UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

LEONARDO BELLINI DE CASTRO

Impactos sistêmicos e transversais da Lei Anticorrupção

RIBEIRÃO PRETO
2018

LEONARDO BELLINI DE CASTRO

Impactos sistêmicos e transversais da Lei Anticorrupção

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de Paulo, para a obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raul Miguel Freitas de Oliveira.

RIBEIRÃO PRETO

2018

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

d354i

de Castro, Leonardo Bellini
Impactos sistêmicos e transversais da Lei Anticorrupção / Leonardo Bellini de Castro; orientador Raul Miguel Freitas de Oliveira. -- Ribeirão Preto, 2018.
190 p.

Dissertação (Mestrado - Departamento de Direito Público) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2018.

1. CORRUPCAO. 2. LEI ANTICORRUPCAO. 3. INTEGRACAO SISTEMICA. 4. DOSIMETRIA SANCIONATORIA. 5. ACORDO DE LENIENCIA. I. Freitas de Oliveira, Raul Miguel, orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: DE CASTRO, Leonardo Bellini.

Título: Aspectos sistêmicos e transversais da Lei Anticorrupção

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Mestre em ciências – Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em**:** ___/ ___/ ___.

Banca Examinadora

Prof. Dr.: _____Instituição: _____

Julgamento:_____Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____Instituição: _____

Julgamento:_____Assinatura: _____

Prof. Dr.: _____Instituição: _____

Julgamento:_____Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação:

À minha esposa Mônica, com amor e gratidão, pelo incondicional e contínuo apoio ao longo da conclusão desse trabalho.

Ao meu filho Benjamin, que veio iluminar a nossa vida com o seu sorriso apontando o caminho da autêntica felicidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço profundamente à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e a todos os seus professores pelo apoio institucional e acadêmico para a conclusão desse trabalho.

Agradeço especialmente ao meu orientador Prof. Dr. Raul Miguel Freitas de Oliveira por acreditar no potencial da pesquisa apresentada, encampando o projeto, bem como por seus valorosos e precisos apontamentos, sempre com o máximo respeito para a liberdade criativa.

Agradeço também aos Professores Doutores Gustavo Assed Ferreira e Thiago Marrara de Matos pelas preciosas contribuições ao longo do exame de qualificação.

Lúcio – Vocês raciocinam como um pirata que se faz passar por santo e se lança ao mar com os Dez Mandamentos mas apaga um deles das Tábuas da Lei
Segundo Cavalheiro- "Não roubarás"?
Lúcio – Sim, esse é o que ele apaga.
Primeiro Cavalheiro- Ora, esse é um mandamento que manda o capitão e todos os outros absterem-se de seu ofício; eles embarcam com o único intuito de roubar. (*William Shakespeare – Medida por medida).*

RESUMO

DE CASTRO, Leonardo Bellini. **Impactos sistêmicos e transversais da Lei Anticorrupção.** 2018. 190 f. Dissertação - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

Esta pesquisa tem como hipótese o fato de que a corrupção desponta como uma questão de significativo relevo no cenário político, social e econômico dos países, tendo profunda imbricação com o desenvolvimento e estrutura institucional das nações. Um dos aspectos da estrutura institucional implicados se refere justamente à arquitetura normativa, a qual deve se ver dotada de instrumentos básicos e eficazes para um adequado enfrentamento do problema. Nesse contexto é que a novel Lei Anticorrupção se apresenta como mais um diploma a complementar o microssistema brasileiro de combate à corrupção, incrementando instrumentos punitivos, consensuais e de mutação de culturas corporativas. A harmonização sancionatória e o alinhamento dos diferentes atores encarregados da persecução, nesse viés, se apresentam como os mais candentes desafios a serem superados pelos operadores do direito. Cuidou-se, pois, de se apresentar os novos instrumentos e hipóteses-tipo com as respectivas sugestões de harmonização sistêmica.

Palavras chave: Corrupção. Lei Anticorrupção. Integração sistêmica. Dosimetria sancionatória. Acordos de leniência.

ABSTRACT

DE CASTRO. Leonardo Bellini. **Systemic and transverse impacts of the Anti-Corruption Law**. 2018. 190 p. Dissertation - Faculty of Law of Ribeirão Preto, University of São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

This research has as hypothesis the fact that corruption emerges as a matter of significant importance in the political, social and economic scenario of the countries, having deep imbrication with the development and institutional structure of the nations. One of the aspects of the institutional structure involved is precisely the normative architecture, which must be equipped with basic and effective instruments for an adequate confrontation of the problem. In this context, the novel Anticorruption Law presents itself as another diploma complementing the Brazilian anti-corruption micro-system, increasing punitive, consensual and mutating corporate culture. The sanctioning harmonization and the alignment of the different actors in charge of the persecution, in this bias, are presented as the most burning challenges to be overcome by the operators of the law. Therefore, the new instruments and standard hypotheses were presented with the respective suggestions for systemic harmonization.

Keywords: Corruption. Anticorruption Law. Systemic integration. Sanctioning dosimetry. Leniency agreements.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **21**

Objeto de estudo 21

Justificativa 22

Metodologia 24

Estrutura e Conteúdo 25

1. A CORRUPÇÃO E O DESENVOLVIMENTO POLÍTICO E ECÔNOMICO **27**

1.1 O fantasma histórico da corrupção no Brasil 27

1.2 Corrupção e cultura: o "jeitinho" brasileiro e seus desdobramentos 33

1.3 Desenvolvimento econômico e social e corrupção: ação estratégica do *homo oeconomicus* 36

1.4 Corrupção e direitos fundamentais: o direito à boa administração pública como direito humano *a priori* 42

1.5 Democracia e corrupção: o jogo da democracia de "faz de conta" e o financiamento de campanhas eleitorais 45

2. A AGENDA INTERNACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO **49**

2.1 Globalização econômica e as principais iniciativas internacionais de combate à corrupção 49

2.2 Paradigmas internacionais: o impacto do *Foreign Corrupt Act* (FCPA) e *do Bribery Act* na ordem internacional 54

3. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA LEI Nº 12.846/2013 ..... **57**

3.1 Distribuição espacial de incidência normativa da lei nº 12.846/2013 no Brasil e no exterior 57

3.2 Âmbito subjetivo de incidência: sujeitos ativos e passivos da nova ordem tipológica 60

3.3 Tipos e modalidades de incidência subjetiva 64

3.3.1 Solidariedade e alterações da configuração jurídica da pessoa jurídica 64

3.3.2 Responsabilidade objetiva: requisitos e desdobramentos 69

3.3.3 Desconsideração da personalidade jurídica 72

4. TIPOLOGIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO **75**

4.1 Atos lesivos gerais e relativos à obstrução de investigações e/ou fiscalizações 76

4.1.1 Corrupção ativa 76

4.1.2 Financiamento ou custeio de práticas ilícitas 77

4.1.3 Utilização de "laranjas" ou "testas de ferro" para a ocultação de propósitos ilícitos e/ou de beneficiários de esquemas ilícitos 79

4.1.4 Atos de obstrução, intervenção ou retardamento em atividades de investigação e/ou fiscalização 79

4.2 Atos lesivos relativos a licitações e contratos administrativos..... 80

4.2.1 Frustração da competividade da licitação mediante cartel ou outras práticas anticompetitivas 81

4.2.2 Impedimento, perturbação ou fraude em qualquer ato do procedimento licitatório 83

4.2.3 Afastamento ou tentativa de afastamento de licitante por meio de fraude ou pagamento de vantagem indevida 83

4.2.4 Fraude à licitação ou contrato administrativo 84

4.2.5 Criação artificial de pessoa jurídica para a participação simulada em processo licitatório ou formalização de contrato administrativo 85

4.2.6 Obtenção de vantagem indevida em modificações ou prorrogações contratuais ilegais 86

4.2.7 Manipulação ou fraude no equilibro econômico-financeiro dos contratos administrativos 87

4.3 Identidade categorial entre tipos proibitivos e o microssistema de combate à corrupção 90

4.3.1. Identidade categorial entre atos lesivos e improbidade administrativa 92

4.3.2 Identidade categorial entre atos lesivos e ilícitos contratuais e administrativos ... 96

4.3.3 Identidade categorial entre atos lesivos e infrações concorrenciais 98

4.3.4. Identidade categorial entre atos lesivos e tipos penais 100

5. PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR 107

5.1 Processo Administrativo e os novos paradigmas do Direito Público..... 107

5.2 Base principiológica regente do processo administrativo e o fenômeno contemporâneo da constitucionalização do direito 109

5.3 Processo Administrativo de Responsabilização e suas fases 114

5.4 Sanções Administrativas, dosimetria e implicações sistêmicas 119

6. PROCESSO JUDICIAL DE RESPONSABILIZAÇÃO 125

6.1 Legitimados e instrumentos para a persecução em Juízo..... 125

6.2 Concorrência e independência entre as instâncias judicial e administrativa..... 127

6.3 Sanções judiciais 128

6.3.1 Cumulatividade e complementariedade das sanções 134

6.3.2 Revisão e/ou aplicação judicial das sanções administrativas..... 137

6.3.3 Dosimetria e o dogma da proporcionalidade 140

7. PROGRAMAS DE INTEGRIDADE CORPORATIVA (*Compliance*) 143

7.1 *Compliance* e novas pautas corporativas – gestão da imagem na sociedade da informação 143

7.2 Códigos de ética e governança corporativa – era da responsabilidade compartilhada . 144

7.3 Implicações sancionatórias da implementação de autênticos programas de *compliance* 149

8. ACORDOS DE LENIÊNCIA 151

8.1 Acordos de leniência – construção de novos paradigmas consensuais e o princípio da eficiência 151

8.2 Conceito e requisitos 152

8.3 Autoridades competentes para a celebração de acordos de leniência e articulação institucional 156

8.4 Frustração ou descumprimento do acordo de leniência e suas consequências jurídicas 160

8.5 Acordo de leniência e impactos sistêmicos e sancionatórios 161

9. EXTINÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA 165

9.1 Prescrição e corrupção 165

9.2 Regime Legal da Prescrição – Início e interrupção do prazo prescricional 166

9.3 Imprescritibilidade das ações ressarcitórias 170

10. CONCLUSÕES 173

BIBLIOGRAFIA 177

INTRODUÇÃO

Objeto de estudo

A realização material dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil pressupõe um Estado comprometido com uma atuação impessoal, proba e responsável, o que de seu turno reclama a existência de mecanismos institucionais e legais para a correção de rumos e punição de agentes públicos e privados que atuem de maneira a se beneficiar e a terceiros em detrimento da coletividade.

É público e notório, nesse particular, que o Brasil ocupa posição de destaque nos rankings internacionais de percepção da corrupção, questão que vem se apresentando como uma das maiores preocupações dos brasileiros.

Relevantes instrumentos normativos têm surgido, nessa onda, com o escopo de alinhar o sistema sancionatório brasileiro com diretrizes de ordem internacional, sendo o exemplo recente mais paradigmático a Lei nº 12.846/13, que vem sendo chamada de Lei Anticorrupção Empresarial. No entanto, a despeito da legislação em tela se orientar para a inauguração de uma nova era na cultura corporativa brasileira, o referido material normativo, em muito de seus aspectos, reitera disposições constantes de outros diplomas legais, em especial dispositivos previstos na Leis 8.429/92 e 8.666/93.

Em razão disso, surgiram relevantes indagações jurídicas acerca da escorreita aplicabilidade das novas disposições que procuraram ser respondidas ao longo do trabalho, tais como a medida a ser observada em relação à intensidade sancionatória quando de eventual dosimetria pela autoridade administrativa e/ou judicial, a compatibilidade vertical e horizontal da nova legislação em relação a outros diplomas e ao texto constitucional, a possibilidade de convergência simultânea de responsabilização objetiva e subjetiva para a sociedade empresária e respectivos sócios, múltipla incidência tipológica distribuída dentre as distintas esferas de responsabilização e, ainda, o imprescindível alinhamento institucional entre os distintos escalonamentos próprios da organização federativa brasileira.

No mais, buscou-se descortinar se a impossibilidade de ajustes transacionais em matéria atinente à corrupção no âmbito cível em virtude de vedação expressa constante da Lei de Improbidade Administrativa se encontra superada com a inserção da possibilidade legal de acordos de leniência versando sobre atos de corrupção.

Almejou-se, assim, o desenvolvimento de uma hermenêutica juridicamente adequada à compatibilização dos diferentes procedimentos, espécies sancionatórias e hipóteses de

incidência da tipologia inaugurada pela nova lei com outros diplomas que já vigoravam no ordenamento jurídico.

A tematização do trabalho se vinculou, portanto, à demonstração das relações antinômicas e anômicas do microssistema normativo criado pelas Leis nº 12.846/13, 8.429/92 e 8.666/93 e da necessidade de desenvolvimento de uma exegese voltada à preservação da integridade lógica desses diplomas entre si e com o texto constitucional.

Justificativa

O tema escolhido para este trabalho teve como justificativa a necessidade de aprofundamento do estudo do microssistema normativo de controle preventivo e repressivo da corrupção no Brasil, em especial em um momento em que esse tema tem produzido mudanças significativas no jogo da democracia.

Como temos testemunhado, a questão da corrupção tem tomado a pauta do debate nacional, conduzindo a diuturnas conflagrações jurídicas, políticas e sociais e ao próprio descrédito da classe política e sistema judicial, tudo em proporções de magnitude com caráter de ineditismo.

Não por menos, tem sido reconhecido que a ética e a moralidade pública, principalmente no que concerne aos quadros políticos, constitui uma das mais candentes questões a desafiar a nossa organização social e a qualidade de nossa democracia, já que níveis elevados de corrupção afetam o sentido de igualdade e da justiça social, prejudicando a confiança dos cidadãos nas instituições e gerando enormes custos sociais.

Nessa ordem de ideias, o surgimento de ditaduras e até mesmo de movimentos terroristas têm sido apontados como consequência de Estados capturados por quadros de corrupção endêmica.

Noutra perspectiva, a não observância da ética, imbricada com o desejo de ter mais do que a parte devida do produto social, tem se acentuado na contemporaneidade com a difusão cada vez mais crescente de perfis individualistas de matriz material.

O problema vem ainda ganhando contornos mais agravados com a percepção dos indivíduos de que os dirigentes do Estado não se preocupam com o bem-estar coletivo, o que tem deteriorado acentuadamente a cooperação social com um crescente sentimento coletivo de desilusão para com a atividade pública.

Inúmeros fatores de natureza histórica, cultural e institucional contribuem, inegavelmente, para um quadro de corrupção sistêmica e para uma deletéria ambiência de

relações perniciosas entre partidos políticos, polícia, imprensa e as diferentes ramificações do governo, o que torna o fenômeno uma realidade multifacetada e profundamente problemática, em especial em regimes democráticos incipientes que se caracterizam pela indiferença política da população.

Assim é que, embora a corrupção seja um fenômeno de amplitude globalizada, o descrédito das instituições no Brasil tem conduzido à uma visão cética da atividade política com a consequente despolitização e desengajamento de relevantes setores sociais, propiciando-se o despontar de movimentos populistas e o reclamo por mágicas soluções autoritárias.

A corrupção, dado que se trata de um fenômeno multidimensional com múltiplas implicações, encerra, portanto, um grande problema por inúmeras e variadas razões, em especial por minar a coesão e solidariedade social, incrementando os níveis de individualismo, por gerar uma inegável fragilização do império da lei, que passa a comportar disfunções particularizadas para o atendimento de interesses espúrios e específicos, por conduzir a uma esquizofrênica aplicação dos recursos públicos e por minar a capacidade de investimento do Estado em vista do desvio e consequente escassez.

Um dado de fundamental importância, lado outro, consiste na impunidade das elites corruptas e corruptoras, o que vem evidentemente solapar a legitimidade do sistema de justiça e da própria democracia, aumentando as tensões sociais e as correlatadas instabilidades políticas e econômicas.

O enfretamento político, jurídico e social da corrupção se trata, portanto, de um grande desafio que se apresenta aos brasileiros, o qual deve continuar a mobilizar a opinião pública, a imprensa e as instituições, na medida em que a constatação empírica da realidade nacional reflete um quadro que indica aparente captura de boa parte do Estado brasileiro, transformado em autêntica cleptocracia. Se reconhece de forma inexorável, outrossim, as inegáveis ligações entre a corrupção disseminada e o crime organizado, sendo desnecessário sublinhar os perigos que tal captura representa para o nosso futuro enquanto País.

Sem embargo, hodiernamente se faz perceptível certo avanço caracterizado pela revolução tecnológica e pela facilidade de acesso à informação, bem como pela liberdade de imprensa, fatores que, conjugados, têm contribuído significativamente para o aprimoramento do exercício da cidadania.

A nova legislação, nessa perspectiva, se apresenta como um dos mais recentes instrumentos normativos orientados para a inauguração de novos paradigmas punitivos e, bem assim, para a tentativa de criação de novas culturas organizacionais no âmbito empresarial.

Em suma, o material normativo que será objeto de estudo vem se harmonizar com ditames coletivos progressivamente disseminados que reclamam a observância de uma pauta corporativa que traduza efetiva responsabilidade social no exercício de atividades empresariais.

Há, assim, inegável necessidade de análise e questionamento crítico acerca dos instrumentos jurídicos criados, em especial no que toca a seus aspectos sancionatórios, evidenciando-se qual a melhor trilha exegética para a sua harmonização com outros diplomas com vistas à sua aplicação eficiente e materialmente justa.

