato resguardo das minorias –, no bojo de um modelo representativo, em que se elegem mandatários para as funções governamentais, passíveis de controle público, mediante mecanismos específicos e eleições periódicas, consoante ao funcionamento de um Estado juridicamente regulado.

Desse modo, como conquista histórica das revoluções liberais do Ocidente moderno, a limitação do poder estatal é um dos principais fundamentos do Direito Público e pilar essencial dos regimes democráticos. Significa dizer que, por meio dela, o Estado é responsável, pois ele próprio está sujeito e limitado à ordem jurídica, como meio de contenção do arbítrio, o que, nos textos constitucionais contemporâneos, relaciona-se diretamente com o rol de direitos e garantias dos cidadãos.

À limitação do poder estatal corresponde a responsabilização por atos administrativos, abusos e desvios. Historicamente, o que ora importa é a evolução mais recente, havida desde o domínio do Estado absolutista na Europa, época em que vigente a irresponsabilidade do governante. Investidos de autoridade com base na confiança e na lealdade pessoal devotada ao monarca, os agentes ou oficiais do rei, em tal cenário, respondem apenas criminalmente, com foco na punição pela deslealdade. Fundamentam-se o poder e seu exercício na noção de soberania de origem divina, concepção político-religiosa que se resume no conhecido brocardo *the king can do no wrong!*

Mais adiante, no início do Estado liberal, quando, apesar de valer a soberania popular e não o mandato divino, ao indivíduo são basicamente garantidas apenas liberdade e propriedade, sem outros instrumentos protetivos, ainda predomina a irresponsabilidade dos agentes estatais.

Já com a afirmação do Estado de Direito, limitado pela Constituição e sujeito, ele próprio, às leis, surge a previsão de responsabilidade do agente público, que passa a responder com restrições, em caso de dolo ou culpa grave, sendo necessária, no entanto, como ocorre no período pós-revolucionário na França, prévia autorização estatal. Também se vão desenvolvendo a ideia de responsabilidade do Estado por danos derivados de atos de gestão, mas ainda sem alcançar atos de império, e a de responsabi-

lidade patrimonial do Poder Público, fundada na conduta culposa do servidor, numa extensão da doutrina civilista ao Direito Administrativo.

Percebe-se, desse modo, que, com o tempo e a evolução histórica, a responsabilização dos agentes públicos varia paulatinamente da completa irresponsabilidade – de que é representativa a imunidade absoluta atribuída ao monarca equivalente à irresponsabilidade total –, a formas intermediárias, com os limites estabelecidos pelo avanço do Estado moderno, os direitos e garantias individuais, até as exigências mais contemporâneas, também atinentes à eficiência e à obtenção de certos resultados.

Institucionalmente, pois, a responsabilidade do agente público precede a do próprio Estado, e, no atual contexto, em que prevalece a noção de Estado Democrático de Direito, é inafastável a responsabilidade estatal e do agente público⁸, inclusive em mais de uma esfera concomitante de responsabilização.

Consistindo, a um só e mesmo tempo, no equilíbrio resultante da expressão igualitária da soberania do povo e da fruição de garantias de liberdade e igualdade, por meio da enunciação de direitos fundamentais aos cidadãos⁹, o Estado Democrático de Direito e o exercício de poder que dele dimana não se comprazem somente com o apelo à legitimação formal ou a alguma espécie superior de autoridade, imanente ou transcendente, para fundamentar sua existência e a da própria lei que a regula. Justamente por isso, escolhas e condutas do Estado e de seus agentes, ainda que na gestão dos bens e interesses coletivos, devem ser passíveis de justificação pública, vazada de modo geral e objetivo, racionalmente fundamentada, para que se possa verificar sua correção e acerto, inclusive por diferentes mecanismos recíprocos e sobrepostos de controle, essenciais à democracia.

Delimitada pelo *rule of law*, a atuação do Estado e de seus agentes submete-se a restrições e controles, com o incremento das possibilidades de sua responsabilização, manifes-

⁸ Deve-se atentar para a definição ampla de agente público, no Sistema Punitivo Nacional, que, com peculiaridades no âmbito penal e cível, em geral, engloba toda pessoa física que exerce função pública, com ou sem vínculo empregatício, em caráter definitivo, precário ou transitório, prestando serviços ao Estado (Administração Pública direta) ou às pessoas jurídicas da Administração indireta (autarquias e fundações). Trata-se do gênero do qual a expressão servidor público é espécie. Indica-se, como base normativa para consulta: CF/88 (e Emendas Constitucionais 19/1998, 20/1998, 41/2003 e 47/2005), arts. 37 e 38 (disposições gerais), 39 a 41 (servidores públicos civis) e 42 e parágrafos (servidores militares dos Estados, DF e Territórios). CF, art. 37 e parágrafos aplicam-se também a estados, DF e municípios, tanto à Administração Direta como à Indireta, e a todos os poderes. Constituições Estaduais e Leis Orgânicas de Municípios Estatutos: Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, o chamado Regime Jurídico Único – Lei nº 8.112/1990. Estados, DF e Municípios podem editar os estatutos gerais para seus próprios servidores civis ou especiais, por categoria (por ex., Estatuto do Magistério, Lei Orgânica de Procuradorias). Há ainda os Códigos de Ética Profissional.

⁹ Sobre democracia e Estado Democrático de Direito, origens, características, evolução, em abordagem mais detida, remete-se a escrito anterior: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea:** entre soberania popular e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.11-75.

tada tanto nos campos social, político e moral quanto, especialmente, no âmbito jurídico, em que se espalha por diversas e distintas esferas do ordenamento normativo.

O princípio da responsabilidade estatal e dos agentes públicos, incluídos particulares que atuam em conjunto ou em nome do Poder Público, representa uma das principais decorrências normativas da configuração do Estado Democrático de Direito, fundado na igualdade de todos perante a lei e na correlata suposição isonômica básica de que também os detentores de parcelas do poder estatal devem responder por seus atos. Reflete o fundamento da legitimação política na democracia, que baseia os vínculos de coesão social no jurídico do poder político e nos limites de seu agir. Desse modo, ao Estado e a seus agentes – ao governante –, não se confere franquia total para gerir os negócios comuns, mas se assinalam limites e parâmetros. Vale dizer: é o exercício controlado do poder, limitado pelas leis – que universalizam regras de conduta, proibições e permissões –, com dever de prestação de contas e publicidade, que torna legítima a ação do Estado e de quem em seu nome age, pouco importando outras condições pessoais e sociais ou filiações de qualquer ordem. É a racionalização de seu exercício – derivada do império da lei e de suas exigências de publicidade e fundamentação –, e não a autoridade retórica ou formal, que legitima o poder.

Além disso, na época contemporânea, em que ordens sociais complexas, heterogêneas e burocratizadas, sobretudo no Ocidente, mantêm interações diversas de corte global, disseminando-se com agilidade fluxos humanos, tecnológicos, informacionais e materiais, além de circunstâncias ambientais e econômicas, exigências não só formais mas também afetas ao manejo técnico de competências discricionárias e a critérios de desempenho, como eficiência, eficácia e efetividade, passam a ser incorporadas ao regimento do controle da gestão estatal e de sua legitimidade. Tende-se, portanto, à valorização de modelo gerencial, embora não se dispense a observância dos tradicionais deveres de diligência, imparcialidade, lealdade institucional, que o agente público deve respeitar no exercício de suas funções e dos espaços discricionários de sua atuação.

E, ainda que se afigure razoável não identificar na racionalidade eficientista a principal justificativa da própria existência do Estado e da atuação do Poder Público – que deve servir também para suprir necessidades coletivas emergenciais, imprevisíveis e indesejáveis, bem como aquelas que não dão lucro nem são facilmente encampadas pelos particulares, sustentando o vínculo social –, é certo que as obrigações de pres- teza, o atingimento de metas e a obtenção de resultados positivos no seu agir condicionam a legitimidade estatal e a boa gestão pública, até em função dos recursos ambientais, financeiros e materiais cada vez mais escassos. Somadas a isso, as premissas

ético-normativas da vida política contemporânea exigem mudanças na forma de atribuição de responsabilidade aos agentes públicos, mandatários eleitos inclusive, e na interpretação dos princípios a partir dos quais devem proceder.¹⁰

A essa demanda de boa gestão pública corresponde o direito fundamental ao governo probó, em que há efetivo cumprimento de exigências que atendam ao liame de integridade, fidúcia e confiança, para além de qualidade, técnica e eficiência. Nesse conjunto devem se incluir práticas, políticas e metas materialmente aceitáveis pelo meio social, segundo o direito válido, tecnicamente úteis e necessárias, passíveis de justificação racional e conformes à previsibilidade esperável da atuação estatal, de modo a estarem suficientemente atendidas demandas sociais de justiça.

O governo probó orienta-se pela realização concreta dos anseios sociais, axiologicamente delineados no texto constitucional e conforme a moralidade fundante da Administração Pública de dada coletividade. Daí derivam deveres imputáveis ao gestor público, de cuja atuação defluem efeitos variados, consoante a ótica positiva ou negativa de seu alcance, que, assim, podem ser tratados sob prismas diferenciados, até porque, democraticamente, coexistem, com a moralidade institucional, distintas instâncias de controle, abrangendo a sanção a desvios, má gestão, ineficiência e diferentes gradações de ilícitos.¹¹ Nesse sentido, dada a complexidade das relações sociais em nível global e em função do modelo tecnocrático prevalente, ao Estado e seu corpo funcional são conferidos maiores poderes e mais amplas esferas de decisão, o que, por sua vez, como contraponto, deve reduzir seus âmbitos de imunidade e ampliar as possibilidades de responsabilização por desvios.

Desponta, por conseguinte, como máxima e fundamento, o interesse público e social, o qual justifica e legitima a própria existência do Estado e o exercício dos poderes interdependentes que o compõem, bem como as formas de responsabilização que lhes correspondem. As premissas que sustentam o bem comum e o interesse coletivo, expressas e consagradas no ordenamento jurídico, por meio de princípios constitucionais e diversas normas, adquirem caráter cogente e dose suficiente de juridicidade para vincularem o comportamento do gestor público, do agente estatal e de particulares em sua interação com o Poder Público, exigindo um eficiente sistema de controle e fiscalização de sua atuação.

¹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 100.

¹¹ OSÓRIO, op. cit., p. 100.

Para ilustrar o que se vem expor sobre o princípio da responsabilidade estatal e de seus agentes, antes de ingressar no modelo atualmente vigente no Brasil, merece nota sucinta e pontual a abordagem do tema, à luz da evolução constitucional interna.

Assim, no Brasil, desde a Constituição Imperial de 1824 e da primeira republicana, de 1891, em modelos limitados, tem sido prevista a responsabilidade dos funcionários por abusos e omissões no exercício de suas funções. Nos textos de 1934 e 1937, a responsabilidade do Estado e dos funcionários é do tipo solidário, derivada dos prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abusos no exercício de seus cargos (litisconsórcio passivo obrigatório). Em 1946, a Constituição promove alargamento relevante no tema, ampliando o instituto, com adoção da responsabilidade objetiva do Estado e da previsão de ação regressiva contra funcionário que agir com dolo ou culpa. Idêntica previsão aparece em 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/1969. A Carta de 1988 mantém o sistema de 1946, inaugura a esfera autônoma da responsabilidade por ato de improbidade administrativa e inclui expressamente, na aplicação da teoria objetiva da responsabilidade estatal, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (art. 37, § 6º), também consagrando a responsabilidade objetiva do Estado, em que não cabe indagar, a qualquer título, de dolo ou culpa na causação do dano, mas apenas verificar se há nexos causal entre o evento lesivo e a atuação estatal do agente como tendo sido hábil a causá-lo, além da determinação do próprio dano.

Às previsões constitucionais básicas sobre o tema, o ordenamento jurídico nacional, a exemplo de práticas internacionais similares, tem admitido a concorrência de diferentes esferas de responsabilização por ilícitos e desvios, também aplicáveis a agentes do Estado, como forma de defesa e proteção a bens e valores socialmente relevantes. É oportuno lembrá-las, para situar, em seguida, o eixo de incidência da improbidade administrativa, objeto mais central deste estudo, relacionando-o, mais adiante, como já mencionado, a inovações legais e a necessários aprimoramentos afetos à eficiência e à concretização dos princípios constitucionais da Administração Pública, notadamente o da moralidade.

2.2 *As distintas esferas de responsabilização no Direito brasileiro*

Juridicamente, um só e mesmo fato pode configurar ilícito de diferentes ordens, sendo passível de consequências em distintas esferas de responsabilização. E, embora possam apresentar sanções similares ou até coincidentes, essas instâncias punitivas mantêm autonomia de incidência, porque são in(ter)dependentes e têm objetivos, finalidades e processos diversos, comunicando-se eventualmente para atender a objetivos de racionalidade e eficiência em sua aplicação.

Esse regime sancionatório múltiplo implica que o acionamento por conduta ilícita em uma das esferas punitivas não elimina automaticamente a responsabilização nas demais, já que a cumulação de penalidades diferentes não só é juridicamente possível mas também muitas vezes está claramente determinada. Além disso, do ponto de vista da eficiência, a par das soluções existentes para se evitar punições desarrazoadas ou excessivas e o indesejável *bis in idem*¹², a multiplicidade de sanções por ilícitos representa mecanismo útil, porque, caso dificuldades ocorram na operacionalização de um dos âmbitos repressivos, comprometendo sua efetividade, subsiste margem de punição e de reparação dos danos, ainda que parcial, nos outros campos.

Entre as diferentes esferas punitivas coexistentes no Direito brasileiro, a exemplo de outros países, destacam-se, de início, as mais tradicionais e consolidadas: a criminal, a administrativa e a civil, além da responsabilidade política de mandatários.

Na linha do enfoque histórico antecedente sobre a responsabilidade de agentes públicos e dos que causam danos ao erário e ao Estado, importa inicialmente tratar da esfera penal, mais gravosa e antiga, reservada ao exercício funcional do Poder Judiciário, provocado pela atuação exclusiva do Ministério Público. Volta-se à proteção de valores e bens mais caros à sociedade como um todo, atentando ao resguardo da própria ordem interna do aparato estatal, embora nisto não se concentre, o que justifica a configuração mais severa e geral de suas prescrições. De todo modo, também tutela a Administração Pública e toda a atividade (ou seja, todos os poderes do Estado) e visa proteger a normalidade de seu funcionamento, a probidade administrativa, a correta prestação do serviço e o próprio decoro administrativo. Enseja a sujeição a processo-crime e aos ônus da condenação.¹³ Torna certa a obrigação de indenizar – o que, por sua vez, não se confunde com a multa como sanção, seja penal ou civil –, refletindo no dever de reparação de danos causados, inclusive ao erário. No caso de agente público que atua com abuso de suas funções, incide também em decorrência da prática de crime funcional definido em lei.

Dado seu caráter mais grave e seu potencial impacto sobre a liberdade individual, a esfera criminal deve prevalecer sobre as demais, em alguns casos,¹⁴ sendo imperativa

¹² Solução para evitar a violação ao *ne bis in idem* é compatibilizar a aplicação das sanções na fase de sua execução material. Assim, se uma sanção idêntica já foi imposta em dada esfera, deverá ser executada concretamente só uma vez, extinguindo-se, oportunamente, por já ter sido cumprida e atingida sua finalidade, a outra sanção equivalente. Possível também pensar na compensação entre valores, quando se tratar de prestação pecuniária punitiva, multas equivalentes ou afins.

¹³ Cfe. Código Penal, arts. 91 e 92.

¹⁴ Confira-se, a propósito: Código Civil, art. 935 (responsabilidade civil independe da penal, mas não se pode questionar mais sobre a existência do fato ou de sua autoria, quando isso esteja resolvido na esfera criminal); art. 126 da Lei nº 8.112/1990; CPP, art. 65 (faz coisa

a repercussão, quando comprovada a inexistência do fato criminoso ou a negativa de autoria. Se a absolvição se der por falta de provas (da existência do fato, da autoria ou insuficiência para a condenação) não haverá prejudicialidade nem reflexos do âmbito penal sobre os outros,¹⁵ independentes e diversos, já que nestes a deficiência probatória pode até vir a ser suprida. Vale dizer, portanto, que pode haver ilícito administrativo e civil e/ou ato de improbidade administrativa sem que haja crime. Mas, se houver crime, também haverá os demais ilícitos, que são um *minus* em relação àquele.

Já o bom funcionamento da máquina estatal, como valor constitucional e socialmente relevante, recebe tutela específica da esfera administrativa. Nela se pune infração disciplinar ou falta funcional, decorrente do exercício de cargo, emprego ou função, devido à violação de normas internas da Administração Pública pelo servidor sujeito ao estatuto e disposições complementares estabelecidas em lei, decreto ou qualquer provimento regulamentar. Relaciona-se, portanto, com a conduta inadequada que afeta a ordem interna e o funcionamento do serviço.

Os ilícitos administrativos desafiam a aplicação de penalidade disciplinar, no âmbito interno da Administração Pública, de forma motivada, com indicação dos atos irregulares praticados e de sua repercussão danosa para o Poder Público, dos dispositivos legais ou regulamentares violados e das cominações cabíveis, observado o devido processo legal, pelo superior hierárquico, que não pode se omitir, já que não tem disponibilidade sobre o interesse público protegido. A apuração ocorre pelos meios adequados (meio sumário, sindicância, processo administrativo, conforme a gravidade do caso), cabível a punição, desde que demonstrada sua legalidade, independentemente de responsabilização criminal ou civil¹⁶.

A responsabilidade política, por sua vez, diz com a má conduta do homem público e com o abuso ou violação do mandato popular que exerce. Engloba, por isso, a prática de infrações político-administrativas ou político-disciplinares de determinada categoria de agentes públicos, os agentes políticos, que ocupam posição superior na estru-

julgada no cível a sentença penal que reconhece ter sido o ato praticado em estado de necessidade, legítima defesa, no estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito) e art. 66 (permite a propositura da ação civil, quando não tiver sido reconhecida categoricamente a inexistência material do fato, o que vale para a esfera civil e a de improbidade administrativa).

¹⁵ Conforme disposto no Código de Processo Penal (CPP), no art. 386, prevalece o âmbito penal, em caso de absolvição devida à inexistência do fato tido como criminoso ou por existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (incisos I e V). Se a absolvição se der em razão de o fato não constituir infração penal (inciso III) ou decorrer da falta de provas (da existência do fato (inciso II), da autoria (inciso IV) ou insuficientes para condenar (inciso VI), não haverá qualquer repercussão sobre outras esferas punitivas.

¹⁶ Sobre a cumulação de esferas de responsabilidade e âmbito funcional, confira-se, ilustrativamente, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (art. 125). Já sobre comunicação com a instância penal, atente-se para o fato de que, quando o ilícito administrativo se referir, em sua descrição típica, à falta funcional decorrente da prática de um crime, é necessária a condenação criminal respectiva para que se configure a falta funcional.

tura do Estado. Trata-se do controle sobre os exercentes de mandato eletivo, os governantes e mandatários em geral, não sujeitos ao princípio hierárquico e que, em razão do elevado posto ocupado, têm maior liberdade de atuação e obrigações de natureza política, devendo também nessa seara responder por atos, opções e desvios. Apesar de a designação tradicional referir-se, nesses casos, aos chamados “crimes de responsabilidade”, de ilícito penal efetivamente não se trata, pois as infrações políticas ostentam configuração específica, ainda que possam também tipificar conduta criminosa em sentido estrito. Há aqui esfera concorrente com as demais, mas não excludente, que pode ser didaticamente denominada como a da “responsabilidade funcional dos mandatários”¹⁷. Apresenta hipóteses e contornos específicos definidos em lei e obedece a ritos e procedimentos especiais, tais como os descritos na Constituição Federal. Desafia juízos de caráter político, não predominante nem necessariamente técnico, na avaliação dos pressupostos fáticos e jurídicos requeridos para os graves efeitos da responsabilização, que implicam excepcional deposição de posições públicas, cargos e funções de comando e decisão, além da possibilidade de antecipada interrupção ou afastamento de mandatos eletivos.

A esfera civil de responsabilização propriamente dita, por seu turno, decorre do dever geral de indenizar atribuído a todo aquele que, por ação ou omissão antijurídica, causar prejuízo, material ou moral, a outrem.

Nos termos do que dispõe o Código Civil, constatado nexos causal entre a ação ou omissão lesiva e o dano verificado, por culpa (imperícia, imprudência ou negligência) ou dolo (intenção de causar lesão ou assunção do risco), surge a responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana), resultante da violação ou abuso de direito e ensejadora do dever de reparação.¹⁸

Em se tratando de lesão ao erário ou a terceiro, causada por culpa ou dolo no desempenho de suas funções, impõe-se, ao agente público, de modo autônomo, no âmbito civil, o dever de reparar o dano à Administração Pública. A responsabilização, que deriva do ato ilícito culposo e lesivo, é subjetiva e insuscetível de isenção pelo superior hierárquico, dada a indisponibilidade sobre o patrimônio público. A comprovação de dano e culpa do servidor é usualmente feita por meio de processo administrativo, ao

¹⁷ Confira-se, a propósito, por exemplo: sobre autonomia da responsabilização político-administrativa do presidente da República e demais autoridades, texto da CF, art. 52, I e II, e parágrafo único, e art. 85 e incisos; Lei nº 1.079/1950, art. 4º VII – *Impeachment* (para aplicação da penalidade político-administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível); para prefeitos: DL nº 201/1967, art. 4º, que define as infrações político-administrativas a eles atribuídas; CF, arts. 29 e 30.

¹⁸ Nos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil.

fim do qual é imposta a obrigação de reparar, mediante indenização em dinheiro, indicando-se a forma de pagamento.

A Administração Pública, em contrapartida, tem responsabilidade objetiva, independente de apuração de culpa. Basta a presença de dano, ação ou omissão lesiva e do correspondente nexos causal, para que se caracterize o dever de indenizar, cabendo-lhe, se o caso, direito de regresso contra o agente público faltoso.¹⁹ Portanto, o terceiro lesado deve buscar sempre sua reparação da pessoa jurídica de direito público a que o agente faltoso pertencer (responsabilidade objetiva do Estado).

De ordem patrimonial, a responsabilização civil implica o dever de reparação, que, por sua vez, não é nem representa sanção, porque consiste na restauração ao estado anterior das coisas, mera recomposição do que foi lesado pelo dano causado. Assim, não se confunde com outras espécies de penalidade pecuniária ou multa, aplicáveis em razão do ato ilícito. Abrange, por exemplo, a devolução dos valores superfaturados, desviados ou de outra forma ilicitamente auferidos e, a teor do próprio texto constitucional, no § 5º de seu art. 37, é imprescritível e deve sempre ocorrer, sem prejuízo de qualquer outra sanção cabível.

Disposições amplas sobre a obrigação de reparar danos estão contidas ainda no Código Civil, na Lei de Improbidade Administrativa, na Lei de Crimes Ambientais e na Lei Anticorrupção, entre outros. Note-se que é tão relevante a proteção ao patrimônio público no direito pátrio que o dano ao erário também se sujeita ao controle externo, nos termos da CF, art. 71, II e § 3º. Na esfera federal, as decisões do Tribunal de Contas da União que imputem débito ou multa terão eficácia de título executivo²⁰, valendo o mesmo para os congêneres estaduais e municipais. Por outro lado, o dano ao erário sem prejuízo a terceiro particular (ou, até com benefício a particular) deve também ensejar a responsabilização civil do servidor público culpado, embora de pouca ou nenhuma efetividade, já que o mais corrente é a busca da responsabilização criminal e administrativa, intocada a civil.

Daí, nesse caso, quando há prejuízo ao patrimônio público, sem reflexo no patrimônio de terceiro particular, importante a responsabilização pessoal do agente público que lese o erário e, pois, o próprio Estado, o que é feito, ainda no âmbito civil em sentido amplo ou extrapenal, com a previsão de responsabilidade pela prática de ato de im-

19 Confirmam-se: CF, art. 37, § 6º: responsabilidade objetiva do Estado e responsabilidade subjetiva do servidor público; no âmbito federal, a Lei nº 8.112/1990, art. 121.

20 Consoante a Lei Orgânica do TCU, na esfera federal (Lei nº 8.433/1992, art. 8º, §§ 1º a 3º).

probidade administrativa, uma quarta instância autônoma inserida pela Constituição Federal de 1988. E, além dela, a responsabilidade civil-administrativa da pessoa jurídica por atos lesivos ao patrimônio público nacional ou estrangeiro, aos compromissos assumidos em tratados internacionais e aos princípios da Administração Pública, estabelecida em 2013 pela Lei Anticorrupção, completa o microsistema normativo que pune ilícitos e protege a probidade administrativa, como adiante se examina detidamente.

Mais recentemente, cumpre referir a inserção da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) – a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 e alterações posteriores –, no sistema punitivo pátrio. A LRF inaugura âmbito específico de obrigações ao Estado e a agentes públicos, estabelecendo normas de finanças públicas voltadas à ação planejada, transparente e responsável na gestão fiscal e a alcançar o equilíbrio das contas públicas da União, dos estados, do Distrito Federal e de municípios e seus respectivos poderes e entes. Trata de Direito Financeiro, orientando o gestor a que se previnam riscos e se corrijam desvios, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e sejam obedecidos os limites e condições quanto à renúncia de receita, gestão de despesas com pessoal, com seguridade social e com operações de crédito. Se não constitui campo inteiramente autônomo de responsabilização, agora sob a ótica fiscal, corresponde, no mínimo, a desdobramento especial das esferas administrativa e política, primariamente relacionado ao exercício funcional do controle externo, já que as faltas cometidas com base na infringência à LRF configuram ilícitos nas demais esferas. A infração aos seus preceitos pode acarretar processo por crime de responsabilidade (Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, com alterações posteriores, inclusive da Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000), processo por crime comum, contra finanças públicas (Código Penal, arts. 359-A a 359-H, acrescentados pela Lei nº 10.028/2000), e também processo por infração administrativa, nos termos do art. 5º e parágrafos da mesma Lei nº 10.028/2000.

Nesse variado regime punitivo nacional, diante dos distintos e complementares objetivos visados com a proteção que ensejam a bens e valores relevantes para a sociedade, o Estado e o Direito, na incidência concreta sobre condutas ilícitas, cada uma dessas esferas de responsabilização, guardadas suas especificidades e contornos peculiares, deve poder interagir com as demais, sem sobreposições, conflitos nem antinomias, a fim de se extrair, dessa multiplicidade de sanções e competências, resultados úteis e eficientes. Para tanto, mister sua harmonização, especialmente no vasto espectro extrapenal, em que as legislações se sucedem e complementam, devendo ser interpretadas e aplicadas de modo racional, sistemático e constitucionalmente adequado, sobretudo para que logrem promover melhor proteção ao patrimônio público e a defesa

da probidade e moralidade administrativas, fins precípuos da responsabilização por desvios funcionais e afins. Nessa medida, dada sua relevância para a vida do Estado e a conduta de seus agentes ou particulares que com ele negociam ou cooperam, devem ser abordadas destacada e mais detidamente as esferas autônomas de responsabilização por ato de improbidade administrativa e, após, por atos lesivos à Administração Pública praticados por pessoas jurídicas, como se faz a seguir.

2.3 Responsabilidade por atos de improbidade administrativa

Na Constituição de 1988, em paralelo à enunciação específica do princípio da moralidade administrativa, emerge, com autonomia, a responsabilização por atos de improbidade administrativa, tributária de marcada preocupação com o direito ao governo probado, limitado pelos direitos fundamentais e sujeito ao controle dos atos administrativos e da conduta funcional de agentes públicos, eleitos ou não.

Não incluída nas demais esferas de responsabilidade, com que se comunica mas não coincide, insere-se no âmbito civil em sentido amplo, veiculando específico regime punitivo, distinto do penal, do civil e do administrativo, que resgata e amplia a iniciativa análoga de 1946 e renova o ideário republicano de textos constitucionais precedentes, com notável incremento de instrumentos e instituições para fiscalização do poder estatal como garantes da realização primária do interesse público e social.

A matriz jurídica de proteção à probidade administrativa e ao patrimônio público encontra-se dispersa na Constituição Federal de 1988,²¹ assentando-se com firmeza nos princípios da Administração Pública nela enumerados expressamente – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência –, além de outros implícitos ou decorrentes de seu regime – supremacia do interesse público, igualdade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade, vedação do excesso, lealdade e boa-fé.

No plano infraconstitucional, consolida-se com a edição, em 2 de junho de 1992, da Lei nº 8.429, apelidada de Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Instrumento normativo ímpar na ordem jurídica nacional e no Direito Comparado, inaugura aprimoramento *sui generis* do âmbito sancionatório de irregularidades e ilícitos contra a Administração Pública, tendo como foco precípuo a conduta de agentes públicos, na esfera civil *lato sensu* – e, pois, extrapenal –, a qual engloba sanções de cunho civil e político-administrativo. Parte da doutrina, inclusive, refere-se à ação de improbidade

²¹ Conforme, especialmente, CF, arts. 5º, LXXIII e seus parágrafos, 14, § 9º; 15, V; 37, *caput* e § 4º; 51, I; 52, I; 85, V e 86. No plano infraconstitucional, a Lei nº 8.429/1992 (LIA).

administrativa como espécie de ação civil constitucional, dado seu status diferenciado e porque protege direito difuso, o antes referido direito ao governo probro, não se limitando à repressão ao enriquecimento ilícito, como no regime anterior das Leis Pitombo-Godoy Ilha (Lei nº 3.164/1957) e Bilac Pinto (Lei nº 3.502/1958), por ela expressamente revogadas.

Por conta de seu caráter inovador, a LIA pode ser compreendida como um código geral de conduta dos agentes públicos brasileiros, tal como a caracteriza Fábio Medina Osório²², em função de sua normatividade jurídica, força coercitiva cogente, alcance nacional e viés balizador de todo o setor público, em suas vertentes fundamentais. Sua tutela repressiva alcança não somente a corrupção – tomada em seu aspecto sociológico ou em sua face criminal –, mas se destina aos ilícitos relacionados à desonestidade em sentido amplo e à violação dos deveres éticos impostos a quem exerce funções públicas, para além dos contornos meramente administrativos ou funcionais. Abrange ainda todos os níveis de governo, nas diversas esferas federativas, englobando atos administrativos, legislativos e judiciários, além de agentes estatais, servidores públicos ou não, e terceiros partícipes ou beneficiários da gestão pública e dos desvios contra ela perpetrados.

Plurívoca e fragmentada – porque vazada em termos abertos e indeterminados, tão típicos de determinadas matérias e comuns na seara administrativa quanto denotativos dos limites do consenso possível durante o processo legislativo sobre seu tema central –, a LIA surge no início dos anos 1990 do século passado – quando, assim como hoje, a sociedade brasileira manifesta sentida rejeição a práticas corruptas e ao *deficit* punitivo que lhes corresponde. É, por isso mesmo, tributária de atividade legiferante tão reativa ou responsiva a determinadas demandas sociais quanto urgente, e, como tal, certamente portadora de traços emocionais e de alguma atecnia, para além das condições vagas e ambíguas da linguagem, inarredáveis também no mundo jurídico²³. Essas características demandam forte empenho de seu aplicador e hermeneuta, que deve dela retirar sua melhor potencialidade na realização de seus fins sociais e do interesse público primário que a demarca.

22 OSÓRIO, op. cit., p. 186.

23 Sobre os limites da linguagem no Direito: WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1984. E. especificamente em relação às origens da LIA, didática abordagem em artigo do anos 90: FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 129, p. 51-65, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176382>>.

Não obstante, apesar dos desafios técnicos em sua aplicação, da resistência jurídico-política, até hoje existente, a seu integral manejo à luz do sistema constitucional e legal vigente, e da necessidade de eventuais correções ou complementações legislativas, é de rigor reconhecer que a LIA representa um marco normativo fundamental para a responsabilização de irregularidades praticadas contra a Administração Pública, sobretudo por agentes públicos, no campo civil e político-administrativo, com evidente ganho preventivo e repressivo em relação à matéria, especialmente quando comparada à legislação antecedente.

Como documento concretizador do quadro protetivo da Administração Pública e de seus princípios informadores – que a Constituição de 1988 consagra, elastece e define, especialmente no art. 37, *caput* e §§ 4º, 5º mas também de modo esparso por seu texto, devendo-se destacar os arts. 5º, LXXIII e seus parágrafos, 14, § 9º, 15, V, 51, I, 52, I e 85, V e 86, aos quais se devem acrescentar as previsões dos arts. 70 a 75, 127, 129, 131, configuradoras do aspecto institucional desta proteção –, para ser adequadamente compreendida, a LIA deve ser considerada e estudada à luz de sua causa e fundamento, a moralidade administrativa.

Elevada à condição de princípio autônomo na Carta de 1988, apto a assegurar até o exercício da cidadania ativa, por meio da propositura de ação popular, a moralidade administrativa ocupa *locus* privilegiado na estrutura da gestão pública, já que é um dos pressupostos de validade de todo ato administrativo²⁴. Assim, ao fundamentar a atuação estatal, assume feição jurídica, pois não se confunde com a moral comum, individual ou social, delimitando-se como moral jurídica, ou seja, o conjunto de regras de conduta que disciplinam internamente a Administração Pública e por ela são valoradas e valorizadas. Trata-se da moral institucional, que, nos termos da clássica lição de Hauriou e vinculada ao conceito de boa gestão pública e de disciplina do exercício do poder discricionário, integra o Direito como elemento indissociável de sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade e legitimidade, ao englobar tanto a conformação à lei e aos princípios, quanto à adequação à moral administrativa e ao interesse coletivo.

A atuação estatal deve pautar-se, dessa forma, na distinção entre lícito e ilícito, bom e mau, justo e injusto, conveniente e inconveniente, oportuno e inoportuno, mas também, e sobretudo, entre honesto e desonesto. Vale dizer: em seu agir, o Estado e seus agentes devem guiar-se pela legalidade e demais princípios constitucionais apli-

24 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42.ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 94-97.

cáveis, assim como devem observar o elemento ético, baseando-se na correção, lealdade, boa-fé, eficiência, razoabilidade de sua conduta, para bem cumprir o dever jurídico de boa gestão pública, decorrente dos princípios constitucionais correlatos. Nessa tarefa, veda-se o excesso, proibem-se medidas desarrazoadas, exorbitantes e disparatadas, exigem-se motivos razoáveis, pertinentes, adequados e suficientes ao fim público buscado pela norma. Imperam razões de proporcionalidade, que limitam a atuação estatal ao quanto necessário ou exigível, sopesando custos e benefícios para o atingimento do bem coletivo almejado.

A probidade administrativa, por seu turno, desdobramento jurídico-analítico da moralidade administrativa, que resulta da soma desta ao princípio básico da legalidade e ao primado do interesse coletivo, configura também um requisito e condição constitucional para a elegibilidade e ocupação de postos públicos, indicando, assim, *“que, no desempenho de suas funções, o agente estatal tem o dever jurídico de agir com honestidade, decência e honradez, movido sempre e exclusivamente pela concreção dos fins de interesse público da administração a que está vinculado.”*²⁵

Desse modo, a boa gestão administrativa, que concilia legalidade, moral institucional e valores constitucionalmente eleitos para o setor público e para quem com ele interage, é outra face do direito fundamental ao governo probo e à satisfação das demandas da cidadania, com cumprimento de exigências que atendam ao liame de fidedignidade, respeitabilidade e confiança, para além dos indicadores de resultados e efeitos práticos, fulcrados nas também imprescindíveis qualidade e eficiência dos atos administrativos, mas que não se pode atingir a qualquer custo e a despeito da honestidade, boa-fé e legitimidade.

A gestão pública proba envolve, é claro, a observância dos deveres, no exercício do poder administrativo atribuído à autoridade para remover as resistências e os propósitos particulares que se opõem à realização do interesse público. Nessas condições, o poder de agir do agente estatal converte-se em dever irrenunciável de atuação oficial, pois não se admite a inação pública diante de situações que exigem ação, o que, por outro lado, justifica a responsabilização civil do Estado pelas omissões lesivas de seus agentes. Atualmente, ao lado da estrita observância da lei e dos princípios constitucionais da Administração Pública, destacam-se os deveres de eficiência, de publicidade

²⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 43. Confirmam-se, ademais, por exemplo: Decreto nº 6.029/2007, relativo ao Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo federal; Decreto nº 1.171/1994 – Código de profissional do servidor público civil federal, que textualmente se refere ao elemento ético da conduta funcional; Lei nº 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, IV, sobre padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; Lei nº 2.813/2013, sobre conflito de interesses no exercício de cargo, emprego federal e impedimentos posteriores.

(isto é: transparência e prestação de contas), e de probidade. Essa tríade constitui o núcleo central da responsabilidade estatal e de seus agentes, que, isonomicamente, devem responder por seus atos e pelo descumprimento desses deveres, representativos de opções axiológicas efetuadas pela comunidade política, como estabelecido no pacto constitucional. Só assim se legitima a conduta estatal, no modelo de Estado Democrático e de Direito.

Observe-se, ademais, que o dever jurídico de boa gestão administrativa, situado na base da tipologia legal de responsabilização por ilícitos correlatos, liga-se ao de gestão eficiente, implicando que toda e qualquer atividade do agente público, nessa condição, além de legal, ética, impessoal, está vinculada ao emprego da melhor solução possível para resolver os problemas públicos de sua competência.²⁶ Inserido na Constituição Federal pela Emenda nº 19/1998, na esteira de previsões do Decreto-Lei nº 200/1967²⁷, o princípio da eficiência (e respectivo dever) implica que o agir administrativo deve ter qualidade de gestão, econômica e técnica, pautando-se por escolhas justificadas e razoáveis entre alternativas disponíveis.

A isso se agrega o dever de prestar contas, decorrente dos atos e encargos típicos da gestão de bens, dinheiros e interesse alheios. A par dele, como requisito democrático, o dever de transparência que lhe é extensão, com as obrigações de publicidade e o acesso a dados e informações que engloba, permite o devido controle e a fiscalização do exercício do Poder Público, pelos demais poderes, com especial atuação do controle externo, e pela população, por meio do controle social, correlato à participação popular no governo.

Finalmente, o dever de probidade administrativa fundamenta constitucionalmente a validade da conduta do administrador estatal como elemento necessário à legitimidade de seus atos, segundo o conceito clássico de *probus* e *improbus administrator*, até porque a lesão a bens e interesse públicos invalida o ato administrativo (invalidação por autotutela administrativa ou acionamento por meio de ação popular, além da LIA) e enseja punição com sanções políticas, administrativas e penais.

Ao se concentrar no enfrentamento dos vícios e efeitos negativos do descumprimento dos preceitos constitucionais da Administração Pública e dos deveres ínsitos à boa gestão estatal, a LIA abrange manifesto desrespeito à lei, regulamentos, normas internas e dos deveres de diligência, justiça e imparcialidade no desempenho funcio-

²⁶ PAZZAGLINI FILHO, op. cit. p. 42-43.

²⁷ Sobre controle de resultados, supervisão ministerial quanto à eficiência e sistema de mérito na Adm. Pública, consoante MEIRELES, op. cit., p. 116.

nal, bem como desvios graves, fraudes, desonestidade, além de ineficiência inaceitável, devida à deliberada e inescusável negligência²⁸ e ao inadmissível desrespeito aos princípios administrativos basilares. Desse modo, relaciona-se com a má gestão pública, quando esta contradiz o princípio da moralidade administrativa funcionalmente alicerçado na obediência a pautas internas da Administração e à moral institucional (moral administrativa), para além do respeito à legalidade *tout court* e para além de quaisquer outros moralismos ou imposições da moral comum.

Essa preocupação com a má gestão pública e os danos por ela causados ao patrimônio público amplamente considerado, em que se enquadra a improbidade administrativa, adquire contornos de uma ética pública das responsabilidades, com fundamento jurídico, que se devota a

alcançar os fenômenos da corrupção pública, grave desonestidade funcional e grave ineficiência funcional, no marco da má gestão pública, consubstanciada por atos ilegais eticamente (des)valorados, numa linha coerente com sua formação histórica e sua funcionalidade potencialmente útil na atualidade²⁹.

Volta-se, dessa maneira, a punir o uso indevido dos atributos da posição pública para obtenção de benefícios privados. E, nesse sentido, não é à toa que o próprio texto constitucional vincula ainda a conduta proba às condições de elegibilidade para cargos e mandatos públicos, como está expresso nos arts. 14, §§ 3º, II e 9º, V, c/c art. 15, V, e regulamentado na legislação respectiva, consoante alteração da Lei da Ficha Limpa em 2010. Note-se que, à condenação por ato de improbidade administrativa, condição de suspensão dos direitos políticos, confere-se efeito assaz relevante para o sistema jurídico-político, pois o reconhecimento formal e oficial como ímprobo, feito por órgão de julgamento colegiado, antes mesmo do trânsito em julgado, presta-se a afastar o indivíduo (cidadão, servidor público, mandatário ou terceiro a eles relacionado e beneficiário ou partícipe da conduta desviante imputada), do espectro potencial de candidatos a postos eletivos. Resta evidenciada, aqui, a íntima relação da LIA com a moralidade pública em sentido amplo, já que se volta também à preservação da higidez do processo eleitoral e, pois, com da própria democracia e com a concretização do direito ao governo proba.

²⁸ A jurisprudência tem entendido não ser punível a inépcia, mas sim a desonestidade, no que é secundada pela doutrina autorizada (cfe. MEIRELLES, op. cit., p. 622). Todavia, não é aceitável, no contexto atual, simplista alegação de ignorância, incompetência ou ingenuidade, por parte daquele que se dispõe a exercer cargo ou mandato público, sob pena de subversão desarrazoada do sistema de responsabilização do Estado e de seus agentes.

²⁹ OSÓRIO, op. cit., p. 138-139.

Em termos estritamente dogmáticos, deve-se destacar que a LIA prevê ampla pertinência subjetiva, nos termos de seus arts. 1º a 3º, pois a suas disposições se sujeita toda e qualquer pessoa física que exerce função pública, em qualquer dos poderes, com ou sem vínculo empregatício, em caráter transitório ou definitivo. Todas as espécies de agentes públicos, portanto, em conceito mais ampliado do que o usado em sede penal, englobando ainda o terceiro beneficiário ou partícipe, inclusive pessoa jurídica.

Voltada a reprimir condutas causadoras de dano ao erário ou violação aos princípios constitucionais da Administração Pública, a LIA dispõe sobre os atos de improbidade administrativa – os assim definidos em lei e não qualquer outro que ofenda a probidade –, em tipologia consubstanciada nas três espécies básicas descritas em seus arts. 9º, 10 e 11, a saber, respectivamente: atos que importam enriquecimento ilícito (os mais graves); atos que causam prejuízo ao erário (exigem e pressupõem dano); atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

A compartimentação tríplice dessa tipologia legal, complementada por rol enumerativo de especificação de condutas não corresponde facilmente à subsunção feita na prática, já que cada ato ímprobo afigura-se, em geral, potencialmente enquadrável em mais de um dos três tipos básicos (por exemplo: dano ao erário e violação de princípios; enriquecimento e violação do art. 11; os três ao mesmo tempo), ganhando ainda complexidade, conforme os variados e imprevisíveis substratos fáticos de sua concreção material (por exemplo: casos de assédio moral no trabalho, atentado ao pudor em escola pública, tortura em estabelecimento prisional, discriminação em razão de raça, idade, orientação sexual, gênero ou outro fator em ambiente funcional, descumprimentos dos mínimos constitucionais aplicáveis em saúde e educação ou de ditames da LRF), além de previsões específicas em outros diplomas legais, como se dá, *v. g.*, no Estatuto das Cidades (Lei nº 10.527/2001) e na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011).

As sanções aplicáveis aos atos de improbidade são constitucionais e legais, pois estão previstas tanto no § 4º do art. 37 da CF quanto no art. 12 e incisos da LIA, importando perda da função pública, suspensão de direitos políticos, multa civil, e, proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios – estas três últimas, variáveis em prazo ou valores, consoante o tipo imputado. As duas primeiras, por seu lado, só efetivadas com o trânsito em julgado da condenação, mas ensejando a perda da capacidade eleitoral passiva, se decretadas por órgão judi-

cial colegiado, em função de prática dolosa de ato de improbidade que implique lesão ao erário ou enriquecimento ilícito.³⁰

Na dosimetria das penalidades da LIA, que, por sua vez, não precisam ser impostas em bloco, como está sedimentado na jurisprudência após compreensões literais originárias, deve-se levar em conta as circunstâncias do caso e a proporcionalidade, atendendo-se ainda ao disposto no parágrafo único do art. 12, isto é, a avaliação conforme a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido.