Dentre esses instrumentos destaca-se a importância do estudo dos mecanismos de *compliance* criados pela nova lei, mecanismos esses orientados à difusão de uma boa imagem corporativa vinculada com a responsabilidade social no meio empresarial.

No mais, a mutação na dinâmica jurídica e social refletida na adoção cada vez mais frequente de novos paradigmas colaborativos indicam os denominados acordos de leniência como relevantes marcos que demandam análise aprofundada.

Colocadas as questões nesses termos, não há dúvidas de que os altos graus de exclusão cultural, social e democrática no Brasil decorrentes da corrupção, constituem dados da realidade que não podem ser olvidados e ou minimizados, tornando-se imperativa uma detida análise jurídica de como levar a efeito o seu adequado enfrentamento.

Tudo dito, temos que a corrupção efetivamente se apresenta como um dos principais óbices ao nosso efetivo desenvolvimento enquanto povo e emancipação enquanto nação, sendo imprescindível o engajamento da comunidade jurídica para o apontamento de soluções jurídicas e institucionais adequadas.

Metodologia

O método utilizado se orientou, primacialmente, pelo aspecto analítico. Nesse contexto, foram privilegiadas investigações dogmáticas e normativas, em uma perspectiva sistêmica e integrada das legislações anticorrupção em sintonia com o texto constitucional.

Assim é que o regular desenvolvimento desta pesquisa se viu pautado por uma abordagem qualitativa, isto é, por meio de pesquisas literárias em obras nacionais e estrangeiras e em sítios virtuais especializados.

Noutra vertente, a análise conceitual se alinhou com a investigação de aspectos pragmáticos de aplicação dos novos dispositivos normativos em vista da realidade brasileira e

de sua ainda embrionária prática jurisprudencial e administrativa e dos efeitos jurídicos, econômicos, políticos e sociais derivados dos altos índices de corrupção.

Nessa linha é que com o escopo de enriquecer o material bibliográfico que serviu como ponto de partida para esta pesquisa, se levou a cabo a análise de casos concretos e soluções institucionais que já se desenham no contexto social.

Estrutura e Conteúdo

A abordagem levada a efeito teve início com uma investigação histórica e cultural da corrupção no Brasil, relacionando-se aspectos de nossa colonização lusitana com características marcantes e incrustradas em nossa cultura, da qual o exemplo mais anunciado se apresenta como o do emblemático "jeitinho" brasileiro.

Seguiu-se com a demonstração de que a corrupção é um fenômeno de viés substancialmente econômico pautado pela análise da relação de custo-benefício, da qual a impunidade e os incentivos por ela gerados implicam na multiplicação de atividades predatórias em detrimento do Estado e da sociedade.

A partir daí os capítulos que se sucederam tiveram o escopo de delimitar os aspectos essencialmente jurídicos da Lei Anticorrupção, tais como seus paradigmas normativos internacionais, suas modalidades tipológicas, seus instrumentos sancionatórios e processuais e as correlatas estruturas institucionais incumbidas de promover a aplicação da nova normatização.

O capítulo conclusivo busca assinalar a trajetória trilhada e os caminhos ainda iniciais que se vislumbram, em especial em vista das múltiplas dificuldades que surgirão para uma adequada harmonização sistêmica.

1. A CORRUPÇÃO E O DESENVOLVIMENTO POLÍTICO E ECÔNOMICO

1.1 O fantasma histórico da corrupção no Brasil

É lugar comum entre os historiadores a assertiva de que a corrupção, que nos assola visceralmente, deita raízes na própria colonização do Estado Brasileiro, não feita com vistas à construção de uma Nação, mas direcionada ao escopo de extração de riquezas materiais, notadamente o ouro, para remessa a Portugal.

Aponta-se, assim, que enquanto o inglês fundou na América uma pátria, o português aqui estabeleceu um prolongamento do Estado centralizador, dotado de um estamento orientado a consolidar a supremacia real em todos os negócios, nobreza essa orientada pela busca pura e simples de riquezas e glórias.[1]

Registros históricos de cartas do padre jesuíta Manoel da Nóbrega endereçadas ao Rei D. João III retratam que, no início do processo de colonização, os servidores do rei apenas se preocupavam em retornar a Portugal com muitos navios carregados de ouro, não trabalhando para favorecer a terra, mas antes dela se aproveitar de qualquer maneira, de modo que o que português vinha buscar, então, era a riqueza que custa ousadia, não a que custa trabalho.[2] [3]Para tanto, o império colonial ainda se valeu do inescrupuloso expediente da escravidão, utilizando-se da força bruta de negros e índios, então incumbidos da tarefa.[4]

Estabeleceu-se, desse modo, a partir do descobrimento, uma relação de dependência que iria durar mais de trezentos anos, na qual o Brasil se via em posição meramente instrumental destinada ao abastecimento de fundos para a monarquia portuguesa, sua aristocracia e para os seus projetos expansionistas.[5]

O português colonizador se apresenta desde o início retratado, assim, como alguém com o caráter forjado pela corrupção e decadência e que explorou a economia colonial, essencialmente, com base na extração da riqueza, da rapina, do saque[6].

---

[1] FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**, 3ª ed. ver. São Paulo: Globo, 2001.
[2] SOUZA, Alan Lacerda. **A formação do Estado patrimonialista português e a gênese da corrupção no Brasil.** Revista da CGU, Edição Especial, Direito Disciplinar, Ano VI, Julho, 2011.
[3] HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, 27ª ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p.49.
[4] PRADO JR., Caio, **Formação do Brasil contemporâneo**, 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.290.
[5] FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro**, 1.ed.1.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
[6] FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime patriarcal**. 51ª ed. São Paulo: Global, 2006, p.266.

Ainda que a moldura teórica da corrupção do Brasil imperial, imbricada com uma monarquia absolutista, difira substancialmente das noções próprias de corrupção no âmbito da burocracia do Estado liberal, as suas balizas fundamentais básicas, essencialmente vinculadas com a perversão de um regime político desconectado do bem comum e orientado a servir a interesses particularistas, podem servir como marco histórico e cultural que de algum modo explicam nossas raízes.[7]

Noutra perspectiva, em que pese àquela época serem formalmente previstas determinadas condutas ilícitas que maculavam o erário real as quais hodiernamente estariam associadas ao conceito de corrupção, tais noções se espraiavam por dilatados espaços de tolerância, o que conduziu à generalização sistêmica de tais práticas desde a administração colonial.[8]

O fato é que a burocracia administrativa existente em Portugal quando da colonização do Brasil, já excessivamente ineficiente e corrupta, acabou por se reproduzir no Brasil com a instalação do novo Governo Geral e provimento dos primeiros quadros funcionais. A partir dessa gênese, redes clientelistas e o viés patrimonialista a elas associado contaminaram todos os quadros burocráticos, sendo natural o uso do prestígio das funções públicas para a consolidação de posições sociais.

Aludidas redes de fidelidade clientelistas implicavam, pois, em obrigações de natureza política e social que envolviam os indivíduos em uma teia de constrangimentos conducentes à inequívocas contradições com os deveres formais regulamentados nos discursos jurídicos, o que, em última análise gerava uma disfunção sistêmica no âmbito de funcionamento estatal.[9]

O patrimonialismo daí resultante, portanto, fechou-se sobre si próprio com o estamento burocrático, não enquanto aparelhamento racional, mas vinculado com a noção até hoje corrente da apropriação privada do cargo em si, como núcleo serviente de interesses pessoais.[10]

Ilustrativo desse panorama é que as primeiras autoridades judiciárias e fiscais que desembocaram em março de 1549 no Brasil, à ocasião o ouvidor-geral Pero Borges, uma espécie de Ministro da Justiça, e Antônio Cardoso de Barros, provedor-mor, cargo que se assemelharia ao de Ministro da Fazenda, já haviam se envolvido em escândalos de corrupção em terras portuguesas, acusados de desvio de dinheiro do Tesouro Régio, sendo então

---

[7] ROMEIRO, Adriana. **Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVII,** 1.ed. Belo horizonte: Autentica Editora, 2017, p.19/33.
[8] ROMEIRO, Adriana, Op.cit. p.58/59.
[9] ROMEIRO, Adriana. Op.cit, p.86/87.
[10] FAORO, Raymundo. Op.cit, p.102.

identificados como os primeiros corruptos do Brasil. A corrupção enraizava-se, assim, em todas as categorias sociais, inclusive nos domínios eclesiásticos, havendo mesmo notícias de que o primeiro bispo do Brasil, Pero Fernandes Sardinha, era malvisto pelo hábito corrupto de perdoar os pecados em troca de dinheiro.[11] Notícias de nepotismo permearam, de igual modo, a nomeação de nosso primeiro Governador-Geral, Tomé de Souza, que possuía laços de parentesco com pessoas ligadas à corte portuguesa.[12]

O aparelhamento burocrático que aqui se estabeleceu trouxe consigo, portanto, os germes do patrimonialismo, cultura que se sedimentou historicamente de forma perene. Tal retrato colonial não passou despercebido por Padro Júnior, que a par de enumerar os múltiplos vícios de uma burocracia inútil, monstruosa e ineficiente em que se negociavam cargos públicos abertamente, também pontuou a imoralidade onipresente de alto a baixo da escala administrativa com uma corrupção disseminada a luzes vistas.[13]

De igual modo, os vícios que permeariam as obras públicas nos séculos que se seguiriam, se iniciaram logo quando da construção da primeira capital do Brasil, a cidade de Salvador, quando foram correntes episódios de fraudes nas contratações públicas e superfaturamento nas obras.[14]

A vinda da Família Real portuguesa para o Brasil, em 1808, em fuga das tropas de Napoleão Bonaparte, em nada alterou esse panorama, tendo à ocasião se intensificado o inchaço do aparelhamento burocrático do Estado, com uma estrutura de pessoal cerca de 10 a 15 vezes maior que dos Estados Unidos da América, o que certamente não se dava com o propósito de se incrementar a qualidade dos serviços públicos.[15]Assim é que a prática da cobrança de propinas e de peculato continuaram a se espraiar por todos os quadrantes régios, havendo desde a notícias de desvio de galinhas da despensa real com a venda no mercado paralelo, até a persistente prática do recebimento de "caixinha" nas concorrências públicas.[16]

Também a nomeação de pessoas eticamente comprometidas para a ocupação de importantes cargos públicos continuou a se fazer comum nesse período, sendo paradigmáticos os exemplos de Joaquim José de Azevedo, nomeado para a área de compras e estoques da casa real e Bento Maria Targini, que comandava o erário real.

---

[11] BUENO, Eduardo. **A coroa, a cruz e a espada, Lei, ordem e corrupção no Brasil**, Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2016, p.35.
[12] BUENO, Eduardo. Op. cit.p.55.
[13] PRADO JR., Caio. Op. cit.p.356.
[14] BUENO, Eduardo. Op. cit.p.128.
[15] GOMES, Laurentino. **1808, Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil,** São Paulo, Editora Planeta, 2007, p.165.
[16] GOMES, Laurentino. *1808,* (...)*,* Op.cit.p.166/168.

O primeiro teve um enriquecimento súbito e ficou tão intensamente associado com práticas ilícitas que, no retorno de D. João VI, em 1821, à Lisboa, foi impedido de ali desembarcar pelas Cortes portuguesas, o que em nada incomodou sua próspera carreira no Brasil, a ponto de sua mulher ostentar joias hoje avaliadas em 34 milhões de reais. Targini, de sua vez, também tinha reputação publicamente vinculada à corrupção, se apontando que tinha à época uma das maiores casas do Rio de Janeiro. Também acabou preso e com os bens confiscados em meio à revolução constitucionalista de março de 1821, mas acabou solto duas semanas depois e continuou a levar uma vida de luxo no Brasil, ainda que proibido de retornar a Portugal. A despeito de tudo isso acabaram sendo promovidos a barão e visconde por D. João VI.[17]

O provimento de cargos públicos, nessa linha, refletia a indiferença com os interesses coletivos a eles subjacentes na medida em que, como outros instrumentos, eram comumente utilizados nos jogos de poder ínsitos às articulações políticas, se apontando que, desde os nossos primórdios, uma das formas encontradas para a conquista de apoio político e financeiro por D. João VI consistiu na distribuição de títulos nobiliárquicos, cargos e favores.

Mesmo após a independência, o quadro permaneceu substancialmente o mesmo, sendo indicativo desses vícios o persistente inchaço da máquina administrativa para a instrumentalização da troca de favores, o que gerava dispêndios de 70% das receitas do governo.[18]

A democracia, em tal cenário, teve início e seguiu nas décadas subsequentes de forma simbólica, nominal e parcial, transparecendo a corrupção como uma onipresente nódoa a macular a legitimidade de tal regime político. Assim é que, o cenário de início da democracia, que se dá com a independência, é substancialmente o mesmo do período colonial em termos de cidadania, já que 85% das pessoas eram analfabetas e mais de 90% da população vivia em áreas rurais, sob o controle ou influência dos grandes proprietários, iniciando-se aí a dominância política do coronelismo, período em que as eleições eram violentas, tumultuadas e as fraudes eleitorais e corrupção constantes, sendo o voto mercantilizado pelo melhor preço.[19]

O coronelismo vigente propiciava, assim, uma considerável sujeição dos eleitores ao chefe político local, o que, de seu turno, demandava uma intricada rede de alianças políticas

---

[17] GOMES, Laurentino. ***1808*, (...)**, Op.cit.p.169/170.

[18] CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: Teatro das Sombras**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p.162-163.

[19] CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**, 23ªed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, *p.38/43.*

em nível estadual e federal.[20]As fraudes eleitorais mais corriqueiras da época eram o *bico de pena* e a *degola ou depuração*. Na primeira, os componentes das mesas eleitorais encarregados da apuração inventavam nomes, ressuscitavam mortos e faziam os ausentes, presentes. Já na *degola ou depuração*, as câmaras legislativas cassavam diplomas dos não alinhados ao poder político local.[21]

Outra prática comum de fraude e corrupção eleitoral durante o coronelismo consistia no que se convencionou denominar *curral eleitoral*, mecanismo pelo qual os coronéis levavam eleitores em bandos para a votação, mantendo-os sob vigilância constante em "currais" até o momento do voto e ali lhe eram entregues as cédulas com o nome de seus candidatos, após o que se dava a contraparte, que podia ser dinheiro, bens ou valores.[22]

A proclamação da República, levada a efeito por meio de golpe militar e sem qualquer participação popular, pouco mudou o cenário político alheio às demandas populares. No fundo, no novo sistema, em vez de um imperador vitalício, governava o país um presidente da República eleito ou reeleito a cada quatro anos, diferença apenas nominal, já que os papéis públicos e sociais permaneciam substancialmente iguais, transmutando-se os barões e viscondes em caciques políticos locais.[23]

Diz-se, ainda, que a apatia popular associada à proclamação da República logo se traduziu em saudosismo ao regime monárquico, já que a ambiência caracterizada por negociatas e corrupção, em que predominava a ganância desconectada do esforço individual, acabou por conferir ao novo regime feição antagônica à sua matriz teórica, despontando a monarquia nesse cenário até mesmo como símbolo de austeridade pública.[24]

Como possível, o quadro ganhou ares de agravamento em virtude das grandes obras públicas que passaram a ser levadas a efeito a partir da Segunda República, com início da construção de grandes estradas de rodagem a partir do final de 1920, marco que iniciou as vicissitudes derivadas das relações entre grandes empreiteiras e o Poder Público, em especial com o financiamento de campanhas políticas que tinham por escopo germinar licitações fraudulentas e contratos superfaturados no futuro.[25]

---

[20] LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**, 7ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p.97.
[21] LEAL, Victor Nunes. Op. cit. p.214.
[22] CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil (...)**, Op. cit. p.151.
[23] GOMES, Laurentino. *1889:* **Como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da Monarquia e a Proclamação da República no Brasil**, 1ª ed. São Paulo: Globo, 2013, p.379-380.
[24] CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas: o imaginário da República no Brasil**, 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p.31/32.
[25] CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.88.

Ainda que com o advento da Segunda República tenha se experimentado um certo avanço em termos democráticos, com a instituição do voto secreto, a criação da justiça eleitoral e a abertura da capacidade eleitoral para mulheres, nada disso, no entanto, se revelou suficiente para reverter o quadro de corrupção sistêmica.

De igual modo, embora ao longo do período militar, iniciado com o golpe de 1964, tenham rareado as notícias de corrupção reproduzidas pela imprensa nacional, o fato é que tal se dava obviamente mais em virtude da censura e falta de liberdade institucional e política dos órgãos fiscalizadores do que propriamente em razão do escasseamento de tais práticas, mesmo porque com a reabertura política e a disseminação das liberdades daí derivada, inúmeros episódios de espúrias relações entre o Poder Público e a elite empresarial passaram a se tornar conhecidos, sendo o período apontado como o de maior florescimento da construção pesada no Brasil com a consolidação de empreiteiras conhecidas por sua trajetória associada à corrupção, como a Odebrecht, Andrade Gutierrez, Camargo Correa, entre outras.[26]

A reabertura democrática, de sua vez, não trouxe um horizonte alvissareiro no que concerne à implementação de práticas republicanas e incremento de virtudes cívicas, já que todos os governos que se estabeleceram desde então, independentemente do anunciado viés ideológico, vieram embalados em graves acusações de corrupção.