Além disso, são devidas a reparação do dano, imprescritível nos termos da CF, art. 37, § 5º, e a correlata perda dos bens e valores ilicitamente adquiridos ou incorporados ao patrimônio – o que, como já referido, não é, de fato, pena, mas restituição ao *status quo ante*, obrigação enfatizada na LIA em relação ao dano causado ao erário, reforçada novamente pela LAC, outro indício da necessária interação dialógica de tais diplomas, de que se cuida mais adiante.

Denotando a autonomia dessa esfera punitiva, aplicam-se as sanções da LIA, independentemente de efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, o que obviamente não se aplica aos atos que causem prejuízo, previstos no art. 10, o qual é neles pressuposto (LIA, art. 21, I). Sua incidência também independe da aprovação ou rejeição de contas pelo Tribunal de Contas respectivo (LIA, art. 21, II). Ainda nesse ponto, registre-se que posição majoritária dos tribunais enfatiza o dano econômico, material, na proteção legal conferida ao Estado, até sob a justificativa de que seu patrimônio moral sempre é atingido pelas condutas tipificadas na LIA. Não obstante, já se tem reconhecido, em alguns casos, que a lesão à probidade, como direito e valor difusamente considerado, pode ensejar indenização coletiva por dano social relevante.

A legitimidade para a apuração e a deflagração das providências judiciais para responsabilização por atos de improbidade administrativa é da pessoa jurídica de direito interno lesada, por sua representação judicial (Advocacia Pública ou quem lhe faça as vezes), e do Ministério Público com atribuição, o qual, constitucionalmente habilitado à defesa do erário e da ordem jurídica, ainda dispõe das capacidades investigatórias próprias ao âmbito extrapenal e de amplos poderes requisitórios, oficiando necessariamente nos feitos, como parte ou *custos juris*. São também cabíveis indisponibilidade de bens, quebra de sigilos fiscal e bancário, prova emprestada, se for o caso, do juízo criminal, por exemplo.

³⁰ Consoante alteração inserida na Lei Complementar nº 64/1990, a partir de iniciativa popular geradora da Lei Complementar nº 135/2010, a Lei da Ficha Limpa, que estabelece esta nova causa de inelegibilidade.

Processualmente, adota-se, nas ações respectivas, o rito de uma ação civil pública, regida por procedimento especial, assegurador de defesa preliminar e de garantias de ampla defesa e do contraditório, que deve tramitar no primeiro grau de jurisdição (Justiça Comum, estadual ou federal, conforme a hipótese). Atualmente, após longas oscilações jurisprudenciais, o reconhecimento da competência do primeiro grau tem aval expreso e repetido do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, os quais, à míngua de específica referência constitucional em sentido diverso, eis que inexistente competência de foro especial por prerrogativa de função em matéria civil, têm apenas admitido as ressalvas estritas e expressamente tratadas na Carta de 1988, como ao alcance e efeitos de julgamentos relativos a parlamentares e ao presidente da República.³¹

A LIA estabelece, como regra geral, prazo prescricional de cinco anos (art. 23), com termo *a quo* variável, conforme a natureza do vínculo ao serviço (cargo, mandato, efetivo ou precário etc.). Essa falta de clareza nesse dispositivo, aliada à opacidade que cerca certos comportamentos em escalões superiores da Administração Pública e de dificuldades de acesso a informações sobre irregularidades e ilícitos, durante o exercício funcional dos responsáveis, atrapalha a apuração oportuna e útil dos atos de improbidade e, por conseguinte, a própria aplicação concreta e adequada da lei. Não obstante, nesse ponto, como fórmula possibilitadora do trabalho investigativo e repressivo, quando o fato também configurar crime, prevê a lei que se deve seguir o prazo da prescrição penal, usualmente mais alargado, a depender da maior gravidade da ação.

Traz ainda dispositivos sobre a obrigatória declaração de bens pelos servidores públicos, na assunção do cargo e, anualmente, em seu exercício, regulada pela Lei nº 8.730/1993, o que reforça a possibilidade de monitoramento e fiscalização preventiva da conduta dos agentes estatais, além de previsões sobre fase administrativa de apuração e responsabilização funcional, bem como de sua comunicação ao Ministério Público, para controle e acompanhamento.

2.4 Responsabilidade na Lei Anticorrupção (LAC) – Lei nº 12.846/2013

A Lei Anticorrupção (LAC) – Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 –, especialmente voltada a dotar de novos instrumentos e ainda mais amplo alcance a proteção jurídica conferida à Administração Pública e à probidade e moralidade administrativas, consagra a esfera autônoma de responsabilização objetiva, de natureza civil-administrativa,

³¹ Confirmam-se, especialmente, os arts. 51, I, 52, I e II, 55, §§ 2º e 3º, 85, V e 86 e parágrafos, da CF/88.

das pessoas jurídicas, por atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, praticados em seu interesse ou benefício exclusivo ou não.

Visando complementar o microsistema anticorrupção, a LAC surge para aprimorar o sistema interno de integridade e dar respostas a crescentes exigências internacionais, relacionadas à repressão ao “suborno de funcionário estrangeiro” e de agentes privados que praticam ou se beneficiam de atos de corrupção, bem como à proteção de Estados estrangeiros, com a criação de mecanismos de prevenção, monitoramento e controle, inclusive para a garantia de melhores condições de competitividade econômica no mundo globalizado e para punição de condutas atentatórias à probidade administrativa, envolvendo agentes públicos, grandes corporações e conglomerados econômicos.

Por isso, adota sanções destinadas a atingir o patrimônio das pessoas jurídicas infratoras e a otimizar o ressarcimento ao erário, além de medidas devotadas à agilização e facilitação das atividades de investigação, por meio da adoção de instrumentos de colaboração do infrator (acordo de leniência) e à busca da eficácia das sanções (caráter dissuasório, preventivo e inibitório).

Pretende, com isso, ampliar a capacidade de repressão do controle interno dos entes políticos, nos três níveis federativos – vale dizer, do Poder Executivo –, o que faz com modelo autônomo de responsabilização de pessoas jurídicas na seara civil-administrativa, sem, no entanto, bem atentar para a já existente esfera judicial correlata de responsabilidade extrapenal, nem observar adequadamente a divisão de funções estatais entre distintos poderes e órgãos de fiscalização.

Além disso, enfatiza aspectos de prevenção geral positiva, ao buscar promover a cooperação público-privada na consecução dos fins estatais e dos anseios coletivos, sobretudo no que diz respeito a parâmetros de honestidade nas relações negociais mantidas com o Poder Público e o erário. Seu caráter preventivo explicita-se pela adoção de instrumentos de incentivo à integridade corporativa, por meio do sistema de atenuantes que valoriza programas de *compliance* nas empresas, para induzi-las a alinhar-se à observância de regras, prevenindo e detectando ilícitos, “a partir de dentro” e na relação com seus empregados, fornecedores, prestadores de serviço (ou seja, seus “colaboradores”)³². Insta-se à valorização do dever atinente também às pessoas morais de agir de modo ético e juridicamente correto, não lhes sendo autorizado corromper para pro-

³² A adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade e *compliance* nas empresas, prevista na LAC, art. 7º. VIII, tem parâmetros de avaliação para fins de aplicação concreta definidos por regulamento do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 8420/2015 (art. 42).

duzir, concorrer, ganhar, ter vantagens ou continuar no mercado. Esse viés, que trata de envolver a iniciativa privada no sistema de controles do Poder Público, sobretudo quando ela se vale deste para operar e obter lucros, não deve ser olvidado no exame nem na aplicação concreta do referido diploma, que, por isso mesmo, tem sido apelidado de “lei da improbidade empresarial” ou “lei da empresa limpa”, em alusão às leis correlatas que se aplicam precipuamente a pessoas físicas.

Não obstante o sentido original e fundamentos de sua edição, deve-se enfatizar que a LAC — assim como a LIA e outros textos legais integrantes do microsistema anticorrupção —, não deve ser compreendida nem aplicada “no vazio”, como diploma isolado, mas, antes, de modo sistemático, segundo interpretações constitucionalmente adequadas, e, quando necessário e cabível, em combinação com outras leis. A propósito, a LAC, em seu art. 30, expressamente ressalva que a aplicação das sanções nela previstas não afeta os processos de responsabilização e penalidades decorrentes de ilícitos alcançados pela LIA, pela Lei nº 8.666/1993, pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC; da Lei nº 12.462/2011). Também não afasta a incidência de normas de defesa da concorrência. E, por isso mesmo, é necessário, na sua aplicação prática, tomar em consideração todos os reflexos das condutas sancionadas e dos instrumentos de investigação, punição e sanção disponíveis, de modo a deles extrair os melhores e mais vastos efeitos, tanto no que diz respeito à responsabilização de pessoas jurídicas quanto a pessoas físicas envolvidas em práticas lesivas ao erário, harmonizando os dispositivos que se inter-relacionam, na maior medida possível, para conciliar os reclamos de segurança jurídica e eficiência.

Cumpra também ressaltar, neste ponto, que a LAC não trata de matéria penal e, portanto, não está criada a responsabilidade penal da pessoa jurídica por atos lesivos à Administração Pública, até porque, sobre isso, ainda tramita no Congresso Nacional projeto de lei específico (o PLS nº 236/2012). Por outro lado, essa responsabilidade autônoma da pessoa jurídica, por atos lesivos próprios, praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não, pode ser acionada independente e isoladamente, pois não afeta a responsabilidade individual de sócios, dirigentes, executivos ou administradores ou qualquer pessoa natural a que se atribua, como autora, coautora ou partícipe, o mesmo ato ilícito, a qual responde, como não poderia deixar de ser, na medida de sua culpabilidade (LAC, arts. 2º e 3º).

Como já referido, no âmbito civil, a responsabilização de pessoas jurídicas, por atos de corrupção e atentatórios à Administração Pública, já encontra guarida no país, na própria Lei de Improbidade Administrativa, que as alcança, consoante disposto em seu

art. 3º, desde que na condição de partícipes ou beneficiárias das condutas ímprobas atribuídas a agente público, devendo, segundo jurisprudência dominante, ser acionadas em litisconsórcio passivo necessário com as pessoas naturais imputadas. Pela LAC, porém, mesmo quando não se identifique participação direta ou indireta de agente público, as empresas podem ser penalizadas civilmente, sob a forma objetiva de **responsabilização**, o que certamente torna mais simples a busca de punição de empresas corruptoras, ao dispensar a Administração Pública de identificar ato de autoridade vinculado à prática ilícita de terceiro beneficiário ou partícipe, com sensível inversão do ônus da prova em desfavor do particular.

Essa previsão da LAC, porém, não configura inovação absoluta no ordenamento nacional. É que, associada à assunção de riscos por quem desenvolve ou lucra com determinada atividade potencialmente perigosa ou causadora de danos a outrem ou à coletividade, gerando o correlato dever de reparar os danos daí resultantes, ao que se agrega, com a LAC, a responsabilidade-sanção para desestimular condutas ilícitas, a forma objetiva de responsabilização insere-se no contexto amplo da responsabilidade social da empresa, adotada em matéria civil, sobretudo, como se dá nos âmbitos laboral, consumerista e ambiental, por exemplo. O próprio Código Civil já a contempla, alcançando as empresas nas modalidades de culpa *in vigilando* e *in eligendo*, sendo, por óbvio, admitidas as excludentes cabíveis. Compete, pois, às pessoas jurídicas fiscalizar e vigiar o seu funcionamento e a conduta de seus prepostos, dirigentes e empregados. E, se, em seu benefício, são praticados ilícitos, devem responder também por isso, ressalvadas situações específicas que as eximam, além da responsabilização autônoma e necessária das pessoas físicas que praticam as condutas delitivas reprováveis.

Em termos de salvaguardas patrimoniais relativas aos que devem – seja em função de penas por infrações cometidas, seja por dificuldades e malogros nos negócios –, o Direito brasileiro, no que diz com regulação societária e comercial, já separa, como regra, o patrimônio da empresa daquele das pessoas físicas que a compõem, justamente para não se atingir quem, como sócio e acionista, pode não ter tido efetiva responsabilidade em relação às opções gerenciais e negociais feitas e aos ilícitos cometidos em prol da organização empresarial. Daí ser necessário e adequado, no marco da proporcionalidade e com as gradações que a própria LAC estabelece para sua aplicação, manter a punição para as empresas, restringindo-lhes direitos e atividades, como desestímulo a que sejam usadas como escudo para obtenção de lucros ilícitos à custa da dilapidação do patrimônio coletivo e de abusos que minam a concorrência e o próprio conceito de livre mercado.

Ademais, as restrições e impedimentos eventualmente impostos, com base na LAC ou nas demais leis aplicáveis, têm prazo certo, a ser definido, à luz das circunstâncias de cada caso concreto e com observância da razoabilidade e finalidade da pena. A Lei de Licitações e a própria LIA contêm, respectivamente, disposições relativas à punição de empresas inidôneas ou partícipes ou beneficiárias de esquemas ou atos ímprobos, em medida bastante similar ou até mais ampla do que definido na LAC, tanto em relação a multas e restrições a benefícios e crédito públicos, quanto ao impedimento de participação em licitações e proibições de contratar. Previsões semelhantes também constam da Lei de Crimes Ambientais, embora, neste caso especial, trate-se de matéria penal e responsabilidade subjetiva.

Deslocando-se, assim, da figura da pessoa natural para a da pessoa moral ou jurídica, do corrupto para o corruptor, presta-se a complementar o sistema de proteção ao patrimônio público e à moralidade administrativa, aprimorando-o em parte, e, ao mesmo tempo, tornando-o mais complexo em sua aplicação, especialmente por incertezas que lança à divisão de funções e competências entre os poderes estatais, o que exige sua adequada harmonização sistêmica com o ordenamento, por meio de interpretação feita a partir da Constituição.

Em sua configuração dogmática, merece destaque sua ampla abrangência, já que alcança extensivamente pessoas jurídicas sob quaisquer formas de organização ou modelo societário, temporárias ou não, de fato ou não, personificadas ou não. Sujeita a seus ditames, por conseguinte, sociedades empresárias ou simples, fundações, associações (de entidades ou pessoas), sociedades estrangeiras (com sede, filial ou representação em território nacional), firmas com ou sem personalidade jurídica (LAC, art. 1º, parágrafo único; art. 4º e parágrafos). Para abarcar ao máximo hipóteses criativas de desmonte societário, para fugir a obrigações, incide também na sucessão, mesmo com alteração contratual, transformação, cisão (quando a nova pessoa jurídica responde por tudo o que ocorreu antes), e também, incorporação ou fusão societária (quando, em regra, a sucessora só responde por multa e reparação integral do dano, até o limite do patrimônio transferido, salvo simulação ou fraude – LAC, art. 4º, § 1º). Estende-se ao grupo econômico, em que, solidariamente, controladoras, controladas, coligadas, e, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas – todas –, respondem por multa e reparação integral do dano (LAC, art. 4º, § 2º).

Vazada de modo similar ao da LIA, apresenta tipologia ampla e aberta, que, consoante o *caput* de seu art. 5º e §§ 1º ao 3º, pune atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, que são todos aqueles praticados por pessoas jurídicas que

atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro; contra princípios da Administração Pública; contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil nessa matéria. Engloba condutas afetas à corrupção em sentido próprio (pagar, prometer, oferecer vantagem indevida a agente público ou a terceiros); à subvenção ou financiamento da prática de ilícitos previstos na lei; ao uso de interposta pessoa para dissimular ou ocultar interesses, atos ilícitos ou seus beneficiários; à fraude, em sentido amplo, licitações e contratos públicos; e a práticas voltadas a dificultar atividades de investigação ou fiscalização da Administração Pública ou intervir em sua atuação (LAC, art. 5º, incisos I a V).

A responsabilidade e punição direta do agente corruptor, pessoa jurídica, nacional e transnacional, independentemente de dolo ou culpa, ocorre tanto na esfera administrativa, prevista de modo autônomo na própria LAC, com sanções próprias, quanto na judicial, que a lei também indica com destaque, em que aplicáveis as de natureza civil, mais gravosa e invasiva. Na primeira, observado o devido processo legal, segundo disposições específicas da LAC, a autoridade máxima de cada poder, nos três níveis federativos, deve apurar os fatos e aplicar as penalidades cabíveis (multa e publicação da decisão condenatória, o que atinge a reputação, tem caráter pedagógico e produz significativos impactos comerciais e mercadológicos, afetando a sobrevivência do negócio), exclusivamente pela Administração, mediante processo administrativo disciplinar (PAD) (LAC, capítulos III e IV, arts. 6º a 15). Obviamente, não exclui a reparação integral do dano, que pode ser exigido em PAD específico (LAC, arts. 6º, § 3º e 13), sem prejuízo das demais sanções. Ainda, segundo a lei, na esfera administrativa – o que pode ser controvertido juridicamente –, é cabível o recurso à desconsideração da personalidade jurídica (LAC, art. 14), em hipóteses drásticas, afetas a simulações e reiteração delitiva com e por meio da empresa.

As penas mais gravosas, previstas no art. 19 da LAC (perdimento de bens, direitos e valores, suspensão ou interdição parcial de atividades, proibição de receber incentivos, subvenções, doações e empréstimos por 1 a 5 anos, dissolução compulsória da pessoa jurídica (quando utilizada, de forma habitual, para facilitar ou promover a prática de ilícitos ou quando constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade de beneficiários dos atos praticados) podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, mas sempre pela via judicial, por ação civil pública, para a qual legitimadas as pessoas jurídicas lesadas, por meio de suas Advocacias Públicas ou equivalentes, além do Ministério Público, a exemplo do que se dá na LIA (LAC, capítulo VI, arts. 18 a 21), observado prazo de prescrição de 5 anos (LAC, art. 25).

Podem ainda, a pessoa jurídica lesada ou o MP, requerer, se for o caso, indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou ressarcimento integral do dano, ressalvado direito do terceiro de boa-fé (LAC, art. 19, § 4º), a exemplo do que já prevê a LIA.

Nos casos de omissão da autoridade competente, para promover a responsabilização administrativa, por inércia de iniciativa ou na tramitação do PAD, pela autoridade competente, o Ministério Público tem legitimidade, inclusive para pleitear as sanções previstas no art. 6º da LAC, a fim de evitar impunidade, no exercício do controle da Administração Pública que lhe compete (LAC, art. 20). Nessa hipótese, Ministério Público tem legitimação exclusiva e residual, pois derivada da omissão da autoridade competente para apuração e providências em sede administrativa, que se sujeita à penalização nas esferas civil, administrativa (funcional) e criminal (LAC, art. 27).

Merecem realce, de seus dispositivos, os expressos sobre dosimetria, critérios para aplicação e atenuação das penalidades (LAC, art. 7º, I a IX, incluindo gravidade, consumação ou não da infração e efeito negativo por ela causado, vantagem obtida ou pretendida pelo infrator, grau de lesão ou perigo de lesão, situação econômica do infrator, cooperação da empresa para apuração dos ilícitos, existência de mecanismos de *compliance* e afins, valor dos contratos mantidos com a pessoa jurídica lesada), o estabelecimento do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), em âmbito federal, para reunir e dar publicidade às sanções aplicadas em todas as esferas e poderes, bem como aos acordos de leniência firmados (LAC, art. 22) e previsão sobre sua aplicação extraterritorial (LAC, art. 28).

Finalmente, especial destaque deve ser dado à adoção do instituto premial da colaboração premiada da pessoa jurídica, que torna possível a celebração de acordo de leniência entre empresa infratora e Estado, a exemplo do que ocorre no âmbito da defesa da concorrência (Lei nº 12.529/2011) e pode resultar em isenção ou redução de penalidades.

Transposto, não sem sobressaltos, da experiência antitruste para o âmbito anticorrupção, o acordo de leniência desafia detido exame, dada a interação necessária que desperta entre LAC e LIA, além de outros delineamentos em sua aplicação prática, a desafiar melhor adequação legislativa no microsistema punitivo, além de sensível e pragmática interpretação de seu sentido e alcance, a fim de se lhe dar a máxima efetivação em seu uso aos casos concretos, em tudo condizente com as justificativas de eficiência que o fundamentam e na vocação à defesa da probidade e da moralidade administrativas que ostenta, por se destinar a aprimorar o restabelecimento da higidez

das relações público-privadas, por meio da mais ágil e melhor apuração de ilícitos que afetam a Administração Pública.

Para tanto, passa-se à análise do instituto da leniência, com ênfase em alternativa hermenêutica que lhe confira mais eficiência e segurança jurídica, a um só tempo, à luz da harmonização necessária entre diplomas legais no microsistema anticorrupção nacional.

3 A NECESSÁRIA INTERAÇÃO ENTRE LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E LEI ANTICORRUPÇÃO NA INCIDÊNCIA CONCRETA DO REGIME PUNITIVO EXTRAPENAL

Com o avanço do modelo estatal intervencionista e regulador, no Ocidente, em curso desde o século passado, cada vez mais a corrupção é reconhecida globalmente como fenômeno multifacetado – social, político, econômico, cultural –, não mais restrito a trocas espúrias de tipo bilateral, envolvendo práticas ilícitas de agentes públicos corrompidos, que, com abuso de sua posição e desvios de conduta, obtêm para si vantagens indevidas e benefícios para o particular corruptor. A esse padrão tradicional passam a agregar-se formas de corrupção massivas, exercidas por meio de grupos de pressão, pessoas morais ou redes com atores sociais variados. Marcadas por interdependência e subordinação diversas, atuam sob a forma de sofisticadas e complexas organizações criminosas, que reproduzem suas práticas lesivas e ilícitos mediante colusão, pactos silenciosos, simulações e, inclusive, diferentes e artificios burocráticos, virtuais e tecnológicos, para atribuir aparência legal a suas operações, tornando-as, além de mais danosas, invisíveis ou pouco detectáveis por parte de quem está de fora do contexto infracional.

Assim institucionalizada e, sobretudo quando internalizada como vantagem competitiva e método de funcionamento no meio empresarial, a corrupção é assaz nociva, pois, além do desvio e desperdício de recursos públicos, impede a livre concorrência e o desenvolvimento econômico, contamina processos eleitorais, interfere no adequado funcionamento estatal, promove outros crimes para manter-se ou se ocultar, distorce as relações entre o setor público e particulares, afetando a higidez e confiabilidade do próprio Estado de Direito e da democracia.

Por isso, tem que ser controlada e combatida em todos os foros em que verificada, para o que é essencial atingi-la no centro que a fundamenta em suas principais redes

de difusão — os agentes econômicos —, o que também se torna preocupação da comunidade internacional, como retratam os tratados multilaterais voltados ao aperfeiçoamento dos meios de controle internos e externos de integridade pública nos países e a ampliar garantias de melhores condições de competitividade econômica e *fair game* no ambiente geral de negócios³³.

A adesão ampla a essa perspectiva internacional requer, por sua vez, a adaptação normativa e tecnológica no sistema repressivo dos países, para possibilitar o enfrentamento da invisibilidade desses delitos organizacionais. Para isso, é preciso tanto dotar o aparato estatal de meios e técnicas mais eficientes para apuração de ilícitos, aplicação de sanções e recuperação de recursos desviados, quanto dispor de instrumentos suficientes para desestabilizar cartéis e outros tipos de vínculos associativos de cunho infracional, de modo que seja possível superar seus laços de cumplicidade e elos de confiança, para romper a lei do silêncio que os caracteriza.

Representativo desse novo paradigma de atuação estatal é a adoção do instituto de acordos de colaboração premiada: a delação, na esfera criminal, e o acordo de leniência, no âmbito civil, o qual aqui interessa especificamente.

A introdução do instrumento consensual da leniência no microsistema anticorrupção brasileiro volta-se a otimizar a eficiência e a efetividade da atividade estatal na repressão a ilícitos, especialmente nos casos de corrupção, com a busca de informações obtidas dos próprios envolvidos em delitos invisíveis e com poucos rastros, mas graves efeitos sociais e coletivos.

Inspirado no similar do sistema nacional de defesa da concorrência, como instituto de interesse para o Direito, acordo de leniência é espécie de ato jurídico convencional que, a um só tempo, com natureza dúplice, correlaciona uma técnica especial de investigação e um meio de defesa³⁴. Funda-se no reconhecimento e na confissão de práticas irregulares lesivas ao interesse público pela pessoa jurídica que delas se beneficiou e em sua coopera-

³³ A propósito, a Convenção de Mérida, no artigo 12, § 1º, defende a adoção de medidas para prevenir práticas corruptas, e, em particular, para a imposição de sanções penais ou extrapenais eficazes, proporcionais e dissuasivas, incluídas as monetárias, em face da corrupção pública. Já na Convenção de Palermo, no artigo 26, §§ 1º, 2º e 3º, trata-se de mecanismos de incentivo (redução de penas e imunidade) no caso de cooperação dos participantes de esquemas ilícitos, que se propuserem a identificar os demais envolvidos, fornecendo informações úteis à investigação e obtenção de provas das ilicitudes, aí incluídas a corrupção pública praticada por pessoas jurídicas, conforme seus artigos 8º, 9º e 10. São pautas de combate à corrupção e a práticas lesivas ao erário, que apontam para o uso de técnicas que conduzam a soluções mais eficientes para o problema, sob a perspectiva da complexidade social contemporânea.

³⁴ Utiliza-se, aqui, linha argumentativa exposta no Estudo Técnico nº 01/2017, desenvolvido pelo então grupo de trabalho sobre leniência e colaboração premiada (atual Comissão Permanente de Assessoramento na matéria), vinculado à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, de que é integrante a autora deste artigo. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccrs/publicacoes/estudos-e-notas-tecnicas/docs/Estudos%20Tecnico%2001-2017.pdf>>.

ção voluntária com o Estado, o qual, com isso, pode obter novas e relevantes informações e provas, com a correlata identificação de materialidade e autoria, atinentes a atos ilícitos cometidos, passíveis de sanção em diferentes esferas de controle e responsabilização. Incrementa-se, assim, o nível de eficiência e de celeridade das investigações relativas não a toda e qualquer conduta, mas a determinados tipos de infrações, que, por sua complexidade, caráter colusivo, natureza e organização, são especialmente difíceis de serem detectadas por meio da exclusiva atuação de órgãos do Poder Público. Em contrapartida, o infrator – consubstanciado, especificamente, na pessoa jurídica corruptora –, recebe benefícios legais pela colaboração, submetendo-se, por intermédio de acordo, a uma singular modalidade de sancionamento por seus atos ilícitos.

A possibilidade de serem celebrados acordos entre particulares e Poder Público, em sede reparatória ou até sancionatória, contudo, não é completamente nova, vez que já adotada, em diferentes matérias, como ocorre com termos de ajustamento de conduta e termos de compromisso de cessação de conduta, em setores fiscalizados e/ou regulados, e, de modo destacado, por exemplo, em relação a débitos privados com o Estado. Atualmente, diversos meios de resolução de conflitos têm sido incentivados, pelo ordenamento jurídico – de que é exemplar o novel Estatuto Processual Civil –, o que denota forte tendência em paulatina consolidação. Por isso mesmo, esse movimento favorável à consensualidade não pode ser ignorado no âmbito do Direito Sancionador, pois, se até em matéria penal, *ultima ratio* do sistema punitivo, há fórmulas consagradas já há anos de transação (Lei nº 9.099/1995), além das advindas da evolução da delação premiada (Lei nº 12.850/2013), não há motivos para se afastar a ampla incidência do acordo de leniência introduzido pela LAC em contexto abrangente e pleno, incluída extensivamente a responsabilização civil e administrativa de agentes infratores.

Identificada, portanto, com o abrandamento da consideração dos efeitos punitivos de condutas infracionárias, a leniência deve ser compreendida como um acordo entre infrator e Administração sancionadora, dentro de parâmetros legais, de modo que deve trazer utilidades mútuas para as partes celebrantes. Trata-se de negócio jurídico consensual, integrado à atividade repressiva estatal, que exige, além de óbvias obrigações recíprocas, espontaneidade e voluntariedade na adesão pelo particular, e a consideração adequada do interesse público e da proporcionalidade, sob a ótica estatal, na celebração de seus termos.

Como opção da defesa, é instituto facultativo e espontâneo, o que assegura a constitucionalidade de sua inserção no microssistema anticorrupção e sua correta concretização na prática, a exemplo de seu congêneres na área penal. É que, embora a pessoa

jurídica infratora abra mão de seu direito ao silêncio e à não autoincriminação, ao decidir colaborar com o Poder Público, ela deve exercer e exercitar juízo voluntário, livre de coerção, em escolha racional, bastante relacionada com as condições de sua existência material e sobrevivência no mercado, visando à atenuação, à isenção ou até à imunidade total das penas aplicáveis. Anui com um modo de confissão qualificado, que não se esgota na admissão dos fatos nem com ela se confunde, estando profundamente ligado à cooperação ativa e plena com as atividades dos procedimentos sancionadores, decorrente das obrigações assumidas na negociação, especialmente com a revelação ampla e efetiva dos fatos e provas noticiados e a indicação de outros envolvidos. Contraditório e ampla defesa, por sua vez, enquanto garantias fundamentais, são respeitados, já que as informações obtidas em colaboração não são provas por si mesmas, mas devem ser corroboradas no devido processo legal. O mesmo vale para as provas fornecidas, que devem ser processual e contraditoriamente validadas, nos termos de lei.

Como técnica especial de investigação e instrumento de negociação cooperativa em sede de Direito Sancionador, a leniência só se justifica se fundamentada em autêntico ganho informacional do Estado, obtido com a colaboração do próprio agente infrator. Nessa medida, as informações prestadas e as provas oferecidas ou indicadas devem ser necessárias, oportunas, úteis e relevantes, apontando delitos ignorados pelo aparato estatal e que, dado seu traço colusivo, sua aparência de normalidade e a usual falta de vítimas individualizadas, muito dificilmente, viria a detectar com inteireza e de modo oportuno, agravando mais os prejuízos por eles gerados à sociedade.

Sob a ótica estatal, portanto, a colaboração requer efetivo ganho informacional, com satisfação do interesse público na mais ágil e certa apuração dos fatos e na correta imposição da lei, e não apenas na recomposição patrimonial do Estado, advinda da otimização da reparação do dano. A aferição do valor agregado pela colaboração só pode ser feita comparativamente, após desveladas as informações que traz, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto e de juízo de proporcionalidade, devendo-se evitar a tentação de avaliações simplistas que olvidam completamente o custo da anterior ignorância estatal sobre a prática delitiva.

Para que esse instrumento consensual de negociação possa alcançar melhores resultados, sobretudo logrando induzir comportamentos positivos ou negativos dos agentes econômicos, deve estar inserido em um programa oficial de leniência, apto a estimular a adesão voluntária, em que devem estar claramente apresentados os elementos de risco a serem sopesados (em que concorrem as probabilidades de detecção oficial pelas autoridades, a severidade das sanções previstas e o receio de punição efe-

tiva) e aqueles de incentivo (afetos aos benefícios legais, o grau de imunidade passível de ser obtida, a transparência e objetividade das regras relativas ao acordos e a espaços limitados de discricionariedade estatal na efetivação das avenças).

Delimitados esses fatores, a leniência afigura-se atrativa e dotada de racionalidade bastante para fomentar atitudes cooperativas, ainda que utilitaristas, exurgindo claramente, daí, seu caráter de estratégia ou recurso de defesa, que deve poder ser utilizado em toda sua extensão pela pessoa jurídica infratora que disso pretenda se valer, realizando negociação segura, previsível e confiável, a fim de obter o potencial eximemente que a lei possibilita.

Em termos estritamente dogmáticos, no microsistema anticorrupção brasileiro, o acordo de leniência depende de pressupostos e requisitos específicos, que devem estar presentes para sua adequada celebração.

Assim é que a LAC estabelece, em seu capítulo V, no art. 16, *caput* e incisos, os pressupostos para a celebração do acordo de leniência, ligados ao resultado da colaboração prestada, a saber: a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

No § 1º do mesmo artigo, a lei dispõe sobre os requisitos cumulativos que a pessoa jurídica interessada na cooperação e nos benefícios resultantes deve atender, a saber: a) a precedência na manifestação de interesse na colaboração; b) a cessação completa de seu envolvimento e participação nos atos lesivos, a partir de quando proposto o acordo; c) a realização de confissão qualificada pela cooperação, ou seja, a admissão de sua participação nos ilícitos, a cooperação plena e permanente com as investigações e desdobramentos legais, inclusive comparecendo, às suas custas, até o fim, aos atos processuais.

Percebe-se, pois, que a legislação exige e espera da pessoa jurídica colaboradora uma atitude cooperativa autêntica, desenvolvida de maneira oportuna, ampla e efetiva, em troca dos benefícios legais que pode obter.

Aspecto de se realçar, nesse passo, é o da oportunidade. A leniência funciona *ex post*, ou seja, refere-se a ato lesivo já consumado. O acordo pressupõe, por outro lado, um programa de desistência, tal como determina a lei: deve a pessoa jurídica cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo, o qual, por sua vez, deve decorrer de iniciativa espontânea do infrator. Essa

característica não configura simples elemento formal, mas é constitutiva da especial natureza do instituto. Este, ao se fundar na pressuposição de que a Administração esteja na ignorância de determinada conduta, não condiciona a proposta de acordo a qualquer ato oficial, não sendo de se esperar do Estado tal iniciativa, mas do particular, no exercício de uma faculdade, voltada ao reporte voluntário e espontâneo de infrações e que deve ser efetivada antes de outros envolvidos, nos casos de infrações societárias.

É que se trata de uma forma qualificada de reconhecimento de participação em ilícitos, porque requer ainda a cooperação ativa do infrator para o deslinde fático e jurídico da investigação correlata. A necessidade de o Estado obter informação sobre a conduta ilícita e os demais envolvidos exige a simplificação na consideração da responsabilidade do interessado no acordo, e, ademais, para evitar sua obsolescência e ineficácia, a harmonização do apenamento nas diversas esferas sancionatórias a que está sujeito. E exatamente porque seu principal objeto é o conhecimento de algo relevante para a repressão de infrações, sob a ótica estatal, pressupõe-se que a parte que informa não tenha qualquer reserva mental, o que existiria potencialmente caso não houvesse admissão ampla, e de plano, da ação ilícita.

Note-se ainda, por relevante, que a confissão cooperativamente prestada, que fundamenta a mitigação da sanção, não tem funcionalidade de converter em lícito, o ato ilícito que tenha, eventualmente, favorecido a pessoa jurídica. Como está inclusive expresso na LAC, no § 3º do art. 16, "*o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado*", o qual decorre de ato ilícito e, como tal, gera o dever de indenizar pela lesão causada. O benefício ao particular reside na redução ou na retirada das penalidades, consoante os termos da lei. Entretanto, se a empresa espera conseguir a impunidade, porque o sistema é falho, por exemplo, ou se consegue administrar a inefetividade da sanção, postergando seu cumprimento e evitando também a reparação dos danos, seu cálculo, sobre a conveniência de sua adesão ao programa de leniência, embute na relação custo-benefício a ausência de real vantagem na sua confissão sobre algo que a Administração ainda sequer sabe. E, neste caso, a colaboração certamente deixa de ser atrativa.

Estabelecidas as premissas e contornos fundamentais do acordo de leniência e apontada a especial repercussão sobre o modelo de múltipla incidência sancionatória brasileiro, passa-se à abordagem das interações possíveis e desejáveis entre LAC e LIA, visando a indicar contornos para uma interpretação constitucionalmente adequada e razoável do instituto em sua aplicação concreta na defesa mais eficiente do patrimônio público e da moralidade e probidade administrativas.

3.1 *O acordo de leniência e os desafios da eficiência: transversalidade e abrangência*

Como um dos princípios regentes da Administração Pública no país e vetor hermenêutico na aplicação da lei³⁵, a eficiência adquire contornos cada mais relevantes no discurso jurídico contemporâneo. Refletindo-se também no âmbito de múltipla responsabilização por ilícitos, e especialmente no Sistema de Justiça, essa demanda eficiente requer a modernização das técnicas e instrumentos de investigação e produção de prova e a recompreensão racional do funcionamento de institutos legais, para dotar de efetividade o sistema punitivo estatal, à luz dos ditames basilares dos postulados constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Nesse contexto, na esfera anticorrupção, o acordo de leniência surge como instrumento fundamental. Contudo, imperativo, desde logo, advertir que tanto a interpretação literal desse instituto premial quanto sua aplicação restrita e isolada à instância administrativa, como previsto dogmaticamente, devem ser evitadas, exatamente porque conduzem a efeitos contrários aos buscados com a norma.

A busca de otimização da eficiência, que norteia a inserção de instrumentos de consensualidade no Direito Sancionador, implica, por conseguinte, a adoção de novas posturas interpretativas na aplicação das leis, à luz dos princípios constitucionais e para promover a harmonização entre dispositivos legais e conferir racionalidade, coerência, razoabilidade e efetividade ao Sistema Jurídico como um todo. E, especialmente na responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas, para o que a leniência é originalmente concebida, enseja a alteração de padrões e *standards* de incidência da legislação, que devem ser adequados aos pressupostos lógicos, e até aos filosóficos, que fundamentam e justificam a solução negocial disponibilizada e incentivada pelo ordenamento.

Constata-se, assim, que, para atingir sua máxima utilidade e fornecer melhores resultados às partes, o instituto negocial depende da necessária observância da transversalidade material e subjetiva em sua configuração concreta, o que decorre da heterogeneidade das condições e situações em que estão a pessoa jurídica infratora, como parte privada disposta a colaborar, de um lado, e a Administração Pública lesada e sancionadora, de outro.

³⁵ CF, art. 37, *caput*, consoante texto da EC nº 19/1998; e CPC, art. 8º; LINDB, art. 23, por exemplo.

Em razão da autonomia das instâncias de responsabilização, é comum que o Poder Público apresente-se fragmentado, com órgãos diversos, que detêm pretensões sancionadoras distintas. Entretanto, para o particular, sua realidade infracional é una, ainda que informada e reportada a diferentes canais estatais. Para compatibilizá-la com a fragmentação organizacional do Estado, no intuito de se assegurar efetivo equilíbrio às posições de cada parte, deve-se efetuar, preferencialmente, a negociação de um acordo abrangente e transversal com o mais amplo alcance jurídico dos fatos reportados e das sanções negociadas, que, de modo razoável e seguro, contemple adequadamente os interesses dos celebrantes, e, especialmente, os do ente estatal considerado amplamente, e não em razão de cada uma de suas expressões funcionais ou orgânicas.

A celebração de acordos transversais é, ademais, essencial à apuração de delitos cometidos por organização criminosa com atuação empresarial, tanto em função das distintas esferas de responsabilização a que submetidas as pessoas jurídicas quanto em razão da necessária participação de pessoas físicas nos ilícitos societários, já que estas dão corpo material aos atos das pessoas morais, o que requer certas considerações de cunho não só jurídico mas também prático.

Justifica-se, a partir disso, a necessidade de se reconhecer que a extensão material do que pode ser objeto do acordo de leniência decorre da própria lógica negocial e consensual que o preside, aliada ao amplo exercício do direito de defesa, de que ele também é expressão concreta. Não obstante essa vasta abertura à esfera civil-administrativa em suas distintas manifestações, cujos efeitos devem ser estendidos às pessoas jurídicas que integram, de fato e de direito, o mesmo grupo econômico, desde que firmem em conjunto o pacto, respeitadas as condições nele estabelecidas, deve, pela mesma razão, alcançar ainda pessoas físicas envolvidas nos fatos ilícitos noticiados e a respectiva responsabilidade penal.

Explica-se. A adoção de ótica extensiva e conglobante no manejo do instituto é certamente vantajosa para o Estado, que passa a ostentar maior potencial de barganha perante o infrator, interessado, por sua vez, em obter a máxima vantagem exculpatória em troca da cooperação ativa no deslinde de infrações que está apto a fornecer ao Poder Público, para o qual há, com isso, efetivo ganho informacional.

Nesses termos, a extensão subjetiva da negociação às pessoas físicas, para incluí-las nas tratativas acertadas com a empresa, beneficiada pelas práticas ilícitas e qualificada para a colaboração, tem sido relevante e útil em experiências concretas recentes. No entanto, a par das estratégias adotadas pelas partes em cada caso, tal elasticidade expli-

ca-se por algumas razões de ordem prática e jurídica, fundadas, inclusive, na efetivação concreta do direito fundamental à ampla defesa. Com efeito, eventualmente, a custódia de documentação referente a transações e pagamentos espúrios pode pertencer, assim como sua propriedade, à pessoa jurídica envolvida nos ilícitos, embora a efetivação física e concreta das irregularidades, no mundo material, em benefício da empresa, tenha ocorrido com a imprescindível atuação das pessoas físicas a ela de algum modo ligadas, como acionistas, executivos, empregados, prepostos ou contratados, os quais detêm conhecimento de detalhes e dados somente apreensíveis com a concretização física dos atos ilícitos. Daí, quando for o caso, em homenagem à ampla defesa e à dignidade da pessoa humana que a fundamenta, deve-se negociar, paralela e simultaneamente, os benefícios cabíveis pelas colaborações de ambas as partes: empresas e pessoas físicas implicadas, em sede de leniência e de delação premiada do campo penal.

Note-se que, se assim não for, pode-se estar limitando o exercício da defesa em matéria criminal das pessoas físicas envolvidas nos ilícitos, muitas vezes influenciadas em sua conduta pela organização empresarial a que servem ou pela relação laboral com ela mantida. Afigura-se injusto permitir à empresa, que certamente auferir os ganhos mais relevantes com as práticas lesivas, obter novamente vantagens, por acionar os instrumentos cooperativos de defesa aceitos pelo Sistema Jurídico, enquanto se impede as pessoas naturais, vinculadas ao ente moral, de se valerem de meio similar em relação ao mesmo conjunto fático infracional.

Ainda nessa perspectiva, mister admitir também a extensão objetiva ou material do alcance do instituto negocial, para que nele se possam incluir distintas sanções e diferentes esferas de responsabilização, atinentes a pessoas jurídicas e físicas.

Para tanto, deve-se superar a exclusiva e literal ótica dos contornos dogmáticos do modelo legal de acordo de leniência na esfera anticorrupção, que, se não observadas cautelas exegéticas na aplicação, pode conferir-lhe indevidamente alcance muito restritivo e até desproporcional, em face das exigências impostas a particulares que dele se servem em prol do interesse estatal.

É que, como a LAC dele trata em referência à fase administrativa de seu processo de responsabilização de empresas, prevê a possibilidade expressa de que seja apenas utilizado para atenuar ou isentar a multa e publicação vexatória, embora passível de alcançar também uma das penalidades judicialmente aplicáveis, afetas à possibilidade de acesso a créditos e recursos de origem pública por prazo de um a cinco anos, pela empresa colaboradora (LAC, art. 16, § 2º). Desse modo, mesmo que para fins heurísticos

e argumentativos, pertinente advertir que, à luz da letra fria do texto legal, a pessoa jurídica colaboradora permaneça, em tese, sujeita à responsabilização judicial prevista na própria LAC, afeta às demais sanções mais gravosas de Direito Administrativo, cumuláveis, elas ainda, em ação civil pública, com outras esferas de responsabilidade, a depender das circunstâncias fáticas do caso, como a dos atos de improbidade administrativa, a relativa às licitações e contratos, e a de defesa da concorrência, como decorre do estrito teor dos arts. 18, 19 e 30, da LAC, sem se olvidar do controle externo pelas Cortes de Contas.³⁶

Tratamento similar pode ser observado em relação às pessoas físicas envolvidas nos atos lesivos ao erário e à Administração Pública, pois, se é certo que não se lhes destinam precipuamente as sanções da LAC, as demais penalidades antes referidas lhes são aplicáveis, acrescidas ainda da responsabilização penal³⁷.

Como bem adverte Pedro Antônio Machado de Oliveira³⁸, tal quadro revela como o acordo de leniência previsto na LAC pode tornar-se obsoleto como ferramenta negocial de combate à corrupção, se não entendido e aplicado, de modo transversal e amplo, no marco de uma leitura sistemática e harmonizadora da vigente legislação no âmbito do Direito Sancionador, sob a perspectiva dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, que decorrem postulado do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), entendido como processo justo, estando previstos, em lei, de forma expressa e explícita como informadores da Administração Pública (Lei nº 9.784/1999, art. 2º).