Assim, amalgamada pela influência do processo colonizador lusitano, a sociedade brasileira forjou-se estruturalmente nos domínios patriarcal, latifundiário, escravocrata e burocrata, tendo-se sempre a referência dos laços de parentesco, amizade e apadrinhamento na organização dos nossos quadros político-administrativos.[27]

A história nos legou, portanto, os caracteres do patrimonialismo, oficialismo e da cultura da desigualdade. O primeiro, pela natural confusão do público e privado, o segundo pela crônica dependência do Estado para o desenvolvimento de projetos pessoais, empresariais ou sociais, e o último pelo viés marcadamente formal da igualdade no Brasil, já que por aqui sempre se teve por aceitável a criação de um universo paralelo de desigualdades substanciais.[28]

---

[26] CAMPOS, Pedro Henrique Pereira. **A Ditadura dos Empreiteiros: as empresas nacionais de construção pesada, suas formas associativas e o Estado ditatorial brasileiro***, 1964/1985*, Tese, Doutorado em História Social – Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Departamento de História, 2012.

[27] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; SANTOS, Julio Edstron S; FERRAS, Diná da Rocha Loures**. Iberismo, Patrimonialismo e Moralidade: fluxos e refluxos na história do Brasil**, Revista Jurídica, vol. 03, n°. 44, Curitiba, 2016. pp.759-789.

[28] BARROSO, Luís Roberto. **Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim**. Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/4/art20170410-01.pdf, acesso em 14/02/2018.

A endêmica corrupção hodierna acompanhou, assim, toda a nossa trajetória histórica, persistindo como uma nódoa perene que veem corroendo as bases fundamentais de nossa construção social, não se tratando, portanto, de fenômeno recente e/ou inovador de nossas práticas políticas.

1.2 Corrupção e cultura: o "jeitinho" brasileiro e seus desdobramentos

Tem-se apontado a cultura de uma dada comunidade como um fator chave a explicar a disseminação da corrupção em uma dada ordem social, derivando-se tal cenário de arraigadas tradições históricas que se incorporam na sociedade conduzindo a formação de convicções, atitudes e comportamentos que acabam por se replicar recorrentemente.[29] A cultura ainda se associa com tradições religiosas, tendo-se sugerido até mesmo que orientações religiosas levariam seu povo a uma propensão maior ou menor à corrupção em vista dos valores que apregoa.[30]

No Brasil muito se diz que as práticas corruptas que corroem os fundamentos de nossa organização social possuem relações com os traços culturais de nossa sociedade, os quais se veem sintetizados no famoso jeitinho brasileiro, mecanismo social em que a busca da "vantagem" nas relações individuais, em detrimento de trocas sociais substancialmente justas, é vista como natural.

Tal anunciada particularidade do caráter do brasileiro, retratada em variados produtos culturais, seria o ponto determinante da cisão entre aquele apontado como "malandro" e o cidadão honesto e respeitador da lei, apontado como "otário". O povo do Brasil representaria, portanto, a síntese cultural de um povo que tem por natural o desrespeito à lei, o que se faz com o anúncio corriqueiro de normas que "não pegam", algo que obviamente traz como consequência o aumento nos níveis de arbitrariedade estatal e correlata corrupção.

Não por menos, Rui Barbosa tornou imemorial esse sentimento coletivo em dizeres que se tornaram célebres, pontuando que o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.[31]

O jeitinho despontou assim como um mecanismo social característico e próprio da cultura brasileira por meio do qual a inobservância de regras, leis ou padrões sociais com vistas à resolução imediata de problemas é tida como socialmente aceitável, tendo próxima

---

[29] HOLMES, Leslie. **Corruption, A very short introduction**, New York: Oxford University Press, 2015, p.4.
[30] HOLMES, Leslie. *Corruption, Op. cit., p.61;* MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**, 2.ed.rev, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.20/45.
[31] BARBOSA, Rui. **Obras Completas**. v. 41, t. 3, Senado Federal, Rio de Janeiro, 1914, p. 86.

relação com a "Lei de Gerson", jogador da seleção brasileira de futebol da copa de 1970, que teve popularizada sua frase "levar vantagem em tudo" como algo a ser perseguido pelo "malandro".[32]

Criou-se, assim, um evidente paradoxo de nossas práticas socioculturais em que, ao mesmo tempo em que há uma insatisfação coletiva e justificado repúdio popular para com a corrupção, há uma série de racionalizações justificadoras do cidadão em geral para com práticas ilícitas de pequena, média e intensa gravidade que poderiam ser associadas à corrupção.[33] Desenha-se nesse quadro, uma espécie de "insinceridade normativa", comum em países de modernidade tardia, na qual a imagem de textos normativos não se harmoniza com a base axiológica que rege as relações sociais.[34]

Forçoso reconhecer, no entanto, que ainda que existam percepções romantizadas do referido jeitinho brasileiro, identificando-o como modo de ser e pensar adequado à nossa base social, permeada pela desigualdade e excessiva burocratização, tal padrão cultural conduz a mais problemas sociais e correlatas disfunções crônicas e sistêmicas do que a um pensado nivelamento.

Basta ver, a propósito, que o aspecto abstrato das leis gerais associado a um código burocrático, impessoal e universalizante, passa a ser uma referência apenas simbólica, olvidado na primeira oportunidade em que situações concretas reclamam a preponderância das relações e da moralidade pessoal por meio das quais o "jeitinho", a "malandragem" e a solidariedade de grupos surgem como "legítimos" mecanismos de fuga do sistema.[35]

Desse modo, para quem está inserido em importantes redes relacionais a regulamentação normativa positivada em discursos jurídicos acaba relativizada, remanescendo sob o manto do regramento jurídico apenas aqueles isolados e sem mediações pessoais, já que para nós, depender ou se submeter a órgãos impessoais para a mediação de nossos conflitos denota que não possuímos "padrinho" a quem possamos recorrer.[36]

O "jeito" se coloca, portanto, como um mecanismo paralegal de transmudação do impessoal para o pessoal orientado a aplacar o rigor da lei e a superar as estruturas formais

---

[32] FLACH, Leonardo. *O* **jeitinho brasileiro: analisando suas características e influências nas práticas organizacionais**, Revista Gestão e Planejamento, Salvador, v. 12, n. 3, p. 499-514, set/dez. 2012.

[33] SILVA, Marcos Fernandes da. **The political economy of corruption in Brazil**, tradução livre, Revista de Administração de Empresas, v. 39, n. 3 Jul/Set, São Paulo: 1999, p.26/41.

[34] GARCIA, EMERSON. **A cultura da sociedade enquanto fator de contenção de estímulo à corrupção, in Combate à corrupção na visão do Minstéiro Público**, Coords. AZAMBUJA; Edson, JUNIOR, Octahydes Ballan e SILVA, Vinícius de Oiveira, Leme (SP): JH Mizunho, 2018, p.23/36.

[35] MATTA, Roberto da. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p.226/227.

[36] MATTA, Roberto da. Op. cit. p.245/246.

inerentes a uma ordem jurídica coerente que tenha como vetores a igualdade e a uniformidade.[37] Corolário disso é a sedimentação de uma sociedade de origens personalistas em que os vínculos pessoais são decisivos e alheios a qualquer cooperação social autêntica, já que o sistema de relações se edifica sobre laços diretos e pessoais contrapondo-se a prescrições legais impessoais.[38]

O aparelhamento burocrático consolidado a partir dessa cultura patrimonial resulta em uma gestão política conectada a interesses privatísticos, no qual mesmo a escolha dos homens que irão exercer funções públicas se dá mais em razão da confiança que merecem dos setores dito dominantes e menos em função das suas capacidades político-administrativas.[39]A sociedade brasileira se aglutina, nesse caldo, mais em razão de uma uniformidade de sentimentos, usos, crenças, língua e tênues laços materiais, econômicos e sexuais, do que propriamente em torno de um eixo moral formador de um todo coeso, anunciando-se uma esfera de razão pública como mera quimera.[40]

Longe, pois, de representar uma transgressão menor situada em uma zona cinzenta moral, o "jeito" traduz a síntese de um certo padrão sociocultural que legitima o compadrio nas relações econômicas e sociais que estão na base da gênese da corrupção. Tal suporte cultural carrega consigo um elevado custo social que acentua o nosso já expressivo déficit de cidadania e evidentemente torna vagaroso e cheio de contratempos o avançar de nosso processo civilizatório, desintegrando o já frágil capital social nacional.

Com efeito, em sendo o capital social um conjunto de normas e regras fundadas na confiança, a erosão de tal cimento aglutinador acaba por deteriorar os laços de cooperação em um ciclo vicioso gerador de incentivos para ações autocentradas e para o surgimento de grupos orientados para a transferência ilícita de recursos na sociedade.[41]Não há dúvidas, outrossim, que o comportamento corrupto em "postos elevados" traz efeitos que vão para muito além das consequências diretas de tal comportamento, já que redunda na difusão de um sentimento coletivo de desrespeito e consequente legitimação de práticas ilícitas em escalões inferiores. É dizer, o modo como as pessoas se comportam se conecta frequentemente com a percepção do comportamento alheio e com a racionalização de que "os outros também fazem", justificativa corriqueira para um quadro de corrupção sistêmica.[42]

---

[37] MARINONI, Luiz Guilherme.Op.cit, p.97.
[38] HOLANDA, Sérgio Buarque de. Op.cit, p.160
[39] HOLANDA, Sérgio Buarque de. Op.cit, p.175.
[40] PRADO JR., Caio. Op. cit.p.366/367.
[41] SILVA, Marcos Fernandes da. Op.cit.
[42] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**; tradução Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.353/354.

É certo, no entanto, que experiências individuais e sociais de desrespeito, naturais em um processo de desintegração do capital social, também podem influir no surgimento de movimentos coletivos por relações ampliadas de reconhecimento[43]. Nesse prisma é que aparentemente temos testemunhado movimentos esporádicos denotadores de um certo deslocamento de paradigmas no que concerne à tolerância social à corrupção, indicando uma potencial e incipiente mudança no sistema de valores vigente, sentimento que, no entanto, ainda se aparenta apartado de uma substancial mudança na cultura e práticas do mercado político e econômico e também do que ainda se encontra disseminado no interior dos quadros burocráticos. [44]

Sobreleva registrar, sem embargo, que ainda que a difusão de comportamentos corruptos encoraje a multiplicação de comportamentos de igual natureza, a diminuição de tal predomínio pode reverter o círculo vicioso para um de natureza virtuosa, o que, no entanto, reclama um engajamento cívico e coletivo para que exemplos de natureza positiva se espraiem na ordem social.[45]

1.3 Desenvolvimento econômico e social e corrupção: ação estratégica do *homo oeconomicus*

Predominou, por certo período, uma a visão funcionalista que via na corrupção uma forma alternativa e socialmente legítima de interlocução em que os agentes econômicos articulariam seus interesses junto aos agentes políticos com o arrefecimento das clivagens sociais. A corrupção, em suma, contribuiria para o desenvolvimento pelo "azeitamento" das relações político-econômicas.[46]

Tal perspectiva, no entanto, acabou por ceder passo para a análise dos custos e dos benefícios da corrupção, o que conduziu à singela conclusão de que a corrupção, a bem da verdade, não gera os benefícios apontados, mas ao revés, traz altos custos à sociedade.[47]Nesse quadro é que se afigura hodiernamente quase que intuitiva a ideia que a corrupção constitui

---

[43] HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**; tradução de Luiz Repa, São Paulo: Editora 34, 2003, p.257.
[44] AVRITZER, Leonardo. **Governabilidade, sistema político e corrupção no Brasil, in Corrupção e sistema político no Brasil**, org. AVITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p.48.
[45] SEN, Amartya. Op.cit.p.355.
[46] LEFF, Nathaniel H. **Economic development through bureaucratic corruption**. American Behavioral scientist, v. 8, n. 3, 1964.
[47] MAURO, Paolo. **The effects of corruption on growth and public expenditure**. In: HEIDENHEIMER, Arnold; JOHNSTON, Michael (Ed.). Political corruption. Concepts and contexts. New Brunswick: Transaction Publishers, 2005.

um dos principais óbices ao desenvolvimento econômico e social, contribuindo decisivamente para a pobreza, baixa expectativa de vida, desigualdade na distribuição de renda e riqueza, gerando, como consequência, baixas ou negativas taxas de crescimento.

Para essa corrente econômica de pensamento, portanto, as questões culturais envolvendo uma nação seriam marginais para o surgimento da corrupção endêmica, já que o auto interesse e a maximização de utilidades seriam ínsitas a qualquer ser humano em qualquer sociedade.[48]Dito de outro modo, na perspectiva do *homo oeconomicus* racional e maximizador das próprias utilidades individuais, em um ambiente social permeado por instituições integradas a sistemas de incentivo patrimonialistas e clientelistas, se torna um movimento quase que natural a busca estratégica de transferências ilegais de renda caracterizadoras da corrupção.[49]

A corrupção se orientaria, assim, pela ação estratégica de atores políticos de acordo com um cálculo racional acerca dos custos e respectivos benefícios da violação das regras, o que se faz em consonância com a análise da estrutura normativa de incentivos existentes em dada ordem social. Dessa forma é que, se é diminuta a possibilidade de descoberta da corrupção com a respectiva punição, sendo potencialmente alta a recompensa material do engajamento em tais práticas, o comportamento individual maximizador dos próprios interesses se torna dominante e endêmico.[50]

Decorre daí que a noção de uma burocracia pública dotada de imparcialidade e orientada por uma precisa demarcação de fins públicos e privados apresenta-se ilusória, já que parte de uma distinção ontológica entre racionalidade pública e privada que olvida que agentes públicos também podem se orientar por atividades de *rente-seeking*[51], de modo que suas ações também estão condicionadas por estruturas de incentivos e pelas análises de custo-benefício próprias do *homo oeconomicus*.[52]

A questão fundamental se coloca, portanto, na perspectiva da estrutura de incentivos existentes, ou seja, em havendo um arcabouço jurídico-institucional que aponte para uma maior rentabilidade na alocação de recursos financeiros e humanos em atividade de *rent-*

---

[48] ROSE-ACKERMAN, Susan. PALIFKA, Bonnie j. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**, Second Edition, New York: Cambrige University Press, 2016, p.6.

[49] SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **A economia política da corrupção**, disponível em https://www.transparencia.org.br/docs/MFernandes1.pdf, acesso em 22/02/2018.

[50] HOLMES, Leslie. Op. cit. p. 57.

[51] O conceito de *rent- seeking,* em tradução literal caça à renda, normalmente se associa nas ciências econômicas com o emprego de atividades para o aumento de riquezas próprias sem o incremento das riquezas sociais e/ou do ciclo produtivo. Nesse contexto, as ações de *rent-seeking* podem tanto partir da iniciativa privada por meio da obtenção clientelística de mecanismos de incentivo próprios do capitalismo de compadrio, como de agentes públicos que capturam propina para além de sua remuneração normal em detrimento de atividades produtivas.

[52] SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **A economia política da corrupção***, Op.cit.*

seeking em contraposição a atividades produtivas propriamente ditas, o *homo oeconomicus* optará, obviamente, pela primeira atividade em detrimento da produtividade.

A corrupção endêmica decorre então de uma disfuncional arquitetura institucional que incentiva o deslocamento do legítimo interesse individual de atividades produtivas geradoras de ganho individuais e sociais para atividades improdutivas de *rent- seeking*, arcabouço no qual dadas posições políticas e sociais tornam mais facilitada a transferência de renda fora das regras do jogo econômico ou político-legal.

Corolário disso é que em ambientes negociais em que predominam atividades de *rent-seeking* é natural a migração de talentos com o correlato desperdício de recursos humanos, recompensando-se economicamente mais os grupos de influência do que propriamente aspectos meritocráticos e de produtividade.[53] As atividades de *rent-seeking* implicam, assim, na obtenção de rendas e riquezas que não se produziu, o que se faz por meio da manipulação do ambiente político, social e econômico com inequívocos prejuízos ao desenvolvimento social e econômico.[54]

Em tais ambientes sociais, portanto, o sucesso pessoal ou empresarial não é visto como resultado do esforço ou aprimoramento intelectual, mas sim como consequência de articulações espúrias no campo político, contribuindo-se para a perpetuação de uma desqualificada mão-de-obra, bem como para a manutenção de ineficientes estruturas empresariais próprias.[55]

Tal quadro obviamente traz sérios desdobramentos econômicos, já que uma irracional alocação de talentos derivada da corrupção resulta na queda da produtividade pelos desincentivos gerados, bem como na fuga de capital humano para países menos corruptos e mais meritocráticos, privando-se a sociedade de pessoas capacitadas para conduzir o Estado e a economia.[56]

A corrupção reduz, de outro giro, os níveis de eficiência empresarial e a lealdade concorrencial em virtude dos associados incrementos ao custo do negócio daqueles apartados das redes relacionais, estimulando-se a informalidade e a consequente evasão fiscal, bem como a elevação de tributos, a inflação e a correlata depressão econômica.[57]São intensificados

---

[53] SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da; GARCIA, Fernando; BANDEIRA, Andrea Camara, **How does corruption hurt growth? Evidences about the effects of corruption on factors productivity and per capita incom***e,* Tradução Livre, disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1953/TD103.pdf?sequence=1, acesso em 21/02/2018.
[54] STIGLITZ, Joseph. **O preço da desigualdade**, Lisboa: Bertrand Editora, 2014, p.93.
[55] ROSE-ACKERMAN, Susan. PALIFKA, Bonnie j., Op.cit, p.60.
[56] HOLMES, Leslie*.,* Op. cit. p.26.
[57] ROSE-ACKERMAN, Susan. PALIFKA, Bonnie j., Op.cit. p. 30/31.

nesse cenário os incentivos para a trapaça em detrimento do comportamento cooperativo[58], impondo-se barreiras também à inovação, já que a destruição criativa gerada pela reformulação das regras do jogo pode conduzir à erosão do poder político e econômico dominante.[59]

De igual modo, a corrupção também propicia a inobservância de regras ambientais e sanitárias, contribuindo para a destruição de ativos com custos sociais relevantes.[60] Problemas de similar natureza são observados no tocante à segurança pública, na medida em que os naturais laços ilícitos criados entre os agentes redundam no incremento dos níveis de violência, prejudicando-se mesmo o uso coletivo e compartilhado da cidade.