Indispensável, portanto, que seja conferida ao instituto premial, na esfera anticorrupção, compreensão construtiva e racional que realce sua natureza consensual de dúplice função, mantendo sua atratividade, com estímulos consistentes e garantias de segurança jurídica para empresas e pessoas físicas colaboradoras, sob pena de, ao contrário, ensejar a redução paradoxal de seu potencial como técnica especial de investigação, o que se contrapõe aos objetivos constitucionais e legais que sustentam sua

³⁶ Confira-se o art. 5º, I, II e V, alíneas “a” a “g”, da LAC e atente-se ao fato de que, em tese e em interpretação restritiva e literalista, a pessoa jurídica infratora, mesmo colaborando com o Estado, ainda pode responder, concomitantemente, perante: a) o órgão da Administração Pública lesado, na forma dos arts. 86 a 88, da Lei nº 8.666/1993 ou art. 47, da Lei nº 12.462/2011; b) o Cade, no caso de práticas cartelizadas em licitações públicas, consoante art. 36, incisos e parágrafos, da Lei nº 12.529/2011; c) o Tribunal de Contas competente; na esfera federal, na forma dos arts. 46 e 58, da Lei nº 8.443/1992, multa e até inidoneidade, decretadas pelo TCU.

³⁷ Ao se envolverem em atos tipificados na LAC, pessoas físicas – que por eles respondem na medida de sua culpabilidade –, podem ainda, em função de tais condutas lesivas, incorrer, especialmente, nos crimes contra a Administração Pública, notadamente corrupção ativa (CP, art. 333), além de outros como eventual lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/1998, art. 1º), ou organização criminosa (Lei nº 12.850/2013, art. 2º). No caso de fraudes a licitações e contratos, há ainda os previstos na seção III, do capítulo IV, da Lei nº 8.666/1993.

³⁸ MACHADO, Pedro A. O. **O Acordo de Leniência e a Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017.

aplicação, à luz da celeridade, eficiência, moralidade e isonomia na repressão a lesões à Administração Pública.

Por tais razões, tão intuitivas e pragmáticas quanto lógicas, vislumbra-se tecnicamente adequado e socialmente desejável que, no acordo de leniência, ao lado das sanções expressamente elencadas na LAC – que, em seu texto, já permite a inclusão de penalidades da Lei de Licitações (art. 17), outras penas cabíveis, relativas aos mesmos fatos, tais como as previstas na LIA, no Regime Diferenciado de Contratações e na legislação do Cade, possam ser eventualmente negociadas e aplicadas. Essa solução se torna ainda mais necessária, especialmente quando a avença tenha em mira a cooperação de pessoas físicas e seja celebrada, em conjunto com órgãos de controle e fiscalização, ou isoladamente, pelo Ministério Público – titular exclusivo da ação penal que àquelas afeta e destacadamente também legitimado a atuar na esfera civil e de defesa da probidade administrativa, já que detentor de configuração pluricompetencial e regime constitucional de autonomia e independência funcional.

Cabe observar ainda, nessa esteira, que, embora sem previsão expressa, deve-se entender que a LAC não veda o recurso à leniência – estratégia e instrumento defensivo que é, corolário aplicado, pois, do direito fundamental à ampla defesa e aos recursos a ela inerentes –, em sua fase judicial de responsabilização, pelos entes colegitimados. Sendo assim, é razoável que a pessoa jurídica infratora busque dele se valer, para afastar as demais penalidade de natureza administrativa, podendo fazê-lo, a qualquer tempo, e, em juízo, inclusive. Do mesmo modo, a própria LAC, ao conceder ao Ministério Público a legitimação exclusiva para atuar em caso de omissão da autoridade estatal, faculta-lhe seu manejo, já que o *Parquet* está então autorizado a tratar das penalidades propriamente administrativas (multa e publicação vexatória).

No entanto, essa interpretação extensiva, que afirma ser possível e adequado dar alcance ampliado ao manejo do acordo de leniência na defesa do erário e da moralidade estatal, exige, com rigor argumentativo e solidez dogmática, que se enfrente especificamente a vedação expressa, prevista no art. 17, § 1º, da LIA, que proíbe transação, acordo ou conciliação nas ações destinadas à responsabilização por atos de improbidade administrativa, como corolário do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Sobre o ponto, esclarecem Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, que, ao ser introduzida na ordem jurídica, a LAC *“passa a integrar o microsistema processual de tutela coletiva da probidade administrativa, conclusão a que se chega a partir da redação de seu art. 21[...]”*. Por isso, a despeito da vedação subsistente da LIA, *“a celebração do acordo de leni-*

ência será possível em razão da superveniência de norma especial autorizativa”, voltada apenas à pessoa jurídica.³⁹

Não obstante a clareza desse entendimento, que bem resolve a polêmica direta, deve-se ainda avaliar a controvérsia, à luz da justificativa material da vedação, afeta à natureza pública do interesse por ela protegida, que o qualifica como indisponível.

A indisponibilidade do interesse público pressupõe a irrenunciabilidade de sua tutela e dos objetivos que o delimitam, por parte do Estado, que os exerce e existe para concretizá-los, em nome de seu titular—o cidadão—, nos termos dispostos pela Constituição e pelas leis. Não obstante, é sabido que o interesse público engloba aquele identificado com os do corpo social e, assim, afetos ao bem geral e aos valores mais caros à comunidade, também expressos nos compromissos constitucionais que sustentam seu vínculo político e sua coesão societária (interesse dito primário), bem como os vinculados mais propriamente à Administração Pública, seu patrimônio, sua estrutura (interesse secundário). Diante desses diferentes influxos que o compõem, é preciso levar em conta, sobretudo em cenários sociais complexos, como os atuais, os fatores jurídicos e práticos que melhor concretizam cada uma de suas facetas, à vista das constantes, variadas e crescentes demandas que o condicionam, buscando o equilíbrio possível entre elas.

Nessa linha, forçoso reconhecer, no ponto examinado, que as duas leis, LIA e LAC, operam no campo civil-administrativo, em sentido amplo, devotadas à defesa do erário, da Administração Pública e de sua probidade, como já referido antes. A LAC, aplicável autônoma e especialmente a pessoas jurídicas, inova o sistema legal em relação à LIA, pois dispensa, para incidir, a comprovação de vínculo dos entes morais com a atuação de agentes públicos ímprobos. Ambas veiculam sanções similares no contexto extrapenal de responsabilidade jurídica, o que recomenda a harmonização de seus efeitos e alcance, a fim de evitar suspeita de eventual *bis in idem* ou riscos de excesso e incoerência punitivos, aplicando-se, desde logo, em hipótese de solução consensual,

³⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 919-920. Segundo os autores, o acordo de leniência não poderá incluir o agente público, cuja responsabilização permanece sujeita à LIA, vedado o acordo. Aqui, uma observação é de rigor: se, com a colaboração, a pessoa jurídica pretender “entregar” todos os seus comparsas na ação delitiva, devendo ser a primeira a se apresentar, certamente não terá interesse em um acordo integral e transversal, com alcance subjetivo ampliado, menos ainda em relação ao agente público a quem ou com quem corrompeu. Não obstante, pode ocorrer hipótese em que, no interesse mais amplo da defesa, seja útil firmar acordos conexos e paralelos, incluídas, na esfera de responsabilização subjetiva cabível, as pessoas físicas, e, eventualmente agentes públicos, abrangida a delação criminal, além de alguma fórmula intermediária, negociada e proporcional aos fatos, no âmbito civil de improbidade, em que, de fato, não se admite ainda a transação, apesar da vasta adesão ao paradigma consensual no país e de propostas de reforma da LIA em debate. Solução alternativa que se pode aventar, na prática, para superar o ponto, além da evidente consideração positiva dos efeitos de colaboração premiada (penal ou da LAC), como redutores ou atenuantes na dosimetria de penas aplicáveis segundo a responsabilidade da LIA, é a própria não propositura de ação de improbidade contra colaboradores, por conta de falta de justa causa, diante do acordo firmado e da cooperação prestada e dos prováveis pagamentos pecuniários já antecipados ou avençados, a título de multa e de ressarcimento, ainda que parcial.

as penalidades possíveis, como as de cunho pecuniário (multas, por exemplo). Vislumbra-se, em tal cenário, que a adequada interação entre os diplomas legais citados no contexto de sua aplicação concreta, por meio da possibilidade de os dispositivos sancionatórios de ambos serem negociados e contemplados na celebração de acordos de leniência com ampla abrangência material e subjetiva, é opção que melhor atende ao interesse público, compreendido tanto em sua dimensão primária e social, voltada à otimização do enfrentamento estatal a práticas lesivas e ilícitas, com igualdade e mais rapidez, quanto em seu aspecto secundário, relativo ao aprimoramento nas fórmulas de recomposição do patrimônio público lesado.

Como bem explica Pedro Antônio Machado de Oliveira, “a celebração do acordo traz, sob a perspectiva do direito administrativo sancionador, o instrumento negocial da LAC traz inegáveis reflexos positivos ao interesse público⁴⁰”, pois não exige a pessoa jurídica pactuante da obrigação de ressarcimento integral do dano causado pelas condutas delituosas, núcleo irrenunciável do interesse público (LAC, art. 16, § 3º), até mesmo porque a recomposição do dano é obrigação geral a todos imposta, no campo da responsabilidade civil, não configurando penalidade em si mesma⁴¹. Além disso, a adesão rigorosamente voluntária aos termos da avença pressupõe ainda a abdicação da pessoa jurídica ao direito à sua não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e ao de não declarar contra si própria – que mitiga o exercício da ampla defesa e do contraditório, com a admissão de sua participação no ilícito. Aliam-se a tais renúncias espontâneas e livremente exercidas, a interrupção imediata da conduta infracionária, a cooperação plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, para, quando couber, a identificação dos demais envolvidos, bem como a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Devem ser observados, por analogia, em sua aplicação extensiva à improbidade administrativa, todo o rito previsto no art. 16 da LAC, por ser fácil e plenamente transponível, de uma matéria a outra, devido à semelhança das lesões tratadas e do modelo normativo utilizado, inclusive no que toca à previsão de sanções relativas à existência material da empresa, previstas tanto na LAC (a saber: a isenção das penas dos arts. 17 e 19, IV (proibição de receber recursos públicos e de licitar e contratar com a administração pública – cfe. inidoneidade da Lei de Licitações), quanto na LIA (em maior extensão, nos incisos do art. 12), assim como a possibilidade da redução dos valores de multas pecuniárias.

⁴⁰ MACHADO, op. cit., p. 198.

⁴¹ Sobre isso, item 2.2, *infra*.

Importante realçar que, se sob a ótica da concretização do interesse público sobressai o potencial desestabilizador que o acordo de leniência, como técnica especial de investigação, pode provocar em cartéis e demais organizações delituosas, com a obtenção de material probatório consistente para propiciar a punição legalmente devida e o efetivo ressarcimento ao erário, os ônus para a pessoa jurídica colaboradora, apesar da atenuação punitiva que a ela se conceda, não são desprezíveis. Como aponta Pedro Antônio Machado de Oliveira, com precisão, assim é, exatamente,

[...] porque os ônus da confissão e admissão de participação no ilícito e da 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 [...] 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 [...]⁴²

Portanto, uma compreensão restritiva, assistemática e literal dos textos do art. 16, incisos e parágrafos da LAC e do art. 17, § 1º, da LIA, implica resultados opostos aos buscados pelo ordenamento pátrio com a adoção do instituto premial no âmbito anticorrupção. Prevalendo tal perspectiva meramente literalista, ao colaborador são impostos renúncias a direitos e deveres incompatíveis com a vedação do excesso e os demais requisitos do princípio da proporcionalidade que rege relações públicas e privadas, porque se enseja, como consequência, uma inaceitável, eis que automática e implícita, renúncia graciosa às prerrogativas de ampla defesa em outras esferas de responsabilização (incluindo-se a gravosa instância criminal no que concerne a pessoas físicas envolvidas nos atos lesivos), em relação às quais não seria possível haver atenuação das sanções.

Resta evidente, pois, não ser este o escopo da inovação legal, pois apenas se presta a desestimular a adesão à solução consensual e cooperativa no âmbito das relações público-privadas, ainda que sob viés sancionador, impedindo a consolidação do acordo

⁴² Idem, *ibidem*, p. 200.

de leniência como instrumento hábil a potencializar a eficiência na atuação persecutória estatal e na reparação dos danos causados ao erário.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O microsistema anticorrupção no Brasil, especialmente à luz dos avanços observados sob a vigência da Constituição Federal de 1988, das diretrizes internacionais pertinentes (ONU, OCDE, OEA) e da tradicional distinção entre múltiplas esferas punitivas contra ilícitos, apresenta importantes e modernos dispositivos e instrumentos, para prevenir e desestimular delitos e condutas ímprobas, tornando mais custosa a transgressão às leis nas relações público-privadas e no exercício funcional da gestão pública.

Emanadas da Constituição e dos valores por ela protegidos, a defesa da probidade administrativa, a repressão a desvios de recursos e a busca de adequado ressarcimento ao erário e da devida responsabilização de condutas ímprobas de servidores públicos e daqueles que, pessoas físicas ou jurídicas, transacionam irregular e fraudulentamente com o Poder Público, têm recebido incremento não só legislativo, como se observa desde o surgimento da LIA até a recente edição da LAC, como empenho reiterado do Sistema de Justiça e dos órgãos de controle e fiscalização do Estado para conferir maior efetividade a tais objetivos do Estado brasileiro.

Certamente aprimoramentos técnicos devem ser ainda buscados, para reduzir incertezas semânticas e aclarar antinomias reais ou aparentes ou excessiva sobreposição punitiva no microsistema anticorrupção, bem como para melhor delinear pontos de intersecção entre as distintas esferas de responsabilidade jurídica e as respectivas competências institucionais. Não obstante, é mister reconhecer a relevância central da LIA nesse processo de consolidação da defesa da integridade pública no Brasil, não apenas pela inovação que representa ao refinar o regime de responsabilidade a que está sujeito o agente público mas também pelo caráter simbólico e pedagógico que se extrai de seu texto, notadamente com os comandos sobre moralidade administrativa e os limites éticos impostos ao Estado e ao gestor estatal, que a todos os cidadãos, não só aos profissionais do direito, se impõem.

No atual contexto, após vinte e cinco anos de sua vigência, pode-se apontar, com maior urgência, a necessidade de ser revista a expressa vedação da LIA à possibilidade de transação, em relação à aplicação de suas sanções, já parcialmente derogada pela LAC, no que toca a pessoas jurídicas corruptoras.

A partir da introdução do instituto premial da leniência em sede de responsabilização civil-administrativa, na linha do correspondente em sede penal, denota-se a valorização de soluções alternativas de conflitos e da consensualidade, mesmo nas relações público-privadas, agora agasalhada por paradigmática alteração em curso no ordenamento pátrio. Assim, parece não se sustentar a vedação absoluta a conciliações ou acordos, no campo da repressão à improbidade administrativa e, menos ainda, a distinção de tratamento entre pessoas jurídicas corruptoras e pessoas físicas envolvidas em condutas ímprobas, ainda que os desvios de conduta do agente público devam ser punidos de forma mais gravosa, pela violação dos graves deveres que se lhe impõem. Todavia, a este, como a qualquer pessoa, devem ser garantidos idênticos meios e recursos ao exercício do direito fundamental da ampla defesa.

Enfatize-se, ainda, que a inserção do acordo de leniência em sede de responsabilização civil-administrativa é plenamente compatível com o interesse público, identificado com a obtenção célere e eficaz de resultados no combate à corrupção e à improbidade, ao corresponder a demandas de eficiência no desmantelamento de delitos de difícil detecção praticados por organizações e assegurar maior amplitude aos recursos da ampla defesa. Não obstante, para ser efetivo, como tem demonstrado recente experiência prática, essencial que seja celebrado de modo amplo e transversal, sob a ótica punitiva, abarcando a aplicação das penas do Direito Administrativo Sancionador em diferentes esferas, o que inclui tanto as da LAC como as da LIA, por exemplo, a fim de serem racionalmente conciliadas a segurança jurídica e o direito à ampla defesa com os recursos e meios a ela inerentes com a esperável eficiência buscada pelo Estado na repressão a ilícitos.

Obviamente, à míngua de necessários debates na sociedade e das desejáveis alterações legislativas, isso pode ser feito, por ora, à luz da proporcionalidade, da vedação do *non bis in idem* e de uma interpretação constitucionalmente adequada do microssistema anticorrupção, aplicando-se o direito posto, de modo coerente, racional e razoável, em harmonia com a Constituição e o Estado Democrático de Direito nela desenhado, que consagram diretrizes de integridade e democratização para a gestão estatal e das relações público-privadas, em qualquer de suas manifestações, inclusive na seara repressiva.

REFERÊNCIAS

BERMAN, J. G. Direito Administrativo Consensual, Acordo de Leniência e Ação de Improbidade. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. (Org.). **Administração Pública: Desafios para a Transparência, Probidade e Desenvolvimento**. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017.

BRANCO, Fernando Castelo. Reflexões sobre o acordo de leniência. In: VILARD, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). **Crimes econômicos e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2008. (GV Law).

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Promulgada em 15 de março de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

BRASIL. 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/2015/06/1ef013e1f4a64696e-eb89f0fbf3c1597.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Ministério Público – um retrato 2016**. Brasília: CNMP, 2016. (v. 5, dados 2015, Ano 2016) Disponível em: <http://www.cnpm.mp.br/portal_2015/images/Publicacoes/documentos/MP_um_Retrato_2016_web.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 35.198-SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília-DF, 28 de setembro de 2004. **Diário da Justiça da União**. Brasília-DF, 3 nov. 2004, p. 262. Disponível em: <<https://www2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=501845&tipo=0&nreg=200400614357&SeqCgrmaSessao=&Co-dOrgaoJgdR=&dt=20041103&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 5 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483-PR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de agosto de 2015. **Diário da Justiça Estadual**, n. 21. Brasília, 4 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, 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.

FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 129, p. 51-65, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176382>>.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do Agente Público**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

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.

MACHADO, Pedro A. O. **O Acordo de Leniência e a Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SOUZA, Jorge Munhós de (Org.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015.

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: Ed. Fórum, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990.

9 ACORDOS DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL

Vladimir Aras¹

Resumo: Este artigo examina a Lei Brasileira Anticorrupção de 2013, sua inserção no sistema brasileiro de integridade, com foco no desenvolvimento dos acordos de leniência no ordenamento jurídico do País e na sua regulamentação.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção. Integridade. Leniência. Solução consensual.

Abstract: *This article analyzes the Brazilian Anti-Bribery Act of 2013, its insertion in the Brazilian integrity system, focusing on the development of leniency agreements in the country's legal system and its regulation.*

Keywords: *Brazilian Anti-Bribery Act. Compliance. Leniency. Negotiated settlements.*

1 INTRODUÇÃO

Em vigor desde 28 de janeiro de 2014, a nova Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/2013) instituiu importantes ferramentas para os órgãos de prevenção e repressão da corrupção, prática infelizmente ainda enraizada no País.

A percepção da corrupção no setor público tem-se mantido em níveis elevados — e quase inalterados — ao longo dos últimos anos. Segundo o *Corruption Perception Index* (CPI), ou índice de percepção da corrupção, o Brasil retrocedeu da 69ª posição (*ranking*) em 2012, para a 72ª posição em 2013. Em 2014, voltou à 69ª colocação. A queda se acentuou nos anos seguintes. Em 2015, ocupamos o 76ª lugar. Em 2016, estávamos no 79ª posto no *ranking* CPI. Em 2017 caímos para a 96ª posição. Pioramos sensivelmente no que tange à percepção, talvez porque tenhamos progredido na exposição dessa chaga.

Conforme o ministro Luís Roberto Barroso:

A verdade é que um direito penal absolutamente incapaz de atingir qualquer pessoa que ganhe mais de cinco salários mínimos criou um país de ricos delinquentes, em que a corrupção passou a ser um meio de vida para muitos e um modo de fazer negócios para outros. Houve um pacto espúrio entre iniciativa privada e setor público para desviar esses recur-

¹ Procurador Regional da República, mestre em Direito Público (UFPE), MBA em Gestão Pública (FGV), professor de Processo Penal (UFBA), professor de Direito Penal e de Criminologia (IDP), professor da ESMPU, professor em cursos de especialização em Ciências Penais (UCSAL etc.), ex-secretário de cooperação internacional da PGR (2013-2017), editor do site jurídico vladimiraras.blog.

sos. E não é fácil desfazer esse pacto. Qualquer pessoa que esteja assistindo o que se passa no Brasil pode testemunhar.²

Como subproduto das jornadas cívicas de 2013, o Congresso Nacional votou e a então presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei Anticorrupção Empresarial (LACE), também conhecida como "Lei da Empresa Limpa" (*Clean Company Act*), um apelido inadequado que mais remete a questões ambientais do que à matéria anticorrupção. O novo diploma se integra a um microsistema de promoção da integridade pública, composto por várias leis sancionadas desde o período imperial, até a fase republicana, notadamente no período pós-1988.

Neste artigo, veremos os principais aspectos dos acordos de leniência, sua regulamentação no Brasil e o procedimento para sua formalização e efeitos. Merecerá especial atenção a legislação para os acordos, que podem ser firmados por entes do Poder Executivo, mas também pelo Ministério Público, notadamente quando há algum componente criminal no quadro fático.

2 O MARCO NORMATIVO ANTICORRUPÇÃO

Embora o microsistema brasileiro anticorrupção não tenha sido inaugurado na fase de redemocratização do Brasil, evidentemente, o marco constitucional de 1988 não pode ser ignorado. O art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição tratou da ação popular; o art. 37 instituiu princípios gerais da Administração Pública, entre eles a legalidade, a probidade e a impessoalidade; e o art. 129, inciso III, da CF, entregou ao Ministério Público o papel de defensor primordial da probidade no setor público, cabendo-lhe "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".

Concomitantemente, a Carta de 1988 considera a violação do dever de probidade como crime de responsabilidade do chefe do Executivo (art. 85), como é da tradição brasileira, e estabeleceu no art. 37, § 4º que os atos de improbidade administrativa importariam "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".

² Palestra em Londres, Brazil Fórum UK, 13 de maio de 2017.

Ao regular as eleições, o texto constitucional de 1988 também se preocupou com o tema “corrupção” (*lato sensu*), pois previu a suspensão dos direitos políticos em razão da prática de improbidade administrativa (art. 15, V, CF) e criou um rigoroso regime de inelegibilidades para proteger “a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta” (art. 14, § 9º, CF). Disso resultou a Lei Complementar nº 64/1990 ou Lei das Inelegibilidades, atualizada em 2010 com a Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”).

Também em 1990, foi sancionada a Lei nº 8.112/1990, que regula o regime jurídico dos servidores públicos civis da União. Seu sistema disciplinar evidencia a preocupação do legislador com a honestidade na Administração Pública federal, tanto que prevê a pena de demissão em casos de improbidade administrativa e de crimes contra a Administração Pública.