Não se pode olvidar, outrossim, que em tal quadro se aumentam as desigualdades sociais pela fragilização de políticas educacionais que tenderiam à emancipação de camadas sociais excluídas do ciclo produtivo.

Em suma, a corrupção em níveis endêmicos propicia a disfuncionalidade estatal em todas as suas searas, em especial pela irracional alocação de recursos disponíveis, gerando prejuízos para a qualidade e preço dos serviços públicos e por conduzir a uma desastrada seleção e construção de obras públicas, os chamados "elefantes brancos". Tudo isso pelo singelo motivo de que em ambientes de corrupção institucionalizada as autoridades políticas se orientam mais para o atendimento de artificiais demandas criadas pela classe dominante do que propriamente para o atendimento das expectativas sociais, priorizando-se projetos mirabolantes e que demandam grandes investimentos[61] em detrimento de projetos outros capazes de conduzir ao desenvolvimento.[62]

A corrupção se traduz, nessa linha, como causa e consequência de uma disfuncional estruturação institucional extrativista, engendrada de forma a possibilitar a extração de renda e riqueza da sociedade produtiva em benefício de uma elite política e econômica improdutiva.[63] Desenvolve-se, nesse cenário, uma relação viciosa e sinérgica entre as instituições políticas e econômicas em que as elites políticas conferem favores de toda a ordem para as elites econômicas, como, v.g., contratos superfaturados, benefícios e isenções fiscais, créditos

---

[58] NORTH. C. Douglas. **Institutions, Institutional change and economic performance**, New York: Cambridge University Press, 1990, p.55.

[59] ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**; tradução Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.144.

[60] ROSE-ACKERMAN, Susan. PALIFKA, Bonnie j., Op.cit.p.113.

[61] Paradigmático e significativo, nesse cenário, o recente exemplo brasileiro em que os consideráveis gastos nos grandes eventos das Olimpíadas e Copa do Mundo legaram a construção de inúmeros elefantes brancos ociosos em detrimento do atendimento de necessidades de infraestruturas mínimas para a satisfação das demandas mais prementes da sociedade.

[62] ROSE-ACKERMAN, Susan. PALIFKA, Bonnie j., Op.cit. p. 101.

[63] ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. Op.cit, p.60.

subsidiados por Bancos públicos e etc, o que conduz, de outra parte, à consolidação política dessas mesmas elites por intermédio de financiamento de campanhas eleitorais fraudulentas custeadas pela sua contraparte econômica.

O Estado cleptocrático carrega consigo, outrossim, um latente conflito distributivo entre grupos de pressão que tentam se ver representados no mercado político com vistas à privatização de recursos públicos, tensões conducentes à recorrente instabilidade política e social.[64]

O fenômeno se apresenta, desta feita, intimamente relacionado a ineficientes estruturas institucionais que trazem como consequência precários fluxos de investimento em virtude dos acentuados riscos derivados de incertezas do cenário político, jurídico e econômico. Segue-se daí que países de natureza extrativista têm como notas fundamentais a insegurança no direito de propriedade, falta de *enforcemment* da legislação, barreiras para a entrada em atividades produtivas com a difusão de blocos monopolísticos, tudo com o inegável incremento do denominado custo-país com óbvios prejuízos para o desenvolvimento.

Dissemina-se obviamente em tais cenários a existência de ambientes negociais em que o aporte de capital e investimentos se dá em horizontes de curto prazo e em pequena escala, já que a atividade empresarial dos grandes grupos e com grandes aportes de capital passa a depender, substancialmente, de benefícios e subsídios governamentais, proteções tarifárias e propinas para a classe política.[65]

Bem por isso é que a corrupção incrementa os níveis de desigualdade por meio de mecanismos materiais e normativos, já que as classes dominantes possuem incentivos, derivados da impunidade, e oportunidades, derivadas do acesso aos recursos, para se engajar em práticas corruptivas. Os excluídos, de seu turno, se encontram vulneráveis a extorsões generalizadas levadas a efeito pelas classes dominantes, não tendo ou tendo mínimo acesso a práticas corruptas /extrativistas. Os mecanismos normativos, de sua vez, se referem à ordenação jurídica criada e implementada de forma notoriamente arbitrária, com um sistema tributário regressivo e regras de exclusão de responsabilidade ou manutenção de impunidade, de que o foro privilegiado e esquizofrênicos sistemas recursais constituem os exemplos mais pronunciados no Brasil. [66]

---

[64] SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. ***A economia política da corrupção**, Op.cit.*
[65] NORTH. C. Douglas, Op. cit. p, 67.
[66] YOU, Jong-sung; KHAGRAM, Sanjeev. **A Comparative Study of Inequality and Corruption**. American Sociological Review, 2005, Vol. 70 (February: 136–157). Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2505598, acesso em 05/04/2018.

De outra linha, por vezes políticas redistributivas para a correção de desigualdades acabam utilizadas como retórica e suporte para a prática de mais corrupção, invertendo-se a anunciada correção de distribuição de renda que se pretendia corrigir e estabelecendo um círculo vicioso de subdesenvolvimento.[67]

Ainda que a democracia e a consequente institucionalização do mercado político com a clara definição constitucional dos direitos de propriedade e limites da ação estatal exsurjam como importantes vetores institucionais de consolidação republicana, em muitas sociedades, os marcos constitucionais têm função apenas simbólica e nominal, apresentando-se como verdadeiras cortinas de fumaça quando confrontados com os fatores reais de poder. Assim é que o caminho da dependência de muitas sociedades, que têm a corrupção como uma prática político-econômica profundamente enraizada e internalizada, demanda algo além de uma simples mudança de estrutura de incentivos[68].

Como comumente se aponta, tal cenário somente pode ser minimizado com a consolidação da democracia e eficiência na aplicação dos marcos legais e punitivos, os quais devem ser erigidos de modo a desestruturar tais sistemas de incentivo. Marcos claros de regras e punições, impostos de maneira eficiente e rigorosa, se apresentam, nessa linha, como imprescindíveis para a mutação de padrões comportamentais arraigados na sociedade.[69]

Bem por isso que países dotados de baixos índices de corrupção são normalmente associados a instituições econômicas inclusivas, nos quais se vê difundida a efetividade do império da lei, com direitos de propriedade assegurados e com incentivos à tecnologia e educação, o que torna atrativo o mercado de trabalho e a alocação de capital e talentos em razão da previsibilidade negocial e dos menores custos de investimento.

Em países desenvolvidos também há uma percepção generalizada da efetividade do sistema judicial, decorrendo daí uma confiança difusa de que o mérito do caso e não influências privadas irão determinar o resultado do julgamento, sendo inadmissíveis que ambiguidades hermenêuticas de circunstanciais agentes governamentais variem de conformidade com eventuais envolvidos.[70]

A impessoalidade, a liberdade de imprensa e o aprimoramento cívico resultado de políticas educacionais se apresentam, assim, como a pedra de toque fundamental das organizações político-institucionais inclusivas. Corolário disso é que um País que tenha em mira a implementação multidimensional de boas práticas de governança deve considerar

[67] YOU, Jong-sung; KHAGRAM, Sanjeev, Op. cit.
[68] HOUGH, Dan. **Corruption, Anti-Corruption and Governance**, New York: Palgrave Macmillan, 2013, p.35.
[69] SEN, Amartya. Op.cit.p.351.
[70] NORTH. C. Douglas, op. cit, p. 59.

fatores como participação popular, *accountability*, estabilidade política, diminuição dos níveis de violência, efetividade governamental, qualidade regulatória, império da lei e indubitavelmente o controle da corrupção, todas questões intimamente relacionadas.[71]

1.4 Corrupção e direitos fundamentais: o direito à boa administração pública como direito humano *a priori*

O Estado, enquanto realidade cultural, histórica, econômica e social, deriva da natureza gregária do homem e da necessidade de se regular as relações sociais e os conflitos naturalmente decorrentes das interações humanas.

Como cediço, para sua estruturação, o Estado foi dotado de um estamento burocrático destinado a arrecadar fundos para suas atividades públicas, atividades essas que ao longo dos séculos, se dividiram de forma funcional/tripartite em legiferante, executiva e de justiça. Aponta-se desde os primórdios da modernidade, assim, que a austeridade e a virtude, bem como a aplicação igualitária da lei, são notas imprescindíveis de um bom governo, reconhecendo-se que os povos corrompidos raramente realizam grandes coisas e edificam sólidas instituições.[72]

Assim é que, em um Estado essencialmente probo e justo, as promessas político-jurídicas de igualdade, liberdade e fraternidade constituem as premissas de sua legitimidade, já que se assegura ao povo sob seu jugo, ao menos do ponto de vista retórico, a sujeição impessoal e nivelada de todos ao ordenamento jurídico.

Para Locke, por exemplo, nas primitivas organizações estatais os homens somente renunciaram à igualdade e liberdade que possuíam no estado de natureza com o escopo de garantir que o poder a partir daí instituído se exercesse com vistas à implementação do bem comum.[73] De sua parte, para Rawls, a estruturação básica da sociedade será somente justa se todos os valores sociais, liberdades e oportunidades, rendas e riquezas, forem distribuídas de forma igual, excetuada a hipótese em que uma distribuição desigual seja vantajosa a todos. [74]

Origina-se, nessa esteira, a noção de Estado Constitucional de Direito, o qual se erige funcionalmente com vistas à concretização de direitos fundamentais que constituem sua razão

---

[71] KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart. **Governance matters: Where are we, where should we be going**, World Bank Researcher Observer, Washington DC, 2007.
[72] MONTESQUIEU. **O espírito das leis**, tradução Jean Melville, São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p.62.
[73] LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**, Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, Editora Vozes, Petrópolis, 2001, p.70.
[74] RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**; tradução Jussara Simões, 3º ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.75.

social. É dizer, o acordo político-jurídico sintetizado na constituição surge como artifício de garantia dos direitos fundamentais essenciais, como o direito à vida, liberdade e direitos sociais, todos voltados à proteção e promoção da dignidade humana enquanto fim em si da ação estatal.[75]

Nessa esteira, os direitos fundamentais derivados da dignidade humana indicam uma dimensão de legitimidade e respeito a fundamentar a própria existência do Estado e suas ações. Não por menos, a ordem internacional reconhece que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros com o espírito de fraternidade.[76]

Ocorre, no entanto, que para que se desincumba da hercúlea tarefa de promoção de direitos fundamentais, imprescindível que o Estado arrecade fundos para o seu custeio e os aplique de forma eficiente e racional. Para a desincumbência de suas tarefas básicas, portanto, o Poder Público necessariamente há de dispor de provisões financeiras necessárias e suficientes, estruturação adequada das despesas públicas para o financiamento de serviços sociais e investimentos produtivos, além de um orçamento fiscal equilibrado e uma regular taxa de crescimento do rendimento nacional.[77]

Estados capturados de corrupção endêmica trazem consigo, no entanto, um paradoxo embrionário que os impede de realizar seus fins de promoção de direitos fundamentais, na medida em que se estabelece em tais cenários um conflito distributivo dos escassos recursos materiais existentes. Evidencia-se daí a incapacidade estatal de realização de seus fins primários, que se desarticulam e se reorientam a vista de escopos materiais daqueles que se apropriam do núcleo do poder em detrimento do todo social, esvaindo-se em contextos nominais de promessas vãs não realizadas a legitimidade estatal.[78]

À vista de tais considerações, uma administração pública proba e eficiente se apresenta como condição primária para a realização de direitos fundamentais, derivando o direito fundamental à uma boa administração pública como um direito *prima faccie* ou pressuposto, já que, sem esse, os demais direitos fundamentais não se podem realizar em sua plenitude.

Forçoso reconhecer, pois, que a corrupção indubitavelmente gera externalidades sociais relevantes e variadas, atingindo ainda mais duramente camadas da sociedade em

---

[75] FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos diretos e dos bens fundamentais**; trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgo Cadermatori, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.108/113.
[76] Cf. Art.1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.
[77] CANOTILHO, J.J. **Entre discursos e culturas jurídicas**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p.145.
[78] BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. **Corrupção política: uma patologia social**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.115/138.

estado de vulnerabilidade, na medida em que por seu intermédio se desestruturam políticas sociais, econômicas e culturais, violando-se, assim, o cerne dos direitos fundamentais.[79] Bem por isso, a concretização de direitos sociais, civis e políticos, que garantem a vida em sociedade, participação no governo e na riqueza coletiva, traz como pressuposto a existência de uma máquina administrativa apta ao cumprimento de seu papel de distribuição eficiente de bens públicos e sociais.[80]

Nessa linha mesmo é que o direito fundamental à uma boa administração pública já foi reconhecido pela União Europeia, que o incorporou em sua carta de direitos fundamentais, estabelecendo-se ali que todos têm direito a um tratamento impessoal, eficiente e equitativo por parte do Estado (art.41).

No Brasil, ainda que não expressamente previsto tal direito fundamental, não há dúvidas de que deriva implicitamente da própria dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República (art.1º, III, da CF), bem como dos próprios princípios regentes da atividade estatal (art.37 da CF), em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência.

De resto, plenamente admissível a possibilidade de se reconhecer a existência de direitos fundamentais implícitos e ou autonomamente extraíveis do regime e princípios da Constituição Federal, posição em consonância com um catálogo material. Mesmo porque o direito fundamental à uma boa administração possui nítido caráter instrumental, uma vez entendida a função administrativa como orientada para a garantia de efetividade dos demais direitos também de índole fundamental.[81]

O direito fundamental à boa administração pública pressupõe, de outra linha, a existência de uma ambiência institucional segura para investimentos produtivos com considerável redução dos entraves burocráticos, tendo entre suas práticas político-governamentais princípios de boa governança, transparência, controle e acompanhamento popular.[82] Tal direito alberga, portanto, um somatório de direitos subjetivos públicos, ligando-se à criação das condições estruturais necessárias para o surgimento de uma Administração capaz de eficientemente realizar seus fins primordiais.[83]Lado outro, em Estados em que vigora a lógica sistêmica da corrupção, os direitos

---

[79] POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. **O combate global à corrupção e o direito internacional privado: primeiros esforços de uma sistematização necessária.** In: FORTINI, Cristina (Coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.289/311.
[80] CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho** (...) Op. cit, p.16.
[81] VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**, 1ª Edição, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.81.
[82] FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à Boa Administração Pública**, 3ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p.19.
[83] MILESKI, Helio Saul. **O Estado Contemporâneo e a Corrupção**, 1.ed, Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.139.

fundamentais clássicos, bem como os direitos sociais e difusos, anunciam-se como meros instrumentos retóricos de dominação, já que se implementam sempre de forma simbólica, clientelista e particularizada, prontos para serem revertidos tão logo embaracem projetos de importância para a elite política e econômica.

Daí porque, o combate à corrupção, respeitados os lindes constitucionais, longe de representar qualquer vulneração a direitos fundamentais, bem compreendida a sua função instrumental, em verdade promove os alicerces da dignidade humana e a funcionalidade ínsita aos direitos humanos.

1.5 Democracia e corrupção: o jogo da democracia de "faz de conta" e o financiamento de campanhas eleitorais

As democracias liberais constituem a síntese de uma aspiração popular de participação coletiva na escolha de um sistema de valores, o qual se pretende voltado à implementação de um empreendimento cooperativo plural que assegure vantagens mútuas. Põe-se, em destaque, assim, a soberania popular e os direitos de cidadania como as notas fundamentais de tal regime político.

O poder político, enquanto forma institucional legitimada de dominação e coerção se traduz, de outra linha, como o recurso representativo necessário para viabilizar a obra social almejada nas democracias modernas.[84] A ideia é então que a essência da democracia está relacionada à existência de eleições abertas, livres e justas em um espaço em que se incentiva o exercício da razão pública em fóruns participativos orientados ao consenso por justaposição.[85]

Corolário disso é que o compromisso moral do cidadão em obedecer às leis nas democracias tradicionalmente provém da suposição de que emprestou seu consentimento ao resultado normativo, o que o coloca ao mesmo tempo como seu próprio senhor e seu próprio escravo.[86]

A partir daí não é difícil concluir que a corrupção corrói a legitimidade da própria democracia enquanto regime político, já que por meio dela se distorcem as condições para a participação política, bem como as disputas ideológicas ínsitas ao campo das ideias. É dizer,

---

[84] Para uma mais aprofundada compreensão das múltiplas acepções e imbricações da democracia v, BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco; **Dicionário de Política**, tradução de Carmen C. Varrriale [et al.}, 4ª ed./Brasília, DF: Editora Universidadede Brasília, 1992, p.319/329.

[85] RAWLS. John. **Justiça e democracia**; tradução Irene A. Paternot, São Paulo: Martins Fontes 2000, p.243/290.