A ela seguiu-se a importante e inovadora Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), sancionada—é de se notar—pelo então presidente Fernando Collor de Mello, o primeiro governante nacional a ser apeado do poder num processo de *impeachment*. Com um pesadíssimo regime de sanções, ao longo dos anos a LIA sofreu sucessivos ataques para desnaturá-la, tendo no geral resistido com algumas modulações jurisprudenciais.

Na sequência histórica, com a revogação do Decreto-Lei nº 2.300/1986, passou a vigorar a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), tantas vezes questionada e poucas vezes cumprida. É lei dotada de importantes dispositivos para assegurar a boa governança na aquisição de produtos e serviços e na formalização de contratos pela Administração Pública, de um lado, e por assegurar saudável concorrência entre empresários, do outro lado.

Em 1998, a Lei de Lavagem de Dinheiro, na sua versão original (Lei nº 9.613/1998), já inseria a corrupção (antigo inciso V) e os crimes contra a Administração Pública no rol de delitos antecedentes para fins de branqueamento de capitais. A Lei nº 10.467/2002 ampliou tal rol, com a inclusão dos crimes contra a Administração Pública estrangeira (antigo inciso VIII). A profunda alteração por que passou a Lei de Lavagem de Dinheiro com a Lei nº 12.683/2012 não desfez tal imbricação. Ao contrário, deixou claro que todas as formas de corrupção, em sentido lato, são hoje antecedentes do crime de lavagem de capitais. Assim, nesta categoria estão os delitos do Código Penal, da Lei de Licitações e também do DL nº 201/1967, que tipifica os crimes funcionais cometidos por prefeitos municipais e os crimes de responsabilidade (*rectius*: infrações político-administrativas) que podem praticar.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) também se insere nesse cenário em que se edificou um regime de transparência e boa governança. Sua vertente penal levou à aprovação da Lei nº 10.028/2000, que alterou o Código Penal e o Decreto-Lei nº 201/1967, ali introduzindo novos crimes contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H, CP; e incisos XVI a XXIII do art. 1º do DL nº 201/1967). Tal regime normativo foi fundamental para o segundo processo de *impeachment* da história republicana brasileira, aquele que em 2016 cobrou o mandato da ex-presidente Dilma Rousseff.

Poucos anos antes de a LRF ser sancionada, em 1997, a Lei Geral das Eleições (Lei nº 9.504/1997) passou a prever no art. 73 uma série de condutas vedadas aos agentes públicos, servidores ou não, quando tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais.

Dois anos depois, tal lei eleitoral foi aperfeiçoada pela Lei nº 9.840/1999, Lei da Compra de Votos, que reforçou as sanções eleitorais contra candidatos que comprassem votos, estatuinto que “constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive”, sob pena de multa e cassação do registro ou do diploma.

A Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) somou-se a esse arcabouço, tendo alterado a Lei das Inelegibilidades de 1990, para tornar inelegível por 8 anos quem for condenado por crime contra o patrimônio público (art. 1º, I, “e”, LC nº 64/1990) ou por ato doloso de improbidade administrativa (art. 1º, I, “l”).

A Lei de Conflito de Interesses na Administração Pública Federal (Lei nº 12.813/2013), em vigor desde 1º de julho daquele ano, considera conflito de interesse “a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública”. Essa lei também define informação privilegiada como sendo “a que diz respeito a assuntos sigilosos ou aquela relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público”.

No período em que nos fixamos, a atuação do Congresso Nacional na produção legislativa já refletia movimentos contra a corrupção no plano internacional. De fato, em 1996, foi firmada em Caracas a Convenção Interamericana contra a Corrupção, internacionalizada no Brasil quase sete anos depois, pelo Decreto nº 4.410/2002.

A Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) –Convenção de Paris de 1997–, mais conhecida como Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais — promulgada pelo Decreto nº 3.678/2000 — repercutiu novamente sobre a legislação doméstica, na medida em que a Lei nº 10.467/2002, dela derivada, fez inserir três novos artigos no Código Penal (arts. 337-B, 337-C e 337-D). Os dois primeiros tratam dos crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional e tráfico de influência em transação comercial internacional e o último dá o conceito de funcionário público estrangeiro para fins penais.

Em 2003, veio a lume a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida por sua sigla em inglês Uncac³ ou simplesmente “Convenção de Mérida” (Decreto nº 5.687/2006). Nela o Brasil se comprometeu a promover a transparência e o controle social da Administração Pública, assim como a criminalizar a corrupção (interna e transnacional), inclusive no setor privado (“suborno”), o peculato, o abuso de funções, o tráfico de influência, a lavagem de dinheiro, o enriquecimento ilícito, a obstrução da Justiça, e o favorecimento real. O País obrigou-se também no art. 26 da Uncac a prever em lei mecanismos de responsabilização das pessoas jurídicas, na esfera administrativa, civil e/ou penal.

Antes, porém, já no regime normativo da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Untoc⁴ ou Convenção de Palermo) (Decreto nº 5.015/2004), o Estado brasileiro se obrigara nos arts. 6º, 8º e 10 a criminalizar a corrupção e a lavagem de dinheiro e a instituir a responsabilização penal, civil ou administrativa de pessoas jurídicas que pratiquem tais delitos. O texto de Palermo foi firmado no ano 2000, mas o Brasil só deu os primeiros passos concretos para cumpri-la com a aprovação da Lei nº 12.694/2012 e da Lei nº 12.850/2013, a nova Lei do Crime Organizado.

Finalmente, com a entrada em vigor da Lei nº 12.846/2013, a Lei Anticorrupção Empresarial (ace), demos mais um salto adiante na luta contra esse flagelo que empobrece países, vilipendia populações e mata pessoas em todo o globo. A Lace dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

³ United Nations Convention Against Corruption.

⁴ United Nations Convention Against Transnational Organized Crime.

Com tais diplomas legais, o Brasil está razoavelmente bem preparado, na infraestrutura jurídica, para o cumprimento do Objetivo do Desenvolvimento Sustentável 16 da Agenda 2030 das Nações Unidas. Segundo o ODS 16, compete aos países-membros:

16.5 Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas.

16.6 Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis.

16.a Fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime.

3 MARCO NORMATIVO GLOBAL

Considerada pela Controladoria-Geral da União (CGU)⁵ ferramenta fundamental para o desempenho do seu papel como órgão de controle da Administração Pública federal, esta nova legislação é resultado dos compromissos que o Brasil assumiu ao tornar-se parte da Convenção de Mérida (Uncac) e, especialmente, da Convenção Anticorrupção da OCDE⁶ de 1997, também conhecida como *OECD Antibribery Convention*.

A Convenção da OCDE determina a criminalização da corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais. Desde sua conclusão, 35 membros da OCDE e 6 outros Estados (África do Sul, Argentina, Brasil⁷, Bulgária, Colômbia e Rússia) tornaram-se partes⁸.

Segundo o art. 2º da Convenção Anticorrupção da OCDE, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 3.678/2000, os Estados Partes têm o dever de responsabilizar pessoas jurídicas em caso de práticas corruptas *lato sensu*.

⁵ Atual Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.

⁶ Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico.

⁷ O Brasil não é membro da OCDE, mas é signatário da Convenção. Seu processo de adesão à organização está em curso, tendo-se acelerado a partir de julho de 2017, com a avaliação do *acquis*.

⁸ Conforme dados de maio de 2007.

Art. 2º Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.

O art. 3º, § 2º, do tratado completa a regra, ao prever que, caso a responsabilidade criminal, no Sistema Jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, tal Estado Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estejam sujeitas a sanções não criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionários públicos estrangeiros, inclusive sanções financeiras.

Entre as sanções civis e administrativas, devem estar a proibição de receber incentivos ou benefícios fiscais, proibição de participar de licitações públicas, sujeição a intervenção ou liquidação judicial.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Uncac, na sigla em inglês) também influenciou a formulação da Lei Anticorrupção Empresarial. Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687/2006, a Uncac ou Convenção de Mérida prevê a necessidade de criminalização da corrupção ativa e passiva, peculato, apropriação indébita, corrupção de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais, enriquecimento ilícito e outras condutas contra a Administração Pública, além de prever compromissos de tipificação da lavagem de dinheiro, da obstrução da justiça e da corrupção no setor privado (suborno).

A responsabilização civil, administrativa ou criminal de pessoas jurídicas por atos de corrupção é também um elemento-chave da Uncac. Segundo o seu art. 26:

Artigo 26

Responsabilidade das pessoas jurídicas

1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.
3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos.
4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas

sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.

A proteção a reportantes de boa-fé ou *whistleblowers* (*lanceur d'alerte*) também é objeto dessa Convenção, sendo importantíssimo mecanismo de prevenção e repressão da corrupção nos setores público e privado.

4 ABRANGÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL (LACE)

A Lace abrange todas as esferas de poder da Administração Pública nacional (Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público), dos três níveis da Federação, e visa também à proteção da Administração Pública estrangeira, mediante a responsabilização objetiva, administrativa e civil, de pessoas jurídicas.

Segundo o parágrafo único do seu art. 1º, a Lace também se aplica às sociedades empresariais e às sociedades simples, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

No plano federal, dois órgãos terão o protagonismo no *enforcement* desta lei não penal: a Controladoria-Geral da União (CGU)⁹ e o Ministério Público Federal (MPF), sem prejuízo da atuação da Advocacia-Geral da União (AGU) para consecução dos seus propósitos como órgão de defesa da União e de suas autarquias, ou do Tribunal de Contas da União.

Todavia, a lei também se aplica aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, que deverão baixar regulamentos próprios para a adequação de seus serviços à legislação federal, o que exigirá das unidades federadas que ainda não o tenham a criação de controladorias, a aprovação de condições de conduta e a adoção de programas de integridade.

Ao prever a responsabilização de pessoas jurídicas, num contencioso administrativo de caráter punitivo, a Lei nº 12.846/2013 exige das empresas que contratam com o Governo a instituição ou a (re)adequação de serviços e programas de *compliance* (conformidade

⁹ Usa-se aqui o nome consagrado desta agência governamental, com status de ministério.

normativa ou, numa palavra, integridade), para prevenir a corrupção no âmbito institucional e corporativo e nas relações dessas pessoas jurídicas com os órgãos públicos.

A adoção de sistemas de *compliance* empresarial no Brasil tornou-se mais comum com a Lei Ambiental (Lei nº 9.605/1997), fortaleceu-se com a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998) e agora se consolida com a Lei Anticorrupção Empresarial. No entanto, a necessidade de conformidade, para fins de responsabilização de pessoas jurídicas por atos ilícitos, também está presente na legislação trabalhista e tributária e no campo eleitoral, no que diz respeito aos partidos políticos. Todos esses segmentos de responsabilização formam um complexo de *accountability*, no qual a palavra de ordem é a prevenção de ilícitos na interação entre o setor público e o setor privado ou, em suma, a integridade pública.

No âmbito judicial, a Lei Anticorrupção Empresarial (Lace) cria uma nova ação de responsabilização por ato ilícito, que terá curso como uma ação civil pública, na forma do art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 7.347/1985, de titularidade do Ministério Público (MPF, MPDFT e MPs estaduais), da AGU e dos órgãos congêneres da advocacia pública dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 50 desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

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.

Tal como a *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, de 1977, a nova Lei Anticorrupção (Lace) também pune atos viciosos praticados no exterior. De fato, são puníveis atos cometidos por pessoas jurídicas com sede ou filial no Brasil contra a Administração Pública estrangeira, o que dá à Lace uma aplicação transnacional.

Conforme seu art. 28, a Lacey aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a Administração Pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior. Tal regra extraterritorial torna a Lacey adequada ao escopo da Convenção da OCDE, da qual o Brasil é parte. Em tais casos, caberá a órgãos federais a formalização dos acordos de leniência (art. 16, § 10) e à CGU a condução do processo administrativo punitivo (art. 9º), o que permite dar valia não criminal à cláusula de jurisdição do art. 4º da Convenção da OCDE (Decreto nº 3.678/2000):

Jurisdição

1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, quando o delito é cometido integral ou parcialmente em seu território.
2. A Parte que tiver jurisdição para processar seus nacionais por delitos cometidos no exterior deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição para fazê-lo em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, segundo os mesmos princípios.
3. Quando mais de uma Parte tem jurisdição sobre um alegado delito descrito na presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para a instauração de processo.
4. Cada Parte deverá verificar se a atual fundamentação de sua jurisdição é efetiva em relação ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, caso contrário, deverá tomar medidas corretivas a respeito.

Observe-se que práticas corruptas de pessoas jurídicas brasileiras no exterior não estão sujeitas a nossa lei penal, porque, atualmente, somente se prevê a responsabilização de pessoas jurídicas por crimes ambientais, não havendo regra semelhante para crimes de corrupção ativa. Todavia, as pessoas naturais envolvidas na conduta corruptora no exterior estão também sujeitas à jurisdição criminal brasileira, seja pelo critério territorial — quando aqui houver sido praticada alguma parte da conduta — seja pelo critério extraterritorial, casos em que a Justiça brasileira será apta em virtude do art. 7º, inciso II, do Código Penal, combinado com os dispositivos pertinentes da Uncac, da Convenção de Caracas ou da Convenção da OCDE.

Como se percebe no art. 30, inciso I, da Lacey, a nova legislação conviverá com a Lei de Improbidade Administrativa de 1992 (LIA), de modo que será possível cumular pedidos

judiciais, com base nos dois textos, o que poderá ser feito numa só ação ou em feitos distintos, tanto na Justiça Federal quanto na Justiça Estadual ou no Distrito Federal.

É de se observar, porém, que no âmbito da LAce, a responsabilidade das pessoas jurídicas é objetiva, nos campos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos na Lei, quando praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. Ademais, a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. Tais dirigentes, todavia, somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da suas culpabilidades, inclusive criminalmente, se for o caso.

Tenha-se ainda em conta que, por se cuidar de direito administrativo punitivo (sancionador), as sanções previstas na Lei nº 12.846/2013 são irretroativas, só valendo para fatos cometidos a partir de 29 de janeiro de 2014, inclusive.

Porém, o procedimento de leniência não sofre essa limitação temporal, já que prevê solução jurídica para a empresa leniente em tudo mais favorável à responsabilização administrativa plena, com base em outras leis.

5 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA

Um dos instrumentos mais importantes do novo marco anticorrupção são os acordos de leniência, hoje comuns na prevenção de práticas anticoncorrenciais, no âmbito da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011).

Entende-se por leniência ou tolerância a conduta de abrandar ou suprimir a responsabilização de uma pessoa natural ou jurídica, por uma dada infração. É uma espécie de perdão, mediado pela temperança administrativa, que pode isentar parcial ou totalmente o infrator de uma dada resposta punitiva no campo administrativo, civil ou penal.

A celebração da leniência, na forma dos arts. 16 e 17 da Lei nº 12.846/2013 (Lace), resulta em redução da pena de multa e na exclusão da pena de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos do Poder Público. Tais acordos também se estendem à Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993). Em qualquer caso, o perdão ocorre sempre que a empresa acordante colaborar com a investigação dos atos de corrupção, sem prejuízo da reparação do dano.

Manifestação do direito premial, a leniência é voluntária, mas não necessariamente espontânea. Sua validade depende da voluntariedade da colaboração a ser prestada pelo infrator, mas a Administração Pública não está impedida de estimulá-la.

Sua natureza bilateral é também evidente. Formaliza-se mediante um acordo entre o titular do direito de punir e o infrator. A presença de advogado é fundamental para a eficácia do instituto, uma vez que as consequências da avença atingem o patrimônio jurídico e econômico do agente.

No escopo deste artigo, a leniência é uma avença entre órgãos públicos, do Poder Executivo ou do Ministério Público, com uma pessoa jurídica, e que é chancelada pela própria Administração Pública, por órgão superior (revisional) do Ministério Público ou pelo Poder Judiciário.

As etapas de seu procedimento são a habilitação (apresentação da candidatura da pessoa física ou jurídica), a negociação do acordo com os órgãos públicos competentes, a supervisão de cumprimento das obrigações ajustadas e a aplicação dos benefícios previstos em lei, redundando na extinção da punibilidade ou na mitigação das sanções, na fase de responsabilização.

6 ORIGEM DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA

Os acordos de leniência (*leniency*) surgiram nos Estados Unidos em 1978¹⁰, para aperfeiçoar a investigação de infrações ao direito da concorrência e fraudes corporativas, com repercussões na jurisdição administrativa ou criminal.

Sua larga utilização naquele país deve-se ao fato de os Estados Unidos adotarem o princípio da oportunidade para a persecução criminal e conhecerem várias formas de acordos judiciais, penais e não penais, especialmente os *plea agreements*. Lá são comuns acordos de não persecução ou de imunidade, conhecidos como *non-prosecution agreements (NPA)*. Ali também a lei prevê os *deferred prosecution agreements (DPA)*, que são ajustes sob determinadas condições, que poderiam ser comparados aos nossos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), com a diferença de que têm valia na competência penal e suspendem ações penais.

¹⁰ SOUZA, Marcelo de L. **Leniency programs: an international comparison**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/eppgg/producaoacademica/dissertacao_marcelo_l_souza.pdf>. Acesso em 10 maio 2017.

O Reino Unido (no que diz respeito à Inglaterra e ao País de Gales¹¹) passou a adotar os DPA em 24 de fevereiro de 2014, quando entrou em vigor a alteração da *Crime and Courts Act 2013*. Seu anexo (*schedule*) 17 prevê esse tipo de ajuste, que pode ser proposto por um promotor (*crown prosecutor*) autorizado pelo *Director of Public Prosecutions (DPP)*, no âmbito do *Crown Prosecution Service (CPS)*, ou pelo diretor do *Serious Fraud Office (SFO)*, nos casos de fraude, corrupção e outros crimes econômicos, sempre com controle judicial, tendo em mira “*the interests of justice*”, após verificar que os termos do acordo são “*fair, reasonable and proportionate*”.

Após a denúncia do CPS ou do SFO, órgãos do Ministério Público inglês, o procedimento criminal é suspenso, mediante condições aceitas pela pessoa jurídica, que vão desde o pagamento de uma multa e de uma compensação financeira, até a cooperação com a persecução de outras pessoas naturais. Se as condições forem desrespeitadas, o processo se inicia e segue para o julgamento (*trial*).

Tal como um acordo de leniência, um DPA permite que a empresa se reabilite após a prática do crime, mediante reparação integral do dano, sem uma condenação, o que protege a imagem da empresa, seus negócios e os empregos e tributos que propicia. Um DPA também evita julgamentos longos e custosos, sem prejuízo da publicidade e controle externo pela sociedade.

Apenas três DPAs foram homologados na Inglaterra e Gales desde a entrada em vigor da legislação: um em 2015, com o Standard Bank, um em 2016, com uma empresa identificada como XYZ, e o terceiro em 2017, com a Rolls-Royce.

Esses sistemas jurídicos, sobretudo o norte-americano, influenciaram a criação e desenvolvimento de programas de leniência no Brasil, que passaram a ser largamente adotados, a partir de 2014, no caso Lava Jato.

7 ORIGENS NO BRASIL

Os acordos de leniência — ou *leniency* no direito comparado — surgiram no Brasil com a Lei nº 8.884/1994 alterada pela Lei nº 10.149/2000, antiga Lei Antitruste, depois substituída pela Lei nº 12.529/2011, que instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Nele, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade)

¹¹ Escócia e Irlanda do Norte têm sistemas jurídicos distintos.

tem papel preponderante, ali também havendo a participação da Advocacia-Geral da União (Procuradoria Federal junto ao CADE) e do Ministério Público Federal (Ofício do MPF junto ao CADE).

Previstos nos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011, os acordos de leniência do SBDC são negociados em conjunto com o Ministério Público, sempre que há implicação penal, tendo em vista seus reflexos sobre a persecução de crimes previstos na Lei nº 8.137/1990, na Lei nº 8.666/1993 e no art. 288 do CP. É relevante transcrever o primeiro desses artigos, que revela a similitude do instituto com os acordos de colaboração premiada:

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas¹² e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Com a LAce, os acordos de leniência passaram a ser admitidos em matéria anticorrupção para permitir a redução ou extinção da punibilidade administrativa em caso de colaboração com a Administração Pública, mas com evidentes reflexos no campo criminal, uma vez que os atos de corrupção puníveis conforme a Lei nº 12.846/2013 podem corresponder a crimes previstos no Código Penal ou na Lei de Licitações.

Isso torna evidente a necessidade de articulação dos órgãos estatais que cuidam da responsabilização criminal, civil e administrativa, de modo a dar máxima eficácia aos mecanismos de proteção da probidade na Administração Pública. Nessa aparente desconexão entre as instâncias cível, administrativa e penal, o sistema brasileiro anticorrupção se distancia do modelo norte-americano, no qual se inspirou. Ali há uma constante coordenação entre os órgãos reguladores (administrativos-punitivos) – como a *Securities and Exchange Commission* (SEC) – e o Ministério Público (*Criminal Division – Department of Justice*), no tocante à formalização dos chamados *Non-Prosecution* (NPA)

¹² Note-se que, no SBDC, o CADE pode celebrar acordos de leniência com pessoas físicas e jurídicas, ao passo que a LAce só os admite com pessoas jurídicas.

e *Deferred Prosecution Agreements* (DPA), firmados com pessoas jurídicas para evitar a persecução criminal de entes morais ou suspendê-la:

The increasing use of Non- and Deferred Prosecution Agreements (N/DPAs) has enabled federal prosecutors to incrementally expand their traditional role, exemplifying a shift in prosecutorial culture from an ex-post focus on punishment to **an ex-ante emphasis on compliance**. N/DPAs are contractual arrangements between the government and corporate entities that allow the government to impose sanctions against the respective entity and set up institutional changes in exchange for the government's agreement to forego further investigation and corporate criminal indictment. N/DPAs enable corporations to resolve allegations of corporate criminal conduct, strengthen corporate compliance mechanisms to prevent corporate wrongdoing in the future, and mitigate the risks that collateral consequences of a conviction can bring for companies, their shareholders, employees, and the economy.¹³

Segundo RHEE, os acordos devem observar determinadas condições, algumas centradas na implantação de regras de *compliance* pelas empresas, já que o foco dos órgãos de persecução criminal deixa de ser a punição para condutas ilícitas já consumadas e passa a se concentrar na sua prevenção, especialmente pela adoção de políticas de *compliance*.