[86] ARENDT, Hannah. **Crises da República**. Tradução de José Volkmann, São Paulo: Perspectiva, 2015. p.76/77.

em um Estado cleptocrático a agenda política se organiza e os agentes políticos são indicados para o atendimento de acordos de bastidores em uma espécie de uma espécie de privatização de políticas públicas.[87]

financiamento dos partidos políticos transparece, nesse quadro, como mecanismo essencial na estruturação de tais arquiteturas extrativistas, pois, como nossa história contemporânea tem demonstrado, é quase que inexorável a imbricação entre o custeio de campanhas e subsequentes escândalos de corrupção em razão da simbiose parasitária e circular que se estabelece entre as contrapartes políticas e econômicas, interessadas na troca ilícita de vantagens mútuas.[88]

Com efeito, grandes doadores de campanhas políticas normalmente se orientam pela expectativa de benefícios das mais variadas ordens a serem concedidos subsequentemente à eleição pela classe política, tais como a aprovação de regramentos normativos que os beneficie, tratamento particularizado em relação a questões burocráticas, além de contratos administrativos superfaturados derivados de licitações fraudulentas. Tal quadro, evidentemente, acaba por alçar o interesse privado à uma posição sobranceira em relação ao interesse público.[89]

Compromete-se, ainda, a necessária independência política que teoricamente deveria orientar os agentes em seu processo de decisão, bem como a competitividade que haveria de orientar o mercado político, que passa a se estruturar em torno de oligarquias partidárias que se solidificam de forma perene em função das espúrias relações com o poder econômico.

Tal quadro de perversão política, derivada da simbiose arraigada entre as oligarquias políticas e econômicas, normalmente produz classes dominantes de barões-ladrões cleptocratas e plutocratas responsáveis por autênticos clubes privados de extração de riquezas públicas e sociais, setores esses que normalmente contam com a providencial cumplicidade de outros vários setores sociais, como a mídia, burocracia estatal, partidos políticos, polícia, justiça, sindicatos, entre outros.[90]

É forçoso reconhecer, bem por isso, que tem crescido a desilusão com os sistemas democráticos, muito em virtude do impacto da percepção da corrupção sobre a vida política, o que tem conduzido a uma crescente deslegitimação da política democrática com correlato surgimento de movimentos sociais que reclamam governos autoritários e ditatoriais, na vã e ilusória esperança de obter alguma probidade governamental.

---

[87] MOISÉS, José Alvaro. **A corrupção afeta a qualidade da democracia?** Em Debate, Belo Horizonte, v.2, n.5, 2010, p. 27-37.
[88] SENÃ, Jorge F. Maem. **La corrupción- Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos**, Barcelona, Gedisa, S/A, 2002, p.116.
[89] ROSE-ACKERMAN, Susan. PALIFKA, Bonnie j., Op.cit. p.352.
[90] GOMES, Luiz Flávio. **O jogo sujo da corrupção**. Bauru, SP: Astral Cultural, 2017, p.85/116.

A história nos indica, no entanto, que não há qualquer imbricação lógica entre a implementação de um governo autoritário e a probidade no trato da coisa pública, sendo a relação, a bem da verdade inversa, já que em regimes políticos autoritários se encontra ausentes relevantes instrumentos institucionais, tais como eleições periódicas, imprensa livre, liberdade institucional dos órgãos de controle e transparência nas atividades públicas.

Dito de outro modo, em democracias estáveis e consolidadas os níveis de corrupção são bem menores do que os existentes em Estados autoritários e ditatoriais, nos quais são inexistentes mecanismos de *accountabillity.*[91] De outra linha, a efetiva competição política, existente em países em que a democracia transcende seu aspecto formal, propicia uma substancial disputa por ideias a orientar a preferência popular. Em tais cenários, há uma consolidada posição ideológica dos partidos políticos como efetivos tradutores de um ideário que se busca representado no poder.

Além disso, em democracias substanciais há um maior escrutínio público da ação governamental, na medida em que o comportamento de burocratas e políticos há de se afastar do padrão político-fisiológico próprio das democracias nominais ou ditaduras em que, como visto, não há *accountability*.

O aumento da qualidade da democracia facilita, pois, a criação de instrumentos de *accountability* vertical por meio da qual os cidadãos podem julgar e exercer controle sobre o governo por meio das eleições periódicas livres e iguais. Também se favorece o uso de instrumentos de *accountability* horizontal, o qual se dá via uma balanceada articulação de freios e contrapesos institucional. Por derradeiro, uma saudável democracia estimula a *accountability* social com o incremento dos níveis de liberdade associativa e engajamento cívico derivados do exercício regular e desembaraçado de instrumentos de democracia participativa.[92]

Há que se ponderar, de outra banda, que a presunção de que há algo politicamente reacionário em levantar a questão da *accontuability* na democracia não se sustenta, já que quando um sistema democrático se torna defeituoso a ponto de estimular a criação de uma estrutura de incentivos orientada para a negligência social e extração de lucros ilícitos sem penalizações sistemáticas, tem-se como resultado a própria deturpação de tal regime político, que assume viés nominal e substancialmente despótico.[93]

---

[91] HOLMES, Leslie. Op. cit. p.78.

[92] LEVINE, D. H.; MOLINA, J. E. **The quality of democracy in Latin America: Another view.** Working Paper #342, Helen Kellogg Institute for International Studies, 2007, disponível em https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/342_0.pdf, acesso em 14/03/2018.

[93] DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. **Glória incerta: A Índia e suas contradições**, 1ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p.114.

Uma adequada resposta à cleptocracias consiste, pois, não na negação da própria democracia, mas em um verdadeiro e substancial incremento das práticas democráticas, o que passa pelo aprimoramento cultural, pelo efetivo controle institucional e pela abertura informacional adequada para a formação de uma opinião pública de natureza crítica e participativa.

Isso porque, em sendo a corrupção uma atividade que se dá de forma substancialmente secreta, a obscuridade informacional é um de seus instrumentos, tornando-se imprescindível a transparência e acesso à informação. Há que se ponderar, ainda, que a corrupção viceja e se dissemina em espaços de tolerância social, o que reclama um maior engajamento crítico da cidadania para um efetivo combate a esse mal. Por fim, a ameaça real de sanção deve pesar no cálculo das ações estratégicas, o que reclama, de seu turno, uma arquitetura normativa e institucional eficaz e estruturada.[94]

A construção de uma percepção geral acerca dos males da corrupção com a conscientização das massas eleitorais, traduz-se, assim, em elemento primordial para a higidez do processo eleitoral e correlata qualidade da democracia, afastando-se do mercado político aqueles descompromissados com um ideário de construção coletiva.[95]

Na mesma esteira, eleições verdadeiramente competitivas, com a abertura inclusiva e diminuição da influência das oligarquias partidárias, pode auxiliar na redução dos índices de corrupção, já que freios e contrapesos próprios da existência de uma situação e oposição autênticas constitui-se em inegável incentivo para a exposição de práticas corruptas de adversários em razão dos ganhos políticos correlatos.[96]

De mais a mais, o incremento e estímulo ao uso de instrumentos de democracia participativa, como plebiscitos, referendos, iniciativa popular e o direito de revogação, se mostram como essenciais para a diminuição da preponderância representativa viciada, derivando daí também uma possibilidade real de incremento da governabilidade e da governança.[97]

Em suma, o ajustamento institucional e transformação da realidade social com o aprimoramento da cultura política da cidadania se revelam essenciais para a superação dos entraves ao normal funcionamento da democracia.[98]

---

[94] DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. Op. cit. p.114/115.

[95] SILVA, Adriana Campos; STUDART, Paulo Henrique de Mattos; BARCELOS, Júlia Rocha de. **Corrupção e reforma política**. In: FORTINI, Cristiana (Coord.), *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.357/372.

[96] ROSE-ACKERMAN, Susan. PALIFKA, Bonnie j., Op.cit. p.372.

[97] BONAVIDES. Paulo. **A decadência da democracia representativa no Brasil**. In: PINTO, Hélio Pinheiro; LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos; DIAS, Luciana Raposo Josué Lima (Coords). *Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.261/263.

[98] MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Grandes temas de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

2. A AGENDA INTERNACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO

2.1 Globalização econômica e as principais iniciativas internacionais de combate à corrupção

A globalização econômica trouxe novos desafios em razão das vastas e complexas redes de interesse mercantil interdependentes que se estabeleceram ao redor do mundo, o que passou a reclamar uma estrutura jurídica minimamente padronizada com vistas a garantir uma razoável competitividade empresarial e uma relativa estabilidade dos Estados-nação.

Tal cenário econômico internacional trouxe a lume conceitos como fragmentação, pluralismo, autonomia, descentralização e auto regulação, tudo como consequência da desterritorialização da produção industrial e da formação de cadeias produtivas em escala mundial.[99]

Há que se ponderar, outrossim, que empresas multinacionais com grande poderio econômico podem atuar de maneira particularmente predatória em países em desenvolvimento, países onde os mecanismos de controle institucional e o próprio Estado apresentam uma dimensão de fragilidade política propícia a uma incursão extrativista com a captura de agentes públicos internos. A corrupção transnacional se coloca, portanto, como um sério problema para a estabilidade e justiça internacional e para a centralidade dos Estados-nação.[100]

Alinhadas com essa mudança estrutural de paradigmas, legislações anticorrupção passaram a ser aprovadas no interior de ordenamentos jurídicos de Estados-nação e por meio da adesão a tratados de organismos multilaterais. Reconheceu-se, nesse diapasão, o potencial desestruturador e desestabilizador para a ordem internacional do fluxo internacional de capital oriundo da corrupção entre diversos países, bem como os correlatos prejuízos para a concorrência e estabilidade internacional.

A partir daí a comunidade internacional tem apresentado uma preocupação crescente tanto com a corrupção no interior dos Estados-nação quanto com a corrupção transnacional, tendo surgido uma série de iniciativas em organismos como a ONU, Banco Mundial, FMI, OCDE, entre outros. Algumas dessas iniciativas resultaram na produção de tratados

---

[99] FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**, 1ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
[100] CARRINGTON, Paul D. **Law and transnational corruption: the need for Lincoln's Law abroad**, 2007, disponível em http://www.law.duke.edu/journals/lcp, acesso em 19/03/2018.

internacionais que acabaram internalizados por vários Estados-nação, bem como influenciaram a produção normativa interna em vários países.

Nessa linha, a *Convenção Interamericana contra a Corrupção* aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) é um desses instrumentos internacionais e visa a promover e fortalecer o desenvolvimento dos mecanismos necessários para prevenir, detectar e punir a corrupção, além de promover ações que assegurem a cooperação entre os países signatários.

A Convenção da OEA foi firmada em 29 de março de 1996, em Caracas, Venezuela, tendo sido aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

Destaca-se na aludida Convenção que a corrupção é um dos instrumentos de que se serve o crime organizado para concretizar os seus fins e que, por vezes, se reveste de transcendência internacional e acaba por exigir por parte dos Estados uma ação coordenada e a necessidade de adotar instrumentos internacionais que promovam e facilitem a cooperação internacional para combatê-la. Reconhece-se ainda a responsabilidade dos Estados no que concerne à erradicação da impunidade, bem como que a cooperação entre Estados é necessária para uma ação efetiva e produtora de resultados.

O documento traz também em seu bojo definições normativas a serem incorporadas nos diplomas internos dos Estados-membros, enuncia propósitos e medidas preventivas e mecanismos de cooperação, assistência e extradição. De relevo notar que se dispõe expressamente que não será exigível que os atos de corrupção nela descritos produzam prejuízo patrimonial para o Estado (Art. XII).

Na mesma esteira, a *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais* da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) reconhece a corrupção como fenômeno difundido nas transações comerciais internacionais que abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, além de distorcer as condições internacionais de competitividade.

Referida Convenção, internalizada na ordem jurídica nacional pelo Decreto Legislativo nº 125/2000, ratificada e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, estabelece diretrizes para a cooperação internacional, mandados de criminalização de condutas associadas à corrupção praticadas por funcionários públicos estrangeiros, necessidade de responsabilização de pessoas jurídicas e reconhece a

imprescindibilidade de um sancionamento adequado, proporcional e dissuasivo, inclusive pecuniário.

O Brasil cumpriu com o dever de criminalização das condutas enumeradas na referida Convenção com a edição da Lei nº 10.467/2002[101], que promoveu a inserção dos tipos penais capitulados no art.337-B, 337-C e 337-D, além de aclarar o conceito de funcionário público estrangeiro.[102]

De igual modo, a *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, adotada pela Assembleia Geral em 31 de outubro de 2003, internalizada na ordem jurídica interna pelo Decreto Legislativo do Decreto Nacional nº 348/2005 e após ratificada e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.867, passou a integrar o direito pátrio a partir de 31 de janeiro de 2006.

Aludida Convenção, também conhecida como "Convenção de Mérida" trouxe em seu preâmbulo o reconhecimento de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, tornando-se imprescindível a cooperação internacional, um enfoque amplo e multidisciplinar e a disponibilidade de assistência técnica para prevenção e repressão, além de medidas para o fortalecimento institucional dos órgãos encarregados dessa tarefa repressiva.

Ali ainda foram estabelecidas diretrizes para o estabelecimento de códigos de conduta para funcionários públicos, contratação e gestão da fazenda pública, transparência administrativa, independência do Poder Judiciário e Ministério Público, participação popular, mecanismos de integridade do setor privado, além de mecanismos de prevenção e repressão da lavagem de dinheiro e para a recuperação de ativos.

---

[101] GUARAGNI, Fábio André. In **Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013**, Coords. Eduardo Cambi, Fábio André Guaragni, 1ªed. – São Paulo: Almedina, 2014, p.50.

[102] Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.
Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.
Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.
Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.
Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

O mesmo diploma também trouxe uma relação tipológica de condutas a serem replicadas e criminalizadas nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-nação que a ratificaram, tais como o recebimento de suborno por funcionários públicos nacionais ou estrangeiros, malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público, tráfico de influência, abuso de funções, enriquecimento ilícito, lavagem de dinheiro e obstrução da justiça.

Ademais, reconheceu-se a necessidade de responsabilização das pessoas jurídicas, inclusive de natureza penal, pela prática de atos de corrupção (art.26). O aludido diploma, em suma, deu origem à legislação anticorrupção brasileira, somente editada em 2013 com a aprovação da Lei nº 12.846/2013.

O Brasil ainda é signatário de outro importante tratado internacional que resvala o tema em análise, tratando-se da *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional,* também conhecida como "Convenção de Palermo, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 2000 e ratificada pelo nosso País pelo Decreto nº 5015/2014, sendo internalizada na ordem jurídica. O aludido diploma, como não poderia deixar de ser, reconhece as imbricações entre a corrupção e o crime organizado e aponta para o aspecto transnacional do problema, que, por sua vez, reclama um engajamento alinhado dos países para o combate e prevenção. A ONU ainda trata do tema no 10º princípio de seu pacto global[103] que propõe que as empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas.

Iniciativas de igual teor também foram levadas a efeito pela União Europeia, que aprovou a *Convenção Relativa à Luta contra a Corrupção em que estejam implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia*, assinada em Bruxelas em 26 de Maio de 1997, bem como pela União Africana, que estabeleceu a *Convenção sobre a Prevenção e Luta contra a Corrupção da União Africana* (UA), que entrou em vigor em 2006, abrigando trinta e quatro países africanos.

O Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional igualmente têm revelado grande preocupação com a corrupção, investindo fortemente no tema do controle, apontado como um dos principais aspectos da boa governança. O Banco Mundial, nessa linha, apoia iniciativas contra a corrupção em torno de quatro balizas fundamentais: o controle da corrupção em projetos que desenvolve; o apoio institucional a países interessados no controle da corrupção;

[103] O Pacto Global da Organização das Nações Unidas (ONU) consiste em uma iniciativa planejada para empresas comprometidas no alinhamento de suas operações e estratégias com os dez princípios universalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e combate à corrupção. Assim, as corporações, que são os principais agentes da globalização, podem ajudar a garantir que organizações de mercado, comércio, tecnologia e finanças progridam de maneira a beneficiar as economias e sociedades em todos os lugares (Cf. http://www.unglobalcompact.org/Languages/portuguese/).

o incremento do rigor no concernente à empréstimos internacionais e, por fim, o apoio a iniciativas internacionais de combate à corrupção.[104]

Sem embargo, algumas das sugestões apontadas por tais organismos internacionais, em especial a diminuição do papel do Estado na economia com a desregulação e a privatização de determinados serviços públicos, têm sido apontados como parte de uma agenda ideológica que não encontraria ressonância empírica entre alguns estudiosos.[105] É fato, no entanto, que a difusão internacional de uma agenda que apregoa a transparência e *accountability,* tal como aquela que tem sido levado por tais organismos internacionais, produz relevantes resultados para a conscientização crítica desse mal em geral.

Nessa mesma toada, associações civis e organizações internacionais como a Transparência Internacional com o seu índice de percepção da corrupção e a Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional também se engajam em distintos programas de cooperação econômica voltados à diminuição da corrupção nos países em geral.[106]

O aludido sistema internacional apresenta, nesse contexto, um escopo funcional e regulatório voltado à cooperação e assistência mútua entre Estados e organizações destinadas ao controle e repressão de práticas ilícitas corruptas e corruptoras; à efetividade preventiva e repressiva em escala internacional; à preservação de ambientes concorrenciais; ao monitoramento, prevenção e transparência com o incremento de boas práticas empresariais e governamentais e à preservação da macroestabilidade da ordem econômica internacional.[107]

Calha notar, no entanto, que a tão só proliferação de acordos internacionais ainda não tem propiciado a efetividade esperada para o combate a essa chaga, mesmo porque vários países, paraísos fiscais ou não, continuam a abrigar fluxo de capitais oriundo da corrupção.[108]

Todas essas iniciativas, no entanto, têm se apresentado como parte de uma agenda global de combate à corrupção, a qual vem se desenhando muito em parte em razão do reconhecimento generalizado pela comunidade internacional dos prejuízos econômicos, políticos e sociais causados por tais práticas.