Um bom exemplo brasileiro nessa área foi a formalização do acordo de leniência do grupo de comunicação norte-americano Interpublic, com todos os órgãos federais do sistema brasileiro de controle da corrupção, a saber o MPF, a CGU, a AGU e o TCU. Em 2018, a AGU e a CGU formalizaram, após a aprovação do TCU, um acordo espelho ao assinado com o MPF em 2015.

8 PRINCÍPIOS ATINENTES À LENIÊNCIA

Os acordos de leniência da Lacc regem-se pelos princípios da voluntariedade, legalidade e proporcionalidade.

¹³ RHEE, June. **The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance**. Disponível em: <<http://corp-gov.law.harvard.edu/2014/09/23/the-effect-of-deferred-and-non-prosecution-agreements-on-corporate-governance/#more-66062>>. Acesso em: 10 maio 2015.

Devem ser voluntários os acordos, não necessariamente espontâneos, já que a Administração Pública e o Ministério Público podem incentivar a colaboração, sem violar sua voluntariedade.

As negociações para a mitigação ou supressão de punições previstas na Lei de 2013 devem observar rigorosamente a legalidade, não sendo possível conceder a pessoas jurídicas benefícios não previstos em lei.

A proporcionalidade deve ser sempre levada em conta para a individualização da pena, assim como para sopesar os benefícios derivados da colaboração.

A publicidade é limitada, uma vez que os acordos só se tornam públicos na forma do art. 16, § 6º da Lacc.

O princípio da oportunidade (ou discricionariedade) também inspira a atuação anticorrupção e a formalização dos acordos de leniência. Tal princípio aparece, por exemplo, no art. 30.3 da Uncac, que recomenda que seu emprego não se faça em detrimento do efetivo cumprimento das regras preventivas e repressivas recomendadas pela Convenção:

3. Each State Party shall endeavour to ensure that any discretionary legal powers under its domestic law relating to the prosecution of persons for offences established in accordance with this Convention are exercised to maximize the effectiveness of law enforcement measures in respect of those offences and with due regard to the need to deter the commission of such offences.¹⁴

Por sua vez, o princípio colaborativo, característico dos acordos em geral, tem suporte no art. 39.1 da Uncac:

Cooperação entre os organismos nacionais e o setor privado

1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em conformidade com seu direito interno, para estabelecer a cooperação entre os organismos nacionais de investigação e o ministério público, de um lado, e as entidades do setor privado, em particular as instituições finan-

¹⁴ "3. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenirlos." (Versão oficial em espanhol). Adota-se o texto oficial da Uncac nesses idiomas porque a tradução brasileira é muito precária.

ceiras, de outro, em questões relativas à prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

O exame dos tratados internacionais é relevante, pois a regra matriz que permite ou incentiva a formalização de acordos de colaboração premiada e de acordos de leniência está no art. 37 da Uncac:

Artigo 37

Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei

1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção.

5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

9 O ACORDO DE LENIÊNCIA NO SISTEMA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Os acordos de leniência foram introduzidos no Brasil pela Lei nº 10.149/2000, que alterou a Lei nº 8.884/1994, antiga Lei Antitruste ou Lei do Cade.

Na sua primeira formulação, o art. 35-B da Lei nº 8.884/1994, hoje revogada, permitia à União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico (SDE), celebrar acordo de leniência para extinção da ação punitiva da Administração Pública (quando a autarquia ignorava a infração), ou para a redução de 1/3 a 2/3 da penalidade aplicável, independentemente de aprovação do Cade. Tal mitigação dependia sempre da efetividade da colaboração e da boa-fé da parte no cumprimento do acordo.

A SDE podia ajustar leniência, por escrito, com pessoas físicas e jurídicas autoras de infrações à ordem econômica, sempre que estas se comprometessem a colaborar de forma efetiva para a investigação e o processo administrativo, de modo a identificar os demais coautores da infração e obter provas da infração.

Para a celebração do acordo, era necessário atender cumulativamente aos seguintes requisitos:

- a) a acordante, pessoa física ou jurídica, não podia ser a principal infratora;
- b) a pessoa jurídica ou pessoa física devia ser a primeira a se apresentar para noticiar a infração ou colaborar com a investigação já iniciada;
- c) a pessoa jurídica ou pessoa física devia cessar completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;
- d) a colaboração devia ser substancial, sendo certo que a SDE não podia dispor, por si só, de provas suficientes, independentes, que já pudessem assegurar a condenação da pessoa física ou jurídica quando da propositura do acordo; e
- e) a pessoa física ou jurídica devia confessar sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. Os dirigentes e administradores da pessoa

jurídica beneficiavam-se do acordo de leniência, se fossem signatários ao lado da empresa. Todavia, se o acordo fosse rejeitado pela SDE, isso não importava confissão quanto à matéria de fato ou reconhecimento da ilicitude da conduta pelas partes.

A proposta de acordo era realizada em sigilo. A confidencialidade podia ceder ao interesse do processo administrativo. Se o acordo fosse frustrado, o sigilo permanecia.

Uma importante consequência do acordo de leniência na Lei nº 8.884/1994 era o impedimento do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, enquanto vigente o ajuste relacionado a crimes contra a ordem econômica previstos na Lei nº 8.137/1990. Para a eficácia dessa regra, o Ministério Público competente (com atribuição) também deveria firmar o acordo. A fim de assegurar o interesse público, o curso do prazo prescricional ficava igualmente suspenso (art. 35-C).

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a Lei nº 8.884/1994 foi revogada, mas o acordo de leniência persistiu, passando a ser regulado nos arts. 86 e 87 da nova Lei.

Desde então, o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, pode celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

Para que o ajuste seja firmado, a colaboração do signatário deve resultar na identificação dos demais envolvidos na infração; e na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Continuam a existir requisitos cumulativos para a celebração do acordo. Assim, a empresa deve ser a primeira “a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação”; deve cessar completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; e deve confessar sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. Ademais, o Cade não poderá fazer o acordo se já dispuser de provas suficientes para obter a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo.

Pessoas físicas poderão celebrar acordos de leniência para defesa da concorrência desde que cumpridos os requisitos legais. Tal como as pessoas jurídicas, devem habilitar-se perante o órgão competente.

Uma vez cumprido o acordo, o processo administrativo é julgado, cabendo ao órgão de julgamento do Cade decretar a extinção da ação punitiva da Administração Pública, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral da autarquia sem que esta tivesse conhecimento prévio da infração noticiada. Se não for esse o caso, o órgão colegiado poderá reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 da Lei de 2011, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

Segundo a lei, serão estendidos às empresas do mesmo grupo e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas. A partir de 2014, esta regra inspirou solução semelhante que passou a ser utilizada nos acordos de leniência conjugados com acordos de colaboração premiada firmados no âmbito do caso Lava Jato.

Salvo no interesse das investigações e do processo administrativo, a proposta de acordo de leniência é sigilosa. A proposta de ajuste frustrada é sempre sigilosa.

Se a proposta de leniência apresentada por pessoa física ou jurídica for rejeitada, a matéria de fato apresentada e discutida não poderá ser considerada como confissão em qualquer processo administrativo punitivo.

Se a parte do acordo o descumprir, ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência com o Cade pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento em que afirmada a inadimplência ou mora.

A íntima relação entre responsabilização administrativa e persecução penal, em certos casos, torna imprescindível a participação do Ministério Público – normalmente o estadual – nos acordos de leniência do Cade para a cessação de práticas cartelizadas. De fato, segundo o art. 87 da Lei nº 12.529/2011, a celebração do acordo de leniência impede o início da persecução criminal (o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público) nesses crimes e determina a suspensão do curso da prescrição nos crimes con-

tra a ordem econômica (Lei nº 8.137/1990), e nas condutas relativas à formação de cartel previstas na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) e no crime de quadrilha do artigo 288 do CP.

Contudo, a lei de 2011 não abarca o crime de associação em organização criminosa previsto na Lei nº 12.850/2013, pois de tipificação posterior. Se o cartel envolver conduta de organização criminosa, as disposições que têm em mira o crime de associação criminosa (quadrilha) não se lhe aplicam, porque de cunho penal, exigindo-se expressa previsão em lei penal para a suspensão do curso do prazo de prescrição. Isso não impede o Ministério Público “competente” de, ainda assim, aderir ao acordo de leniência, respeitada a limitação derivada do princípio de garantia da legalidade penal estrita.

Se o acordo de leniência for cumprido, fica extinta a punibilidade dos agentes (pessoas físicas), situação jurídica prevista pelo parágrafo único do art. 87 da Lei nº 12.529/2011, que se assemelha ao perdão judicial do art. 107, inciso IX, do CP. Na verdade, estará extinta a punibilidade pela própria leniência, que é outra espécie de perdão estatal (da Administração), tanto quanto o judicial.

10 UMA ESPÉCIE DE ACORDO DE LENIÊNCIA NO CÓDIGO FLORESTAL

O novo Código Florestal foi sancionado pela Lei nº 12.651/2012 e entrou em vigor em maio daquele ano. Elencado entre as disposições transitórias, o art. 60 prevê uma forma de leniência, válida sempre que haja a conclusão de acordo para implantação de Programas de Regularização Ambiental (PRA).

A assinatura de termo de compromisso para regularização de imóvel ou posse rural perante o órgão ambiental competente (federal, distrital ou estadual), mencionado no art. 59 da mesma Lei, suspende a punibilidade dos crimes previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei Penal Ambiental (Lei nº 9.605/1998), enquanto o acordo estiver sendo cumprido. Para assegurar o interesse público, o curso do prazo de prescrição fica suspenso enquanto a pretensão punitiva não possa ser exercida pelo Ministério Público Estadual ou pelo Ministério Público Federal.

Havendo a regularização ambiental, na forma do art. 59 da lei, extingue-se a punibilidade do agente que praticou os crimes ambientais.

O legislador concedeu prazo de um ano, contados da data de publicação da Lei nº 12.651/2012 e prorrogável uma só vez, para a implantação dos Programas de Regularização Ambiental (PRA) de posses e propriedades rurais. Para utilizar o programa, o imóvel rural devia estar inscrito no Cadastro Ambiental Rural (CAR). Tal providência foi permitida até 31 de dezembro de 2017, admitindo-se mais um ano de prorrogação por ato do chefe do Poder Executivo, conforme o art. 29, § 3º. Uma vez feita a inscrição no CAR e a adesão ao PRA, o proprietário ou possuidor do imóvel rural pode assinar o termo de compromisso de ajustamento de sua conduta ambiental. Assim, é admissível a interpretação de que essa modalidade de leniência ainda esta em vigor no Código Florestal.

11 LENIÊNCIA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) não admite transação. Segundo o § 1º do art. 17, da Lei nº 8.429/1992:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.

Esse tema foi objetivo da Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, cujo art. 2º revogava o § 1º do art. 17 da LIA. No entanto, tal medida provisória perdeu validade em maio de 2016, não tendo sido convertida em lei.

Os operadores jurídicos viram-se diante de um problema, com duas facetas:

- a) fatos ilícitos no campo penal podem corresponder a atos de improbidade administrativa. Há a possibilidade de formalizar acordos de colaboração premiada, mas a lei proíbe acordos não penais;
- b) ilícitos administrativos também podem corresponder a atos de improbidade. Para os primeiros, permite-se a leniência. Para os últimos, não.

Ambas as situações representam um contrassenso, que acaba por inviabilizar ou dificultar os acordos de colaboração premiada e de leniência (administrativa) e por restringir direitos subjetivos do infrator. Há mesmo ofensa ao interesse público na solução das questões de anticorrupção, já que é de interesse da Administração e também do Ministério Público celebrar ajustes penais e não penais para obter provas de ilícitos e fazer cessar condutas ilegais.

A solução veio da prática forense, edificada a partir do caso Lava Jato, em que mais de uma dezena de acordos de leniência foram firmados¹⁵. No MPF em Curitiba, usou-se uma base jurídica ampla e diversificada, que passa pelo art. 129, inciso I, da Constituição Federal, e pelos arts. 16 a 21 da LAce, e apoia-se ainda nos seguintes diplomas e nos princípios que eles veiculam:

- a) leis penais e processuais penais: arts. 13 a 15 da Lei nº 9.807/1999; art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/1998; e arts. 4º a 8º da Lei nº 12.859/2013;
- b) leis civis e processuais civis: art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985; art. 3º, §§ 2º e 3º, art. 485, VI e art. 487, III, "b" e "c", do CPC; arts. 840 e 932, III, do Código Civil; e art. 2º da Lei nº 13.140/2015;
- c) tratados: art. 26 da Convenção de Palermo e art. 37 da Convenção de Mérida;
- d) defesa da concorrência: arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011.

Na falta de legislação clara, que admita leniência na Lei nº 8.429/1992, esse amálgama permitiu edificar a base jurídica para os ajustes com pessoas jurídicas envolvidas no caso Lava Jato. A estrutura dos acordos de leniência idealizados em Curitiba inclui disposições sobre sua base jurídica; identificação das partes e objeto do acordo; descrição das obrigações da pessoa colaboradora e do Ministério Público; e delimitação do valor da avença.

A regra geral é: se é possível um acordo de colaboração premiada (o mais, no crime), deve ser possível o acordo de leniência (o menos) para o ato de improbidade administrativa. E a regra complementar é: se se pode firmar um acordo de leniência para o ato ilícito administrativo, também é viável a celebração de leniência no âmbito cível para a improbidade administrativa.

¹⁵ Dados de março de 2018.

A dissociação entre leniência (cível ou administrativa) e colaboração premiada (processual penal) é prejudicial ao interesse público, pois pode dificultar ou inviabilizar estratégias de persecução criminal e de punição administrativa a atos de corrupção, qualquer que seja o rótulo que exibam.

No ponto, vale lembrar que, no caso Caixa de Pandora, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios considerou acordo de delação premiada firmado por réu criminal e estendeu a ideia de colaboração ao âmbito da improbidade administrativa, na medida em que admitiu a redução da multa civil que havia sido aplicada ao agente ímprobo (parte do acordo). Na prática, a colaboração do agente com a Justiça (criminal) e sua confissão judicial, aliados à ideia de razoabilidade, levaram à mitigação da sanção cível:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. ART. 10, INCISOS I, VIII E XI, DA LEI Nº 8.429/92. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. INSTITUTO RESTRITO À ESFERA PENAL. MULTA CIVIL. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. Em se tratando das sanções por atos de improbidade administrativa, não há como se aplicar, analogicamente, os benefícios da delação premiada, mesmo porque, no presente feito, a procedência do pedido decorreu da documentação oriunda do Tribunal de Contas do Distrito Federal. **Mesmo que o instituto da delação premiada não se destine ao caso dos autos, a contribuição do recorrente à justiça, aliado à confissão firmada em Juízo, além dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade levam à diminuição da multa civil de duas vezes para uma vez o valor do dano causado ao erário** (TJDFT, AIA, Operação Caixa de Pandora).

No mesmo caso, por motivos formais, o STJ não admitiu essa extensão e recusou aplicação na ação de improbidade do art. 13 da Lei nº 9.807/1999 ao colaborador, pois, segundo o TJDFT, a colaboração do delator teria sido prescindível para a elucidação do ato de improbidade, já que a condenação "seria alcançada com a documentação oriunda do Tribunal de Contas do Distrito Federal, mesmo que não houvesse confissão do apelante"¹⁶.

¹⁶ STJ, 2ª Turma, Rel. Og Fernandes, RESP 1.477.982/DF, julgado em 14 de abril de 2015.

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DELAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE EFETIVA COLABORAÇÃO DO ACUSADO. PERDÃO JUDICIAL. ART. 35-B DA LEI N. 8.884/94. ART. 13 DA LEI N. 9.807/99. VAZIO NORMATIVO. AUSÊNCIA DE PONTO DE COINCIDÊNCIA. ANALOGIA. INVIABILIDADE. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ARESTO PARADIGMA. MESMO TRIBUNAL DE ORIGEM. SOLUÇÃO IDÊNTICA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A colaboração efetiva é imprescindível para a concessão do perdão judicial, ainda que sob o jugo da legislação apontada pelo recorrente como de **aplicação analógica** na espécie (art. 35-B da Lei n. 8.884/94), vigente à época dos fatos.

2. Por outro lado, a aplicação da benesse, segundo a Lei de Proteção à Testemunha - que expandiu a incidência do instituto para todos os delitos - é ainda mais rigorosa, porquanto a condiciona à efetividade do depoimento, sem descuidar da personalidade do agente e da lesividade do fato praticado, a teor do que dispõe o parágrafo único do art. 13 da Lei n. 9.807/99.

3. A Corte de origem, a partir da análise dos elementos probatórios da demanda, concluiu que a **colaboração do delator foi prescindível para a elucidação do ato de improbidade, pois a condenação "seria alcançada com a documentação oriunda do Tribunal de Contas do Distrito Federal, mesmo que não houvesse confissão do apelante."** (e-STJ fl. 1147).

Essa constatação consignada no acórdão recorrido, além de não ter sido impugnada no apelo especial, não poderia ser modificada na instância extraordinária por envolver reexame de provas, o que atrai os óbices das Súmulas 7/STJ e 283/STF.

4. O aresto trazido como paradigma provém do mesmo Tribunal em que prolatado o acórdão hostilizado, o que não caracteriza dissídio pretoriano para o fim de cabimento do apelo nobre pela alínea "c" do permissivo constitucional. Precedentes.

5. Recurso especial não conhecido.

No Ministério Público Federal, a questão do consenso em ações baseadas na LIA está pacificada. Acordos de leniência para casos de improbidade administrativa celebrados em primeira instância vêm sendo homologados pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, órgão colegiado da instituição que tem sede em Brasília, cujas atribuições derivam da Lei Complementar nº 75/1993.

12 ACORDOS DE LENIÊNCIA COM O BANCO MUNDIAL

Organização internacional criada em 1944 e com sede em Washington, o Banco Mundial financia projetos de desenvolvimento em várias partes do mundo. Para assegurar o bom uso dos recursos que despende, há mecanismos de controle e integridade.

O *World Bank* também se vale de mecanismos de incentivo para a exposição de práticas corruptas, ferramentas estas que também estimulam a competitividade sábia. Entre essas medidas está o *Voluntary Disclosure Program* (VDP)¹⁷ ou Programa de Confissão Voluntária, cujo objetivo é estimular pessoas físicas e jurídicas a denunciar fraudes ou atos de corrupção em projetos financiados ou apoiados pelo Banco Mundial e auxiliar o cumprimento da legislação aplicável à instituição. A gerência do VDP cabe à vice-presidência de integridade (*World Bank's Integrity Vice Presidency*) do Banco, conhecida pela sigla INT.

Os acordos implicam a cessação das práticas corruptas, a prestação voluntária de informações sobre os ilícitos (fraude, corrupção, cartel etc.) a partir de investigações conduzidas pela pessoa jurídica interessada; a reparação do dano; e a adoção de boas práticas de governança corporativa sob monitoria externa de um auditor de *compliance* por três anos.

Em contrapartida, o Banco Mundial obriga-se a não declarar a inidoneidade da pessoa jurídica e mantém sua identidade em sigilo. Contudo, se as práticas ilícitas continuam ou se houver reservas mentais em relação a condutas anteriores ao acordo, o Banco pode emitir uma declaração pública de inidoneidade (*public debarment*) por dez anos.

Para ingressar no programa VDP, a pessoa física ou jurídica envolvida em projetos financiados ou apoiados pelo Banco Mundial não pode estar sob investigação conduzida pela organização internacional. Tampouco pode estar sujeita a investigação de autoridade nacional de investigação ou de persecução.

For the Bank, the VDP is an efficient and very cost-effective method of combating corruption. Information disclosed by one participant can provide high-quality evidence of the nature, forms, and patterns of corruption in Bank projects, as well as the identities of corrupt actors. Lessons learned from VDP disclosures are mainstreamed into Bank policies

¹⁷ Voluntary Disclosure Program: introduction. Disponível em: <www.worldbank.org/vdp>. Acesso em: 10 maio 2017.

and operations. Participants also alert the Bank to ongoing or planned corrupt acts in real-time, enabling the Bank to safeguard projects throughout their development and implementation.

13 O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL (LACE)

Os acordos de leniência em matéria de corrupção empresarial adquiriram enorme importância logo após a entrada em vigor da Lei nº 12.846/2013, evento que ocorreu em janeiro de 2014. Menos de dois meses depois, foi deflagrada a Operação Lava Jato, que investigou o maior caso de corrupção da história do País¹⁸, e acabou engolfando a Petrobras e dezenas de empresas estrangeiras e brasileiras, sobretudo dos setores de construção civil, óleo, gás e transportes.

Para que ocorra um acordo de leniência da LACE, deve haver *dúplice interesse*: o interesse público e o corporativo. O primeiro está delimitado pelos princípios que regem a Administração Pública (art. 37 da Constituição), pelo dever de persecução penal e também pela ideia econômica subjacente que recomenda a manutenção dos negócios da empresa em uma economia saudável, com preservação de empregos, da própria concorrência e dos fatos geradores de tributos.

Exige-se voluntariedade. A pessoa jurídica deve indicar sua vontade livre de celebrar o acordo de leniência. Como premissa, deve a empresa cessar suas práticas ilícitas, confessá-las e passar a colaborar com as investigações da Administração Pública e do Ministério Público. Cabe ainda à pessoa jurídica acordante assumir compromisso de implantar ou de aperfeiçoar seus sistemas de controle interno e de auditoria para prevenção e responsabilização de funcionários e dirigentes por atos de corrupção. Ao conjunto desses mecanismos internos de integridade e responsividade dá-se o nome de programa de *compliance* ou de integridade.

Em troca de sua colaboração, a pessoa jurídica terá direito a redução em até 2/3 do valor da multa aplicável pela Administração Pública. Terá também isenção ou mitigação de sanções administrativas cabíveis, a exemplo da proibição de contratar com o Poder Público, que resulta de declarações de inidoneidade.

¹⁸ E, seguramente, um dos maiores do mundo.

A celebração do acordo de leniência não isenta a pessoa jurídica do dever de reparar integralmente o dano causado à Administração Pública nacional ou estrangeira. No entanto, o ajuste afasta certas sanções administrativas, como a publicação extraordinária da decisão condenatória em meios de comunicação; a suspensão ou interdição parcial das atividades empresariais; a dissolução compulsória da pessoa jurídica; o perdimento de bens, direitos ou valores. Também deixa de ser imposta à empresa a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos públicos.

A vantagem deve ser bilateral: afastamento ou mitigação de sanções de um lado; cessação de condutas ilícitas e obtenção de provas desses fatos, de outro lado.

Em 2009, o Conselho da Europa aprovou uma Recomendação para Melhor Combater a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (*Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*). No que diz respeito ao controle interno, ética e conformidade, tal ato recomenda aos Estados Partes que incentivem as pessoas jurídicas a desenvolver mecanismos adequados de controle interno, auditoria e *compliance*, com o fim de prevenir e identificar atos de corrupção transnacional, o que se pode fazer quando tais entidades se voluntariam a formalizar acordos de leniência.

14 ÓRGÃOS LEGITIMADOS PARA A LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL (LACE)

Diversos órgãos estão legitimados para firmar acordos de leniência em geral. No Poder Executivo, tais ajustes podem ser concluídos com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), com o Banco Central do Brasil e com a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Em matéria anticorrupção, avultam os papéis da Controladoria-Geral da União (CGU) e da Advocacia-Geral da União (AGU), na esfera federal. Procuradorias dos Estados e dos Municípios e as controladorias estaduais e municipais também têm tal competência.

Os Ministérios Públicos dos Estados, o Ministério Público do Distrito Federal e o Ministério Público Federal também podem celebrar acordos de leniência relativos a corrupção e infrações penais correlatas (no crime) e atos de improbidade administrativa (no cível).

Uma questão que se tem colocado é a da possibilidade de acordos de leniência – ou termos de ajustamento de conduta – quando violada a Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que o § 1º do art. 17 desse diploma proíbe acordos em seu âmbito. A MPv nº 703/2015 foi editada para contornar esse problema. O texto revogava esse dispositivo, mas a MPv perdeu a eficácia. No entanto, ainda assim tais acordos vêm sendo feitos com base em critérios legais e principiológicos.

A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Câmara Anticorrupção) tem competência para rever e homologar ou não acordos de leniência firmados por membros do MPF, sejam baseados na LACE ou na LIA. Nos últimos anos, a 5ª CCR homologou mais de uma dezena¹⁹ de acordos de leniência, sobretudo no caso Lava Jato, tendo recusado a homologação de apenas um, o relativo ao caso SBM/Petrobras, por entender que não houve atendimento ao interesse público.

Embora haja controvérsia sobre a possibilidade de acordos de colaboração premiada promovidos pela Polícia, é certo afirmar categoricamente que delegados de Polícia não podem firmar acordos de leniência, já que não detêm qualquer competência cível. Portanto, quando há improbidade administrativa e crimes atribuídos a um mesmo complexo de pessoas físicas e jurídicas, há vantagem em formalizar ambos os acordos com o Ministério Público, de modo a ajustar todas as responsabilidades.

15 PROCEDIMENTO NA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL (LACE)

Os acordos de leniência em anticorrupção são regidos pelo art. 16 da LACE. Suas disposições aplicam-se aos três entes da Federação e também ao Distrito Federal. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos na LACE, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

A Administração Pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666/1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

¹⁹ Dados de dezembro de 2017.

Da colaboração deve resultar a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

O acordo de leniência somente poderá ser celebrado se, cumulativamente, a pessoa jurídica for a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; se a pessoa jurídica cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; e se a pessoa jurídica admitir sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, a suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica de sanções previstas nos arts. 6º e 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. No entanto, o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

As negociações são, em regra, sigilosas. A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

Se a proposta for rejeitada ou o acordo não for celebrado, o reconhecimento da prática do ato ilícito investigado não pode ser usado, perdendo eficácia a confissão.

Conforme a lei, em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

Uma vez celebrado o acordo de leniência, fica interrompido o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos na lei, para que possa ser promovida a responsabilização da pessoa jurídica em caso de descumprimento das obrigações de fazer, não fazer e dar.

Atente-se para o fato de que a Lei nº 12.846/2013 só é aplicável a fatos ocorridos após janeiro de 2014, quando entrou em vigor. Para fatos anteriores a 28 de janeiro de 2014, data da vigência da LAce, não se pode aplicar seu regime de sanções (*lex gravior*). Entretanto, pode-se aplicar o modelo de mitigações ou de extinção de punibilidade administrativa, que é mais favorável aos infratores. Com isso, abre-se o caminho para a leniência, que pode ser ajustada na perspectiva retroativa, uma vez que mais benéfica sua incidência.

16 PROCEDIMENTO PERANTE A AGU E A CGU

O Decreto nº 8.420/2015 regulamenta a Lei Anticorrupção para descrever o Procedimento Administrativo de Responsabilização (PAR). Em complementação a tal decreto, a CGU editou a Portaria CGU nº 910, de 7 de abril de 2015.

A Controladoria-Geral da União é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a Administração Pública estrangeira.

A Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016, define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846/2013 no âmbito do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União em tais ajustes.

Admite-se acordo de leniência com pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção Empresarial, na LIA e na Lei de Licitações para a isenção ou atenuação de sanções, desde que as acordantes colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo. Para que os benefícios sejam conferidos, deve resultar dessa colaboração a identificação dos demais envolvidos no ato ilícito, quando couber; e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Os benefícios do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integrem o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que tenham firmado o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

Técnicos da CGU e advogados públicos compõem a comissão de negociação do acordo de leniência. A proposta tramita de modo sigiloso.

A pessoa jurídica proponente deve atender aos seguintes requisitos:

- a)** deve ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante;
- b)** deve admitir sua participação na infração administrativa;
- c)** deve ter cessado completamente seu envolvimento no ato lesivo;

- d) deve haver efetivo proveito para as investigações e o processo administrativo; e
- e) devem ser identificados os servidores e particulares envolvidos na infração administrativa.

Na avaliação dos benefícios, deve ser considerada a existência de programa de integridade na pessoa jurídica proponente e o seu compromisso de promover alterações em sua governança que mitiguem o risco de ocorrência de novos atos lesivos ou de adotar ou aperfeiçoar programa de integridade. Pode haver obrigação de submissão a monitoramento do cumprimento do acordo, além de persistir o dever de reparação integral do dano.

A quantificação dos valores a serem negociados obedece a procedimento próprio.

A qualquer momento que anteceda a celebração do acordo de leniência, a pessoa jurídica proponente poderá desistir da proposta ou o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União ou a Advocacia-Geral da União poderá rejeitá-la. A desistência da proposta de acordo de leniência ou sua rejeição não importará em reconhecimento da prática do ato lesivo pela pessoa jurídica; implicará a devolução, sem retenção de cópias, dos documentos apresentados, sendo vedado o uso desses ou de outras informações obtidas durante a negociação para fins de responsabilização, exceto quando a Administração Pública tiver conhecimento deles por outros meios. A proposta frustrada será mantida em sigilo.

A decisão sobre a celebração do acordo de leniência caberá ao ministro da Transparência e Controladoria-Geral da União e ao advogado-geral da União. O acordo de leniência conterá cláusulas que versem sobre a delimitação dos fatos e atos por ele abrangidos; compromisso de cumprimento dos requisitos previstos nos incisos II a V do *caput* do art. 30 do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015; previsão de perda dos benefícios pactuados, em caso de descumprimento do acordo; obrigação de adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade; e indicação de prazo e forma de acompanhamento do cumprimento das condições nele estabelecidas.

O acordo tem natureza de título executivo extrajudicial, nos termos do Código de Processo Civil, e sua existência deve ser registrada no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), com dados sobre seu cumprimento ou não.

Com a celebração e cumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica poderá ser dispensada das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 da LAce. A multa prevista no inciso I do art. 6º dessa Lei poderá ser reduzida em até 2/3 (dois terços). Outras sanções administrativas podem ser afastadas ou atenuadas, nos termos do acordo.

Se o acordo de leniência for descumprido, a pessoa jurídica perderá os benefícios pactuados e ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos, contados do conhecimento pela Administração Pública do referido descumprimento. Haverá o vencimento antecipado das parcelas não pagas. Será executado o valor integral da multa, descontando-se as frações eventualmente já pagas; e cobrados os valores pertinentes aos danos e ao enriquecimento ilícito. Finalmente, será instaurado ou retomado o PAR referente aos atos e fatos incluídos no acordo, conforme o caso.

O cumprimento ou descumprimento do acordo de leniência é atestado definitivamente por ato do ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União e do advogado-geral da União.

17 ACORDOS DE LENIÊNCIA E DOSIMETRIA DE SANÇÕES

A individualização das sanções é um dos temas mais complexos dos ajustes penais e não penais. Um dos pontos de maior crítica aos acordos de colaboração premiada está justamente nas potenciais falhas dosimétricas, que podem soar como impunidade.

A Lei do Cade e a LAce contêm critérios razoáveis, mas insuficientes, para o apenamento, devendo ter sempre em mira o balanço de proporcionalidade entre o proveito obtido pelo Estado (provas e interrupção de condutas ilícitas e bônus acessórios, como a hígidez da economia) e os benefícios concedidos à empresa acordante.

Pelo art. 7º da LAce, serão levados em consideração na aplicação das sanções à pessoa jurídica, entre outros fatores, a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações e a existência 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 no âmbito da pessoa jurídica.

Para aferir a pena de multa e as demais reparações pecuniárias, é imprescindível estimar a capacidade de pagamento da pessoa jurídica, a partir de rigoroso exame de seu patrimônio e de suas obrigações a vencer.

18 LENIÊNCIA E COLABORAÇÃO PREMIADA

A responsabilização da pessoa jurídica não impede nem elimina a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. Por outro lado, a pessoa jurídica deve ser responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais.

Isso significa que a lei penal também poderá ser aplicada às pessoas naturais responsáveis pela direção da pessoa jurídica. Nesse caso, torna-se necessário articular acordos penais e não penais para a solução de situações jurídicas entrecruzadas, mitigando a responsabilidade civil, administrativa e criminal de pessoas físicas e jurídicas envolvidas num complexo infracional, em troca de informações e provas úteis à persecução criminal e à responsabilização civil e administrativa.

Prevista na Lei nº 12.850/2013, a colaboração premiada é instrumento de persecução penal destinado a facilitar a obtenção de provas do concurso de pessoas em fato criminoso, próprio ou alheio, e da materialidade de delitos, servindo também para localização do proveito ou do produto de crime ou para a preservação da integridade física de vítimas de certos delitos, ou ainda para a prevenção de infrações penais.

Está também prevista em diversas outras leis (CP, art. 159; Lei nº 7.492/1986; Lei nº 8.137/1990; Lei nº 8.072/1990; Lei nº 9.613/1998; Lei nº 9.807/1999 e Lei nº 11.343/2006). O instituto tem previsão no art. 26 da Convenção de Palermo (Untoc), assim como no art. 37 da Convenção de Mérida (Uncac). Segundo o ministro Carlos Ayres de Britto, o instituto da colaboração premiada é constitucional, pois se situa no contexto da segurança pública, ao mesmo tempo é dever do Estado e direito da sociedade: “o delator, no fundo, à luz da Constituição, é um colaborador da Justiça”²⁰.

Infelizmente, por deficiência legislativa, os institutos da colaboração premiada e da leniência, embora irmãos siameses, não se comunicam bem. Ambos visam facilitar a investigação de atos ilícitos; os dois buscam estimular a colaboração do infrator para

²⁰ STF, 1.ª Turma, HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2008.

a cessação da conduta ilegal, para a individualização de coautores e para a obtenção de melhores provas das infrações penais ou administrativas. Pela lei, a legitimidade para negociar e deferir acordos de leniência é da pessoa jurídica de Direito Público, sem participação judicial, enquanto a colaboração premiada é negociada pelo Ministério Público e pelo suspeito ou réu e depois homologada em juízo. Os dois instrumentos podem incidir sobre o mesmo fato ilícito. Porém, salvo em causas penais ambientais, a colaboração premiada só se aplica a pessoas naturais, jamais a pessoas jurídicas, ao passo que a leniência na Lei Anticorrupção Empresarial (Lace) só vale para pessoas jurídicas, nos termos do art. 16 da Lei nº 12.846/2013.

Assim, a boa técnica recomenda que AGU, CGU e MPU ajustem suas estratégias para a formalização conjunta de acordos de leniência no âmbito da Lace ou da LIA, coordenando-se com a celebração de acordos penais de colaboração premiada, pelo MPF. O mesmo raciocínio deve valer nas instâncias estaduais competentes. Há uma evidente vantagem para o Estado, que obtém conformidade nas searas administrava, cível e penal, e para o infrator, especialmente pela apropriação simultânea de benefícios dessas três índoles num cenário de segurança jurídica. Por observar essa boa prática, o acordo de leniência espelho concluído por órgãos da União com o grupo de comunicação norte-americano Interpublic merece menção especial.

19 OBRIGAÇÕES ADICIONAIS DAS EMPRESAS LENIENTES NOS ACORDOS

Nos acordos de leniência em anticorrupção, especialmente nos que são firmados com o Ministério Público no âmbito da Lei nº 8.429/1992, as pessoas jurídicas lenientes podem aceitar obrigações de fazer, não fazer e dar, consistentes no pagamento de multas, na indicação de ativos a serem recuperados ou repatriados, na adoção de programas de integridade ou no aperfeiçoamento dos já existentes, assim como na contratação de monitores (auditores) independentes para o acompanhamento do cumprimento dos deveres decorrentes dos ajustes de leniência.

É possível também ajustar com a empresa acordante a contratação, a suas expensas, de investigadores para auxiliar o Ministério Público na produção probatória, a partir do acervo documental da pessoa jurídica.

Pode-se também negociar que a empresa assuma a obrigação no acordo de leniência de reconhecer publicamente as irregularidades que cometeu, mediante anúncios

publicitários na imprensa, e de promover campanhas de esclarecimento sobre integridade, no âmbito da responsabilidade social corporativa.

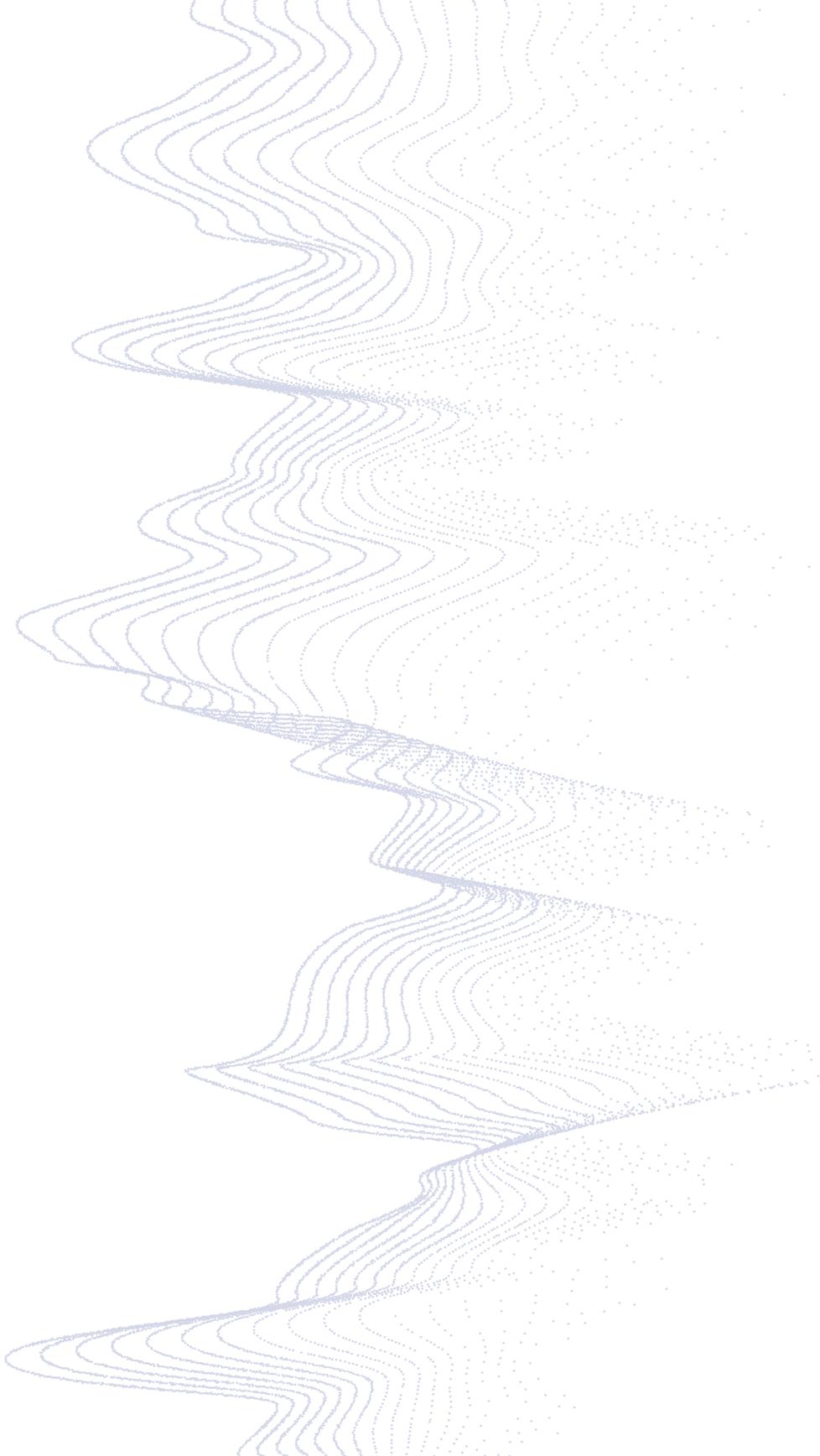
A destinação de valores para programas sociais suportados pela pessoa jurídica acordante também pode resultar dos acordos de leniência, como forma de compensar o dano moral coletivo causado à sociedade.

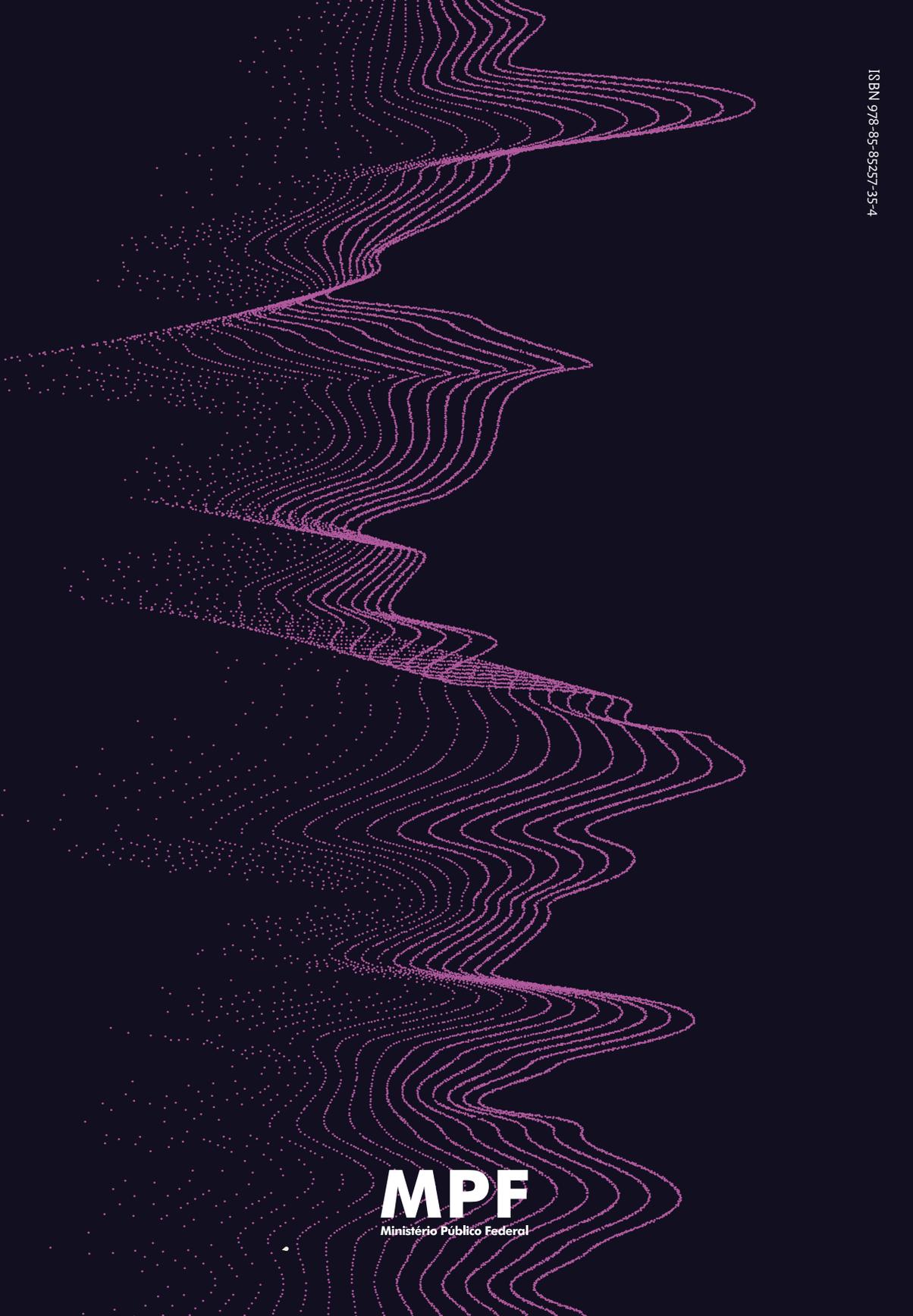
20 CONCLUSÃO

A Luce aperfeiçoou o macrossistema normativo brasileiro de prevenção e repressão à corrupção. Ainda são necessários avanços na adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, na tipificação da corrupção no setor privado (suborno) e na aprovação de um modelo de proteção a reportantes de boa-fé (*whistleblowers*), por exemplo. No entanto, a entrada em vigor da Lei nº 12.846/2013 há quatro anos e a gradativa ampliação do modelo consensual de ajustamento de condutas na Justiça brasileira são motivos suficientes para comemorar.

Os efeitos positivos dos acordos de leniência na defesa da economia, na proteção dos empregos e na preservação da arrecadação tributária do Poder Público são evidentes. Somado a isso, temos a responsabilização de autores ilícitos, com melhores provas e de forma mais rápida. As vantagens do instituto se acentuam se os acordos forem formalizados conjuntamente ou sucessivamente por todos os órgãos legitimados, com as homologações adequadas.

As ferramentas consensuais no processo civil e no processo administrativo, tais como os acordos de leniência, devem ser continuamente aperfeiçoadas, de modo a ampliar a integridade nas relações entre pessoas físicas e jurídicas com a Administração Pública, em harmonia com o art. 37 da Constituição Federal, em vigor há três décadas.





MPF
Ministerio Público Federal