---

[104] BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes, **Corrupção política: uma patologia social**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
[105] HOUGH, Dan, Op.cit.p.6.
[106] SOUZA, Amanda Morais de. **Corrupção: perspectivas para um problema internacional**, Curitiba: Conjuntura Global, Vol.3, n. 4, out./dez., 2014, p. 244-249.
[107] POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Op. cit. p*.296.
[108] PAGOTTO, Leopolo. **Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil**. *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro, Elsevier- Campus, 2012, p.40.

2.2 Paradigmas internacionais: o impacto do *Foreign Corrupt Act* (FCPA) e *do Bribery Act* na ordem internacional

Os problemas decorrentes da corrupção transnacional têm uma história que recobre o período da guerra fria, época em que eram corriqueiras as práticas de pagamento de propina para oficiais públicos estrangeiros com vistas à obtenção de contratos lucrativos. Vale notar que a tolerância a tais práticas era tal a ponto de ser possível a dedução tributária do montante pago a título de propina no estrangeiro.[109]

O quadro somente começou a mudar inicialmente em território estadunidense com os escândalos de corrupção internacional desvelados durante o governo Nixon no que ficou conhecido como "Watergate", em que foram descortinados pagamentos de propina no exterior envolvendo pelo menos 450 companhias norte-americanas.[110]

Por conta da perda da credibilidade internacional e da confiança institucional na ordem interna do País em vista do escândalo, editou-se o *Foreign Corrupt Pratices Act* em 1977 como uma tentativa de resposta voltada para o estabelecimento de uma mais adequada relação das empresas americanas no mercado internacional.

Por intermédio da FCPA, procurou-se estabelecer a proibição do pagamento de propinas para funcionários públicos estrangeiros por empresas americanas por meio cláusulas proibitivas que cominam sanções pecuniárias e criminais e cláusulas prescritivas que determinam a estrita escrituração contábil das negociações das empresas norte-americanas envolvidas em transações comerciais transnacionais.[111]

Ocorre, porém, que como o FCPA se constituía em uma iniciativa isolada dos Estados Unidos, a classe empresarial daquele País passou a apresentar preocupação com a perda de competitividade no mercado internacional, já que, na época, a retórica mundial ainda não havia assimilado o ideário definido na agenda anticorrupção.

Referidos paradigmas somente começaram a ser alterados com a crise asiática em 1990, que passou a assinalar a necessidade de uma maior preocupação internacional com a estabilidade macroeconômica mundial em razão do fenômeno da corrupção, tendo culminado com a Convenção Interamericana contra a Corrupção, que constituiu o primeiro documento internacional a tratar da corrupção transnacional.[112]

---

[109] ROBINSON QC, Vivian et alli, **The FCPA and U.K. Bribery Act, A ready reference for business and lawyers**, Chicago: ABA Section of Internacional Law, 2013, p.1.
[110] CARRINGTON, Paul D. Op. cit.
[111] ROBINSON QC, Vivian *et ali*, Op. cit, p. 3.
[112] CARRINGTON, Paul D. Op. cit.

De qualquer modo, a FCPA estabelece uma série de condutas vedadas relacionadas ao pagamento, indução ou planejamento de pagamento de vantagens a funcionários públicos estrangeiros no território americano ou envolvendo empresas norte-americanas. Para empresas e pessoas que não sejam norte-americanas, ainda se faz possível a sujeição à aludida disciplina legal, desde que seja a prática ilícita seja instrumentalizada com o uso de meios de telecomunicações, internet ou meios de pagamento norte-americanos, o que amplia sobremaneira o âmbito de incidência normativa.[113]

De igual maneira, o *UK Bribery Act*, editado em consonância com as diretrizes da *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais* da OCDE, estabeleceu uma série de mecanismos orientados a prevenir e reprimir a corrupção transnacional de funcionários estrangeiros, tanto na esfera privada pública quanto na pública.[114]

Ambas as legislações, portanto, dada a importância econômica dos países que as editaram e o volume de transações comerciais em que se engajam mundo afora, representam paradigmas substanciais a regrar e estabelecer padrões para as relações econômicas internacionais, tendo ainda se apresentado como modelos legislativos que acabaram replicados em diversos países.

[113] ROBINSON QC, Vivian *et alli*, Op. cit., p.4.
[114] ROBINSON QC, Vivian *et alli*, Op. cit, p.43

3. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA LEI Nº 12.846/2013

3.1 Distribuição espacial de incidência normativa da lei nº 12.846/2013 no Brasil e no exterior

Como já dantes assinalado, a legislação em mira é resultado de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, dentre os quais destaca-se a *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais* da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), essa resultado da articulação e influência internacional de organismos como as Nações Unidas, Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Organização Mundial do Comércio, Organização dos Estados Americanos, Conselho da Europa e União Europeia.[115]

É assim que a Lei nº 12.846/2013, nominada já entre nós de Lei Anticorrupção, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção contra a administração pública, não só nacional, como também estrangeira (art.1º).

Nessa linha, dispõe-se sobre atos lesivos que atentam contra a administração pública nacional ou estrangeira em uma tríplice vertente, quais sejam, atos que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (art.5º).

A propósito do âmbito espacial de incidência da legislação em comento, cumpre sublinhar que recobre todo o território nacional quando perpetrados atos lesivos contra a administração pública nacional, em suas distintas esferas federativas, é dizer, União, Estados e Municípios e ainda em relação a todos os seus desdobramentos funcionais, incluindo aí, portanto, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.[116]

De igual modo, além de a legislação comportar aplicação caso a administração pública estrangeira figure como prejudicada por atos de corrupção, também terá aplicabilidade acaso praticados atos ilícitos por sociedades estrangeiras, desde que essas tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (art.1º, parágrafo único).

Considera-se administração pública estrangeira, para efeitos legais, os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro de qualquer nível ou

---

[115] NOHARA, Irene Patrícia. **Comentários ao art.9º**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.141/145.
[116] CARVALHOSA, Modesto. Op. cit. p.247.

esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas direta ou indiretamente pelo poder público de país estrangeiro, equiparando-se a tais as organizações públicas internacionais, como a ONU, OMC, OEA, OMS, OIT, OCDE, FMI, Banco Mundial, entre outros (art.5º, §§, 1º e 2º).

Por sua vez, considera-se agente público estrangeiro quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

A Lei nº 12.846/2013 aplica-se também aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que tais atos tenham sido perpetrados no exterior (art.28), o que obviamente irá encerrar questões de concorrência de jurisdição que deverão ser solucionadas, em especial se o ato perpetrado for objeto de repressão normativa no País em que tenha ocorrido.

Dado o caráter subsidiário da jurisdição nacional sobre atos perpetrados no exterior, cumpre aplicar analogamente dispositivos previstos na legislação penal para a adequada compreensão do caráter extraterritorial da lei e sua efetiva aplicabilidade, haja vista a lacunosa e insuficiente disciplina normativa prevista na Lei nº 12.846/2013.[117]

Uma adequada aplicação da lei deve, portanto, ter por paradigmas algumas regras de ultraterritorialidade condicionada previstas no Código Penal, a ser cumulativamente satisfeitas, quais sejam: i) que o infrator esteja no território nacional, ou seja, que a pessoa jurídica tenha aqui sede, filial ou representação; ii) que o fato seja punível também no país em que praticado; iii) não ter sido o agente punido, absolvido ou perdoado no estrangeiro.[118]

Tem se justificado a aplicação extraterritorial da legislação por ter por propósito proteger o mercado interno e consequente interesse nacional, haja vista que, ainda que atos lesivos sejam levados a cabo no estrangeiro, os efeitos de tais práticas poderão ser refletidos

---

[117] CARVALHOSA, Modesto.Op. cit. p.123/145.

[118] Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:
(...)
II - os crimes:
a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:
a) entrar o agente no território nacional;
b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

na economia nacional[119], a exemplo de atos capitulados na Lei federal nº 12.529/11, que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Em razão disso, o art.9º da Lei nº 12.846/2013, ao dispor da competência da Controladoria Geral da União para a apuração e processo administrativo versando sobre práticas ilícitas perpetradas contra a administração pública estrangeira, faz remissão ao Artigo 4º da *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais* da OCDE, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. O aludido dispositivo estabelece, assim, que o País que tiver jurisdição para processar seus nacionais por delitos cometidos no exterior deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição e na hipótese de concorrência de jurisdições, as partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a mais apropriada para a instauração de processo, levando-se em conta, especialmente, a efetividade em relação ao combate à corrupção.

Nessa esteira, o claro escopo do dispositivo é o de evitar a dupla punição pelo mesmo fato em território nacional e estrangeiro. Sem embargo, a indeterminação e subjetividade jurídica do dispositivo para a determinação de qual seria a mais apropriada para o julgamento, acaba por transferir às partes uma solução negociada para a definição da jurisdição.

A Convenção da OCDE ainda estabelece que cada País signatário deverá, respeitando tanto quanto possível suas leis, tratados e acordos relevantes, prestar pronta e efetiva assistência jurídica aos demais, excluindo-se aí eventual alegação de sigilo bancário, caso se trata de matéria duplamente criminalizada.

De outra senda, a organização federativa brasileira, distribuída em pessoas políticas constituídas pela União, Estados e Municípios e respectivas pessoas jurídicas a elas associadas, conduz a uma aplicabilidade escalonada de seus preceitos, a depender do sujeito passivo do ato lesivo perpetrado.

É dizer, os atos lesivos perpetrados em desfavor da União e pessoas jurídicas a ela associada serão objeto de apuração e repressão, no âmbito administrativo, em processos instaurados e levados a efeito por órgãos da Administração Pública Federal. De sua vez, atos lesivos praticados em desfavor de Estados e Municípios deverão ser objeto de apuração e repressão em suas respectivas esferas, respeitando-se, assim, a autonomia federativa assegurada em nível constitucional.

---

[119] HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013**, Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.306.

Cumpre sublinhar que a despeito da Lei nº 12.846/2013 ser de caráter nacional, deverá ser regulamentada nas distintas esferas federativas, considerando-se, ainda, o tríplice aspecto funcional que orienta a administração pública, o que certamente reclamará alguma uniformidade a assegurar um mínimo de segurança jurídica aos jurisdicionados.

3.2 Âmbito subjetivo de incidência: sujeitos ativos e passivos da nova ordem tipológica

A Lei nº 12.846/2013 não inovou, como muitas vezes tem sido alardeado,[120], com a possibilidade de punição de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção uma vez que o próprio art. 3º da Lei nº 8.429/1992 albergava essa possibilidade com previsão de sanções que variavam da perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Nesse prisma, a pessoa jurídica já podia responder por improbidade administrativa quando detectada a prática de ilícito em concurso de pessoas com servidor público, este agente necessário. Agora, nada obstante, ainda que não detectada a atuação ilícita de agente público, a pessoa jurídica pode ser sancionada pela sua própria conduta individual sem prejuízo da normal aplicação das Leis 8.429/1992 e 8.666/1993.[121]

A inovação que se deu, assim, foi a da possibilidade de punição isolada da pessoa jurídica pela prática de atos lesivos, haja vista que no regime da lei de improbidade administrativa tinha-se por imprescindível o concurso necessário entre o agente público e o privado para que se pudesse operar a punição do último.[122]

Supriu-se, portanto, relevante lacuna no microssistema de combate à corrupção na medida em que com a novel legislação se faz possível o apenamento de pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos de corrupção independentemente da conjugação de vontades com agentes públicos.[123] Há que se assinalar, nesse particular, que atos lesivos prescritos no art.5º contemplam uma série de condutas que não reclamam necessário ajuste com funcionários públicos, tais como, v.g., a mera oferta vantagem ilícita, que se consuma independentemente

---

[120] BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**, Editora Revista dos Tribunais, 1ª Edição, 2014, p.21.

[121] SANTIN, Valter Foleto. **Panorama da Lei 12.846/2013 em improbidade empresarial**, disponível em http://www.conjur.com.br/2014-ago-04/valter-santin-lei-pune-improbidade-empresarial-varios-aspectos, acesso em 30/03/2018.

[122] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**, 4ª edição, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, p. 222.

[123] Em sentido contrário é a posição de CARVALHOSA, Modesto. Op. cit. p.247.

da sua aceitação, a criação artificial de pessoas jurídicas para a cartelização de processos licitatórios e atos de obstrução de investigação levados a efeito por pessoas jurídicas,

Tal aspecto foi expressamente mencionado nos debates parlamentares entre os motivos para a responsabilização de pessoas jurídicas, pontuando-se a lacuna de medidas punitivas quando a lesão era provocada independentemente de participação de servidor público.[124]

Nessa linha, os sujeitos ativos dos atos lesivos de corrupção vêm devidamente delineados nos preceitos da própria legislação anticorrupção, dispondo-se expressamente que têm em mira pessoas jurídicas organizadas sobre a forma de sociedades empresárias e sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (Art.1º).

Ademais, em consonância com a regra disposta no art.3º da Lei 12.846/13, para além das sanções em face da pessoa jurídica, também poderão ser punidas pessoas naturais que sejam autoras, coautoras ou partícipes do ato ilícito. Complementando essa sistemática, o §2º do mesmo dispositivo estatui que "os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade".

Importa notar que, enquanto o §2º do art. 3º circunscreve a responsabilidade aos dirigentes e administradores, a cabeça do mesmo dispositivo alberga a possibilidade de responsabilização para além dessas figuras, abrangendo qualquer coautor ou partícipe, desde que tenha operado em prol da pessoa jurídica. Segue-se daí que uma interpretação adequada é a que favorece a ampla possibilidade de punição para as pessoas naturais, desde que praticantes de atos lesivos que tenham resultado em benefício direto ou indireto para a pessoa jurídica, ainda que não ocupantes de cargos de direção ou administração.[125]

Cumpre ressalvar que as pessoas naturais somente poderão ser incluídas no polo passivo de eventual demanda versando sobre a aplicação das sanções da lei anticorrupção, se obviamente determinada eventual responsabilidade subjetiva e na qualidade de litisconsortes com as pessoas jurídicas corresponsáveis (art.3º, §2º). Importa notar, no entanto, que não se trata de um litisconsórcio passivo necessário ambivalente, haja vista o diferente regime de responsabilidade atinente às pessoas jurídicas e naturais.

---

[124] DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer, **Comentários sobre a Lei Anticorrupção**, São Paulo: Saraiva, 2016, p.20/21.

[125] DIAS, Bruno Fernandes. **Responsabilidade de pessoas jurídicas e físicas em matéria de corrupção: o regime jurídico da Lei nº 12.846/2013.** Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 167, p. 20-35, jan. 2015.

Dito de outro modo, em demandas que contemplem no polo passivo pessoas naturais, temos que deverão necessariamente também r o mesmo polo as pessoas jurídicas associadas[126], tratando-se essa hipótese de litisconsórcio passivo necessário, mas não unitário, já que poderão ser ofertadas soluções jurídicas distintas para a pessoa natural e jurídica, inclusive com a absolvição da primeira e condenação da última.

Em suma, dá-se uma espécie de horizontalidade que dá ensejo à seguinte formatação jurídica no concernente à concorrência de responsabilidades: i) a pessoa natural pode ser punida, acaso também o seja a pessoa jurídica; ii) a pessoa natural não pode ser punida em não o sendo a pessoa jurídica concomitantemente, salvo nos casos de pessoas jurídicas de fato ou inexistentes; iii) a pessoa jurídica pode ser punida, ainda que não o seja a pessoa natural.[127]

Isso porque enquanto para as pessoas jurídicas vigora a responsabilidade dita objetiva, ou seja, que dispensa a comprovação da culpa, para as pessoas naturais vigora a responsabilidade subjetiva, na qual é imprescindível a comprovação da atuação deliberada e voluntária para a concretização das finalidades ilícitas previstas na lei.

Importa ainda assinalar que, dada a natureza das reprimendas previstas na legislação, apenas a multa, que deverá ter por parâmetro o faturamento bruto da empresa (art.6º, I), o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração e a proibição do recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituição financeiras públicas ou controladas pelo poder público, (art.19, I e IV) poderão ser aplicados às pessoas naturais, pois as demais penalidades se ligam ontologicamente à natureza das atividades desenvolvidas por pessoas jurídicas, sendo insuscetíveis de aplicação às pessoas naturais.

Sem prejuízo, faz-se possível o uso conjugado dos dispositivos albergados na Lei nº 12.846/2013 com aqueles previstos na Lei nº 8.429/92 no que concerne às sanções ali previstas, tema que resgataremos adiante em pormenores.

De outra ponta, estão excluídas do âmbito de incidência da legislação como sujeitos ativos dos atos lesivos as pessoas jurídicas de direito público, eis que tal constituiria um verdadeiro contrassenso na medida em que são as verdadeiras lesadas pela corrupção.[128]

De igual modo, também excluídas de serem apontadas como sujeitos ativos dos atos lesivos de corrupção as pessoas jurídicas de direito privado componentes da Administração

[126] Desde que, obviamente, não sejam pessoas jurídicas de fato ou inexistentes.
[127] DIAS, Bruno Fernandes. Op cit.
[128] Em sentido contrário, ao que parece, se posiciona Modesto Carvalho, que apregoa que são objetivamente imputáveis tanto as pessoas jurídicas do setor público, como do privado, Op. cit., p.145.

indireta, como sociedades de economia mista e empresas públicas, eis que essas se encontram funcionalmente adstritas ao cumprimento do interesse público, que se veria então alvejado com a incidência das cominações legais previstas.[129]

As pessoas jurídicas que podem figurar como sujeitos ativos dos atos lesivos da Lei Anticorrupção se sujeitando, portanto, ao respectivo apenamento, são as de direito privado. Substancialmente aquelas listadas no art. 44 do Código Civil, como associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e empresas individuais de responsabilidade limitada.

Sociedades despersonificadas, ou seja, pessoas jurídicas de fato ou irregulares que exercem atividades empresariais informais, por expressa dicção legal, também se assujeitam ao âmbito de cominação da legislação. Nesse caso, tal responsabilidade deverá se operar nos termos do que dispõe o art. 990 do Código Civil, ou seja, os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluídos eventuais benefícios de ordem previstos no art.1024 do Código Civil no concernente à responsabilidade patrimonial.

No caso de a pessoa jurídica responsável pelo ato lesivo for irregular ou de fato, as sanções previstas deverão ser cominadas ao sócio naquilo que evidentemente cabível.

De sua vez, no que concerne às pessoas jurídicas estrangeiras, para que possam ser apenadas nos termos da legislação anticorrupção, deverão ter sede, filial ou representação no Brasil, incluindo-se aí, para além das sociedades empresariais, fundações privadas e associações internacionais como a FIFA, COI, Cruz Vermelha, Médicos sem Fronteiras, Anistia Internacional, entre outras.

Já no que se refere ao âmbito subjetivo passivo de incidência da nova ordem normativa, não há dúvidas de que se trata do Estado largamente considerado, ou seja, a administração pública direta e indireta, por meio de seus órgãos e entidades, nacionais ou estrangeiras. Há que se incluir aí também as organizações internacionais financiadas ou mantidas com recursos públicos, tais como como o Mercosul, a União Europeia, a ONU, o Banco Mundial e outras, já que tais organismos administram parcela do patrimônio público dos países que o compõem.[130]

Calha considerar, outrossim, que a própria coletividade, como sói acontecer na prática de atos de improbidade administrativa e crimes contra a administração pública em geral, será

---

[129] HEINEN, Juliano. Op. cit, p. 45/50.

[130] MARQUES, Silvio. **Harmonização entre a lei de improbidade administrativa e a lei anticorrupção empresarial**, in *Apontamentos à Lei Anticorrupção Empresarial*, Ministério Público do Estado de São Paulo, Centro de Apoio Operacional Cível e de Tutela Coletiva, Patrimônio Público, São Paulo: MP-SP, 2015, p.137/48.

indiretamente atingida pelos atos lesivos, o que denota também o seu assujeitamento passivo.[131]

Melhor esclarecendo, é a própria coletividade, nacional ou estrangeira, que indiretamente sofre as nefastas consequências dos atos lesivos levados a efeito por pessoas jurídicas que atentam contra o patrimônio público, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

3.3 Tipos e modalidades de incidência subjetiva

Como acima destacado, as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas objetivamente pelos atos lesivos praticados em detrimento da administração pública, enquanto as pessoas naturais somente subjetivamente e na medida de suas culpabilidades quando autoras, coautoras ou partícipes do ato ilícito.

Para fins de clareamento das formas de concurso entre pessoas jurídicas e naturais, cumpre tomar de empréstimo conceitos normativos delineados no Direito Penal, que densificam as hipóteses de coautoria e participação nos seus arts. 29 a 31.

Nesse contexto, como apregoa o art. 29 do Código Penal e o próprio art. 3º, §2º, da Lei Anticorrupção, em concorrendo para os atos lesivos perpetrados por pessoas jurídicas, as pessoas naturais incidirão nas penas cominadas na medida de suas responsabilidades. Possível, na mesma banda, dosar as sanções previstas para as pessoas naturais, para além das distinções ontológicas existentes, para aspectos concernentes ao grau de importância da participação.

No mais, ainda remanescerá a responsabilidade individual dos dirigentes e administradores na hipótese em que, mesmo não responsáveis diretos pelo ato lesivo, tenham levado a efeito indução, instigação ou auxílio, moral ou material, sendo necessário, no entanto, ao menos uma tentativa de concretização do ato, não bastando a mera cogitação.

3.3.1 Solidariedade e alterações da configuração jurídica da pessoa jurídica

A legislação dispõe que subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica ainda que haja alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, sendo certo que

[131] GUARAGNI, Fábio André. Op. cit. p.61.

nos casos de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano, até o limite do patrimônio transferido.

O *telos* da norma se dirige, evidentemente, a evitar que as pessoas jurídicas operem modificações societárias com vistas a se subtrair ao espectro de incidência das sanções cominadas pela prática de eventuais atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção.

As operações de reestruturação societária são previstas em diversos dispositivos da legislação brasileira, a exemplo da Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976) e o Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

O procedimento de alteração da estrutura fundamental das pessoas jurídicas demanda, no entanto, aprovação dos sócios e, por vezes, até mesmo de órgão público de defesa da ordem econômica. Deve-se, de outra banda, levar a efeito uma auditoria da documentação das sociedades com a comprovação contábil de seu patrimônio, direitos e obrigações, detalhando a sua real situação econômico-financeira e seu correspondente ativo e passivo. Mesmo porque, para além das medidas previstas na lei anticorrupção, o expediente de alteração estrutural das sociedades não pode ser oposto com o fito de evitar obrigações tributárias e trabalhistas (arts.10 e 448 da CLT e art.132 do CTN).[132]

A primeira alteração da configuração jurídica das pessoas jurídicas mencionadas na Lei nº 10.846/13 é a *transformação*, que pode ser sintetizada como a operação pela qual a sociedade muda sua espécie, sem que se opere sua dissolução ou liquidação. É dizer, há uma conversão do tipo de roupagem jurídica societária, tal como na hipótese em que uma sociedade limitada passa a se estruturar como sociedade anônima.

Para que se opere licitamente a transformação, é necessária previsão no ato constitutivo condicionando a aprovação à deliberação por maioria dos sócios ou, na omissão, se exige que os sócios a aprovem de forma unânime (art.1114 do CC). Além da deliberação dos sócios, também impostergável o registro e arquivamento no órgão competente da nova forma adotada, mencionando-se o tipo societário, declaração do objeto social, capital social, qualificação completa dos sócios, nome empresarial, sede e prazo de duração da sociedade.

Cumpre enfatizar, no entanto, que o próprio art. 1.115 do Código Civil prevê que a transformação não modificará nem prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores, isso sem embargo do disposto no art.4º da Lei nº 12.846/2013, que prevê a subsistência da responsabilidade da sociedade em caso de transformação.

---

[132] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 8: direito da empresa, 2ª ed. reformulada, São Paulo: Saraiva, 2009, p.552/553.

Em termos práticos, o dispositivo terá aplicabilidade acaso se trate de sociedade constituída sob um tipo societário que não preveja uma responsabilidade limitada, como exemplo, a sociedade em nome coletivo, a qual venha posteriormente a se transformar em uma sociedade limitada, com o específico propósito de preservar o patrimônio dos sócios. Em uma situação tal, portanto, a transformação não operará efeitos em desfavor do Poder Público lesado.[133]

Outro tipo de alteração da configuração da pessoa jurídica mencionada pela lei é a *incorporação,* que consiste na absorção de uma pessoa jurídica por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações. Se trata de uma forma de reorganização societária em que o patrimônio da sociedade incorporada, incluindo aí o seu passivo, passa a integrar o da incorporadora.

Evidentemente, a incorporação também exige a aprovação dos sócios em assembleia geral ou reunião, bem como a realização de uma perícia para a avaliação do patrimônio líquido da incorporada a ser acrescido ao patrimônio da incorporadora (art.1117, §2º do CC). A incorporadora, após a aprovação da operação, declarará a extinção da incorporada e providenciará sua averbação no registro próprio, assumindo a partir daí as obrigações e os direitos da incorporada, resguardando-se os direitos dos credores.[134]

De sua vez, a *fusão* de sociedades consiste na operação por intermédio da qual se cria uma nova sociedade por meio da união de duas sociedades que então se extinguem. Pela fusão, assim, há uma sucessão nos direitos e obrigações das sociedades fusionadas pela daí advinda.

Há, de igual modo, na fusão a necessidade de uma reunião ou assembleia dos sócios de cada uma das sociedades a fim de que seja deliberada a fusão e aprovado o projeto de ato constitutivo da nova sociedade com o correlato plano de distribuição do capital social. Na mesma esteira, também se faz necessária a avaliação pericial do patrimônio das sociedades fusionadas, sendo vedado aos sócios votação do laudo pericial de avaliação (art.1120, §§§1º a 3º, CC).

A cisão, de seu turno, consiste no processo societário pelo qual a sociedade transfere todo ou parcela de seu patrimônio para outras sociedades existentes ou constituídas especificamente para este fim, o que pode se dar de forma parcial ou total. A cisão poderá operar transferência do seu patrimônio para apenas uma ou várias outras sociedades

[133] PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. **Reorganizações societárias e os limites da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).** Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 197, p. 25-36, jul. 2017.
[134] DINIZ, Maria Helena, Op. cit.p.559.

existentes, sendo certo ainda que a sociedade ou sociedades beneficiadas respondem solidariamente pelas obrigações da sociedade cindida (art. 233 da Lei n.6.404/76).

Caso, no entanto, a fusão ou incorporação tenham sido levadas a efeito para a evitar as demais punições preconizadas na Lei Anticorrupção, ou seja, com simulação ou fraude, se faz possível a sua responsabilização integral para além do patrimônio transferido, desde que comprovada a manobra ilícita (art.4º, §1º, da Lei nº 12.846/2013). Na hipótese de simulação ou fraude, assim, além do pagamento da pena de multa e da reparação do dano, também se faz possível a aplicação das demais sanções, tal como a publicação extraordinária da decisão condenatória.[135]

Em tais casos, ainda que hajam opiniões em sentido contrário,[136] a possibilidade de responsabilização objetiva da pessoa jurídica ainda remanesce íntegra, havendo necessidade apenas de comprovação da manobra ilícita para a evasão da responsabilidade da pessoa jurídica por meio da utilização dos expedientes de alteração da configuração da pessoa jurídica acima mencionados e não a comprovação do elemento subjetivo concernente ao ato corruptivo em si.

Noutra senda, é possível ainda a responsabilização solidária de sociedades controladoras, controladas, coligadas e consorciadas, essas últimas, no âmbito do respectivo contrato, hipóteses que se restringirão ao pagamento da pena de multa e reparação integral do dano.

Curial observar que sociedades controladoras são aquelas que possuem a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade controlada (art. 1098, I, CC). Em tal hipótese, há uma articulação entre sociedades, sendo uma sócia da outra e detendo a maioria do capital social votante tem o poder de eleger a maior parte dos administradores.

Em razão de tal imbricação societária há uma solidariedade entre ambas as pessoas jurídicas, ou seja, a pessoa jurídica lesada tem a possibilidade de exigir da controladora, controlada, ou ambas, a totalidade da multa e reparação integral do dano resultante do ato que qualquer delas tenha praticado (art.275 CC).

Diz-se, de seu turno, coligada a sociedade de cujo capital outra sociedade participe com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem, no entanto, controlar as deliberações societárias (art.1099 CC). O conceito civilista pode ainda ser colmatado com o disposto na Lei nº 6.404/76 que dispõe serem coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha

[135] HEINEN, Juliano. Op. cit, p.103.
[136] BITTENCOURT, Sidney. Op.cit, p.37.

influência significativa na outra, o que se dá quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la, o que se presume acaso seja titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la (art.243 e parágrafos).

Nesses casos, a possibilidade de responsabilização está vinculada à necessidade de que a prática do ato tenha em mira o benefício direto ou indireto das sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, hipótese em que haverá solidariedade, não se cogitando da responsabilização em casos em que o ato foi praticado em benefício de uma única empresa componente da coligação ou consórcio, sem, no entanto, qualquer ligação do ato em si com essas formas de reunião empresarial.

De seu turno, o *consórcio* pressupõe um contrato entre pessoas jurídicas para a execução de determinado empreendimento, não se formando a partir daí uma nova pessoa jurídica. No entanto, quando da formação do consórcio, deve-se dispor acerca da designação, do empreendimento que constitua o objeto do consórcio, da duração, endereço e foro, da definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, das normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados, das normas sobre administração, contabilização e representação das sociedades consorciadas e acerca da forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado (arts.278 e 279 da Lei nº 6404/76).

Nos termos da Lei nº 12.846/2013, quando se está diante de um consórcio de empresas para fins licitatórios, a responsabilidade pelas sanções administrativas previstas na Lei nº 12.846/2013 será solidária, na esteira do art. 33, V, da Lei de Licitações, seja na fase de licitação, ou mesmo na execução do contrato administrativo.[137]

As consorciadas somente serão solidariamente responsáveis, no entanto, em relação aos atos lesivos derivados do contrato que firmaram, em especial no que toca ao pagamento da multa e reparação integral do dano causado (art. 4º da Lei nº 12.846/2013). Sem embargo, a consorciada que tenha sido prejudicada poderá exercer o direito de regresso, na forma do estatuído no art. 33, V, da Lei nº 8.666/93.

No caso de responsabilização de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), forma de consórcio com personalidade jurídica própria, não há de se cogitar de responsabilização dos seus entes instituidores, salvo na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica.

[137] PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Op.cit.

As hipóteses de extensão da responsabilidade previstas para as controladoras, controladas, coligadas e consorciadas decorrem, portanto do risco do negócio e da necessidade de *due diligence* quando das ditas modificações societárias, sendo de se ponderar que a legislação não exige o benefício da empresa punida como requisito necessário ao apenamento.[138]

3.3.2 Responsabilidade objetiva: requisitos e desdobramentos

Tema que, por certo, irá suscitar grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial será o da constitucionalidade da instituição de responsabilidade civil objetiva para sociedades empresárias, cujos representantes, dirigentes ou empregados tenham causado prejuízo para a Administração Pública em seu benefício ou interesse, exclusivo ou não.

Aponta-se que seria um imperativo das sociedades modernas a possibilidade de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, mormente porque a descentralização das grandes empresas e suas complexas estruturas financeiras e técnicas de contabilidade são comumente utilizadas para a prática da corrupção, o que traz como consectário notáveis dificuldades para a comprovação da ligação entre a conduta dos agentes especificamente responsáveis pelos ilícitos e a orientação administrativa da pessoa jurídica.

Em razão disso, na linha do disposto no art. 2º da novel legislação, será responsabilizada objetivamente, ou seja, independentemente da demonstração de culpa, a sociedade empresária que tenha sido beneficiada por ditos atos lesivos.

Extrai-se desse quadro os seguintes requisitos para a responsabilização objetiva da pessoa jurídica: i) prática de uma conduta comissiva e/ou omissiva subsumível à tipologia taxativa prevista no art.5º da lei; ii) identificação da pessoa natural responsável pelo ato lesivo e sua relação instrumental com a pessoa jurídica beneficiada; iii) dano material ou moral em desfavor da Administração Pública e respectivo nexo causal com a conduta lesiva praticada.

A legislação não exige a demonstração de um vínculo formal da pessoa natural com a pessoa jurídica e nem tampouco que essa tenha conhecimento ou tenha aprovado a conduta ilícita que tenha se operado em seu benefício. A imputação do ato praticado pela pessoa natural em favor da pessoa jurídica tem apenas os seguintes caracteres alternativos: i) objetivo funcional, ou seja, que a atuação ilícita da pessoa natural tenha atendido ao interesse da

[138] HEINEN, Juliano. Op. cit, p.111.

pessoa jurídica; ou ii) objetivo material, qual seja, que a pessoa jurídica tenha tido um benefício decorrente da atuação ilícita da pessoa natural.[139]

A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, portanto, dispensa a necessidade de eventual comprovação de uma atuação dolosa ou deliberada dos administradores ou controladores da pessoa jurídica em relação aos atos lesivos e até mesmo de eventual *culpa in eligiendo* no que toca aos agentes diretamente responsáveis. Contenta-se, assim, apenas com uma relação instrumental entre o agente responsável pelo ato lesivo e a pessoa jurídica, exigindo que o referido ato tenha resultado em seu interesse ou benefício.

Resulta daí que a legislação não contempla como fundamento para a responsabilidade da pessoa jurídica eventual defeito organizativo, consagrando, ao revés, a teoria da *vicarious liability*, de modo que, em havendo um ilícito praticado por presentante ou representante da pessoa jurídica em seu interesse ou benefício, opera-se um juízo de imputação automática.[140]

Há que se considerar, no entanto, que para a viabilidade da responsabilização objetiva da pessoa jurídica antes se faz imperativa a comprovação da conduta lesiva dolosa ou culposa de seus agentes. Segue-se daí que há uma etapa necessária a ser transposta antes da responsabilização objetiva, qual seja, o da identificação de uma conduta, subjetivamente orientada, por parte de qualquer agente, no benefício ou no interesse da pessoa jurídica.[141]

É dizer, para efeito de condenação, invariavelmente irá se reclamar um juízo de censura acerca das condutas das pessoas naturais que praticaram atos lesivos no interesse ou benefício da pessoa jurídica[142], dispensando-se, apenas, a necessidade de comprovação do conhecimento ou determinação por parte da pessoa jurídica acerca dos referidos atos.

A responsabilidade objetiva prevista em lei opera efeitos no plano da responsabilização judicial e administrativa, tal qual ocorre no domínio ambiental e concorrencial, sendo, portanto, afinada com paradigmas constitucionais de responsabilização, como a legalidade e proporcionalidade, tendo ainda como pano de fundo a inegável relevância axiológica dos bens jurídicos que tutela.[143]

Despiciendo pontuar, nesse prisma, que a instituição de responsabilidade civil objetiva para sociedades empresárias não constitui tema inovador em nosso ordenamento jurídico.

---

[139] OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Comentários ao art.2º**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.23/46.

[140] FRAZÃO. Ana. **Responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação**. In FORTINI, Cristina (Coord.), *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.35/56.

[141] PESTANA, Marcio, **Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n.12846/2013**, Barueri, SP: Manole, 2016, p. 9/13.

[142] FRAZÃO. Ana, Op. cit.

[143] OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Comentários ao art.2º** (...), Op. cit, p.44.

A Magna Carta já de há muito alberga a responsabilidade objetiva civil do Poder Público por danos causados a terceiros em decorrência de suas atividades (art. 37, §6º da CF), bem como de pessoas físicas e jurídicas por danos causados ao meio ambiente, casos em que não se perquire acerca da culpa, mas apenas e tão somente da relação de causalidade entre o ato e resultado danoso (art. 225, §3º, da CF).[144]

O próprio Código Civil estabelece, de sua vez, no art.927, parágrafo único, que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, em riscos para os direitos de outrem.

De igual modo, o art.931 do Código Civil também preceitua que os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. Nesses casos, o ressarcimento do dano se desvincula da ideia de culpa, passando a se fundamentar na ideia de risco inerente à atividade.[145]

Noutra perspectiva, também são encontrados dispositivos relativos à responsabilidade civil objetiva do causador do dano em variados outros diplomas, como, por exemplo, os dispositivos atinentes às estradas de ferro (Dec. n.2684/12, regulado pelo Dec. n.51.813/63, alterado pelos Decs. n.59.809/66, 58.365/66 e 61.588/67, ora revogados pelo Decreto s/n de 18-2-1991); o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.7565/86; RT 520:140; RF 154:158); o Código de Mineração (Dec. Lei n º 277/67, com as modificações do Dec. Lei n.318/67 e da Lei n.9.314/96), a legislação relativa ao transporte marinho (Dec. Lei n.116/67); o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), além da legislação relativa a atividades nucleares (Lei n.6.453/97).[146]

Em razão disso, ainda que alhures se sustente a inconstitucionalidade da previsão da responsabilidade objetiva[147], há que se ponderar que a previsão não constitui propriamente uma inovação jurídica, havendo mesmo dispositivos constitucionais com igual teor, bastando para tanto que a pessoa jurídica tenha sido beneficiada por atos de corrupção praticados por seus agentes, representantes ou prepostos ou por quaisquer pessoas naturais.

Relevante observar, nesse passo, que houve tentativa de introdução de responsabilidade civil subjetiva para as pessoas jurídicas beneficiadas por atos de corrupção,

---

[144] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**, 5ª Edição, Editora Saraiva, p. 1576.
[145] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Volume 7, Responsabilidade Civil, 23ª edição, Editora Saraiva, p.37.
[146] DINIZ, Maria Helena, op. cit., p.53.
[147] OSÓRIO, Fábio Medina. **Lei Anticorrupção dá margem a conceitos perigosos**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorrupcao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador, acesso em 24/01/2014.

consoante a previsão originária do art. 19, §2º, da Lei nº 12.846/13. Aludido dispositivo, no entanto, foi vetado pela Presidência da República, que deixou assinalado que o mesmo contrariaria a lógica da novel legislação, assentada da responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas que cometam atos contra a administração pública, uma vez que não haveria que se falar na mensuração da culpabilidade de uma pessoa jurídica.[148]

A inovação legislativa representa, assim, um rompimento paradigmático que coloca a vítima, no caso a sociedade em geral, como centro das preocupações normativas, tudo evidentemente com vistas à restauração de equilíbrios sociais e econômicos rompidos.[149]

3.3.3 Desconsideração da personalidade jurídica

Como de trivial sabença, a personalidade jurídica consiste em um expediente utilizado pelo direito com vistas a possibilitar que agrupamentos de pessoas atuem na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que as compõem, contraindo, nessa esteira, direitos e obrigações autônomos em relação aos seus componentes. Para a sua regular constituição, são apontados três requisitos: i) organização de pessoas ou de bens; ii) que tenha propósitos lícitos; iii) que tenha capacidade jurídica reconhecida por norma jurídica.[150]

Estabelecida, pois, a autonomia da pessoa jurídica em relação aos membros que a compõem, seus componentes somente responderão por eventuais ilícitos ou débitos da pessoa jurídica nos limites do capital social, ressalvando-se, portanto, o patrimônio individual de cada qual, algo fundamental para um sistema de livre iniciativa baseado em uma economia de mercado.

Em regra, portanto, os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei (art.795 do CPC). Inúmeros diplomas normativos, no entanto, estabelecem hipóteses em que os patrimônios pessoais dos componentes das pessoas jurídicas podem responder patrimonialmente por dívidas, tais como o Código de Defesa do Consumidor (art.28), o Código Civil Brasileiro (art.50), bem como a Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre a prática de condutas lesivas ao meio ambiente (art.4º).

Tais dispositivos foram albergados em inúmeras legislações após o desenvolvimento doutrinário da teoria norte americana da *disregard of legal entity* a qual foi maturada com o

---

[148] Mensagem nº 314, de 01 de Agosto de 2013 da Presidência da República.
[149] NETTO, Felipe P. Braga, **Uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem Jurídica brasileira? O Estado como vítima de atos lesivos**, In *Lei Anticorrupção*, Orgs. SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Salvador, Editora JusPodivm: 2015, p.17/33.
[150] Cf. DINIZ, Maria Helena, Op. cit., p.241.

reconhecimento de que a experiência empírica demonstrava que, por vezes, os sócios se desviavam dos princípios e fins da inerentes à personalidade jurídica para a prática de fraudes, atingindo, assim, uma miríade de pessoas.

Em razão disso, o próprio Código Civil estabelece que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (art.50).

Acrescendo a esse quadro, a legislação anticorrupção dispôs que a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica, aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa (art.14).

A legislação anticorrupção, portanto, ainda que tenha se utilizado de outros termos, em nada inova na ordem jurídica nesse aspecto, haja vista que os mesmos requisitos já se encontravam previstos na legislação civilista para a desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam, abuso da personalidade jurídica para o encobrimento ou dissimulação dos ilícitos e em virtude de confusão patrimonial.

O mecanismo legal tem o propósito de evitar, assim, que a personalidade jurídica seja utilizada como escudo para blindar o patrimônio dos sócios e/ou responsáveis que estejam utilizando a estrutura da pessoa jurídica para a ocultação e dissimulação dos ilícitos. De outra banda, tem também o escopo de evitar a confusão patrimonial, hipótese que ocorre com a transferência dos bens sociais para o patrimônio particular dos sócios e ou responsáveis com o objetivo de evitar a responsabilização patrimonial.

Para além da possibilidade de desconsideração judicial da personalidade jurídica, também cabível que tal se opere no âmbito administrativo, como já tem sido levado a efeito no âmbito do TCU e CADE. No mais, tampouco há óbice que se alcance o patrimônio de "sócios ocultos" na hipótese em que se faça uso de "laranjas" para a composição da pessoa jurídica.[151]

Importante assinalar que o novo Código de Processo Civil estabelece ainda incidente para a desconsideração da personalidade jurídica, dispensando-o, no entanto, no caso de pleito pela desconsideração ter sido formulado na petição inicial. Consigna-se, ainda, que a

[151] HEINEN, Juliano. Op. cit, p.227/230.

desconsideração da personalidade jurídica é cabível em todas as fases do processo, quer de conhecimento, cumprimento de sentença ou na hipótese de execução fundada em título executivo extrajudicial. Em caso de acolhimento, gera a ineficácia de atos de alienação ou oneração de bens havidos em fraude à execução (arts.133 e seguintes do CPC).

4. TIPOLOGIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Na linha do disposto no art. 5º da Lei Anticorrupção, constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, todos aqueles praticados por sociedades empresárias, sociedades simples, personificadas ou não, fundações, associações e sociedades estrangeiras aqui atuantes, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Assim, em uma tríplice vertente, protege-se o patrimônio moral e material da administração pública, bem como a integridade compromissária do Brasil na ordem internacional.

Dada a identidade de objetividades jurídicas tuteladas, pode-se articular a conceituação de patrimônio público com aquela prevista na Lei de Ação Popular, identificando-o como o conjunto de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (art.1º, §1º, da Lei nº 4.717/65).

No concernente aos princípios da administração pública, para além daqueles expressamente previstos no art.37 da Constituição Federal, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, podem ser ainda invocados outros distribuídos em legislações esparsas, como, v.g., a Lei do Processo Administrativo Federal e Lei de Licitações e de Improbidade Administrativa.

Nesse prisma, temos como objeto de proteção legal um catálogo principiológico amplo e diversificado, incluindo aí princípios como da razoabilidade, motivação, finalidade, proporcionalidade, segurança jurídica, supremacia do interesse público e, bem assim, deveres de honestidade, imparcialidade, e lealdade às instituições.[152]

De sua vez, a integridade compromissária do Brasil na ordem internacional indica que hão de ser respeitados os variados instrumentos jurídicos que o País tenha tomado parte como signatário em organismos internacionais ou supranacionais, como protocolos, convenções e acordos, tudo de modo a evidenciar uma necessária lealdade multilateral nas relações estabelecidas pelo País no exterior.

Podemos indicar, assim, os seguintes objetivos sistêmicos inaugurados com a nova ordem tipológica: i) proteção do patrimônio público nacional e estrangeiro; ii) preservação da impessoalidade, moralidade e transparência nas avenças celebradas pelo Poder Público; iii) prevenção e repressão da corrupção por intermédio de seus órgãos de fiscalização e

[152] CARVALHOSA, Modesto. Op. cit. p.249/301.

persecução; iv) incentivo à adoção de mecanismos de *compliance* pelas pessoas jurídicas, alterando-se culturas empresariais e afinando-as com práticas corporativas de governança pautadas pela ética e responsabilidade social.[153]

Cabe, assim, alguma detença acerca de cada um dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção, que, diferentemente da Lei de Improbidade Administrativa, consagrou mecanismo de capitulação taxativa dos atos lesivos.

4.1 Atos lesivos gerais e relativos à obstrução de investigações e/ou fiscalizações

4.1.1 Corrupção ativa

O primeiro dos atos lesivos capitulados em lei consiste na forma mais comezinha de corrupção: a promessa, oferta ou doação, direta ou indireta, de vantagem indevida a agente público ou pessoa a ele relacionada.

A promessa consiste na assertiva de que se dará ou fará algo no futuro. Oferecer, lado outro, se relaciona a colocação à disposição, ao passo que dar se imbrica com efetiva entrega. Tais ações podem ser praticadas diretamente pelos agentes da pessoa jurídica ou por terceiros a ele relacionados.

A vantagem indevida prevista pelo dispositivo é toda aquela a que o funcionário não faz jus em razão do exercício regular da função pública, não precisando ser necessariamente de natureza pecuniária, embora tradicionalmente seja a hipótese tipo mais frequente, podendo consistir em benefícios indevidos de outra natureza, como a promessa de um emprego ao próprio agente ou a pessoa a ele relacionada ou até mesmo favores de ordem sexual ou moral.[154] É indispensável, no entanto, que a vantagem indevida seja certa e factível.

O aludido ato lesivo, por certo, traz como consectário, de forma implícita, que o agente público ou a pessoa a ele relacionada, tenha entre suas atribuições funcionais alguma que, de forma direta ou indireta, diga com os interesses da pessoa jurídica no trato com a Administração Pública.

Com efeito, a objetividade jurídica tutelada é não só a moralidade administrativa, que estaria por certo vulnerada na hipótese vertente, mas também e, principalmente, a

---

[153] MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. **Comentários ao art.5º.** In; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.94.

[154] PESTANA, Marcio, Op.cit, p. 45; CAMBI, Eduardo. Dos Atos Lesivos à Administração Pública Nacional ou Estrangeira, **Comentários ao art.5º**, In *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*, Coords. Eduardo Cambi, Fábio André Guaragni, 1ªed. – São Paulo: Almedina, 2014, p.112.

impessoalidade na condução da coisa pública, impessoalidade essa que se veria erodida pelo poder corruptor de alguma vantagem concedida ao servidor encarregado de zelar pelos interesses do Poder Público.

Bem se vê que basta a mera promessa ou oferecimento de vantagem para a caracterização do ilícito por parte da pessoa jurídica ou seus representantes, sendo desnecessária a aceitação por parte do agente público ou que ele pratique, retarde ou omita ato de ofício no interesse do agente corruptor.

Importa frisar, outrossim, que o ato ilícito em tela pode simultaneamente configurar a prática do delito capitulado no art.333 do Código Penal, caso o agente corruptor tenha em mira, como no mais das vezes o terá, algum ato de ofício de atribuição do agente público que ele queira ver praticado, retardado ou omitido.

No entanto, como dito, a legislação anticorrupção não exige que a vantagem seja relacionada a prática, omissão ou retardamento do ato de ofício, bastando o oferecimento, doação ou promessa de uma vantagem em detrimento da base axiológica consagrada no caput do dispositivo.

Desponta da configuração típica ainda o seu caráter nitidamente formal, já que se dispensa o efetivo resultado naturalístico consistente na aceitação ou recebimento da oferta ilícita, salvo no que toca à ação nuclear referente à doação, que pressupõe o recebimento.

Questão relevante diz com a indevida vantagem dada ou prometida a candidato a cargo eletivo, acaso vencidas as eleições, situação não contemplada expressamente pelo diploma normativo.

É certo, nesse contexto, que nos parece intuitivo que a vantagem dada ou prometida terá por objetivo determinada posição privilegiada a ser alcançada pela pessoa jurídica quando do exercício do cargo pelo agente corrupto, o que atrairá a incidência postergada de outros dispositivos da legislação em comento, como, por exemplo, quando da prática do ato em contrariedade à lei em questões vinculadas à licitações e contratos administrativos ou fiscalizações por parte do Poder Público.

4.1.2 Financiamento ou custeio de práticas ilícitas

O ato lesivo em mira descreve a conduta como a de financiamento, custeio, subvencionamento ou patrocínio dos atos ilícitos previstos na lei em prejuízo da administração pública.

Novamente a legislação não traz a exigência de um especial fim de agir do agente corruptor, contentando-se com a mera conduta destinada a corromper, por intermédio do financiamento, representantes da Administração Pública. Não há dúvidas, nada obstante, de que, certamente, o financiador da corrupção pretenderá algum benefício, direto ou indireto, decorrente do financiamento ou custeio de atos de corrupção em detrimento da administração.

A hipótese se configura com a perpetração de uma espécie de suborno difuso que a pessoa jurídica pratica tendo por escopo influência indevida no âmbito de atribuições do agente público, instilando-o a agir em desconformidade com os regramentos normativos, seja de forma comissiva ou omissiva.[155]

Tal se daria, por exemplo, pelo empréstimo de bens, financiamento de viagens, financiamento de atividades particulares ou de congressos em hotéis de luxo, tendo-se em mira eventual vantagem indevida em atividades desempenhadas por agentes públicos, quer no presente ou futuro.

Pode-se traçar algum paralelo entre o aludido dispositivo e aquele previsto no art.2º da Lei nº 12.850/2013, que trata do financiamento de organizações criminosas[156]. É dizer, financiando uma pessoa jurídica uma multiplicidade de agentes públicos unidos no propósito de lesar a Administração Pública, tem-se a prática do ato lesivo em comento, sem prejuízo de suas eventuais implicações de natureza jurídico-penal.

O dispositivo tem assim por desiderato prevenir o patrocínio indevido de interesses privados no âmbito da Administração Pública, garantindo que as relações público/privadas se estabeleçam de forma impessoal em um ambiente caracterizado pela dimensão republicana.[157]

No que toca ao uso da expressão "comprovadamente" no dispositivo em epígrafe, há que se ponderar que isso não se confunde com a impossibilidade de reconhecimento da responsabilidade objetiva para eventual condenação da pessoa jurídica, tal como alhures sustentado. [158]A comprovação a que se refere o dispositivo é única e exclusivamente a da prática do ato de financiamento, custeio ou patrocínio da prática do ilícito, por parte de funcionários ou prepostos da pessoa jurídica, a qual se beneficiou direta ou indiretamente do ato.

---

[155] CARVALHOSA, Modesto. Op.cit, p.209.

[156] Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

[157] MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis.Op. cit, p.99.

[158] PETRELLUZZI, Marco Vinícius, JUNIOR, Rubens Naman Rezek, Op. cit, p. 21; Cf. BITTENCOURT, Sidney, Op. cit, p.37.

Continua sendo, pois, desnecessária a comprovação de que a pessoa jurídica tenha concorrido para a ilegalidade, sendo, portanto, cabível a sua responsabilização objetiva, desde que comprovado que auferiu vantagem direta ou indireta por intermédio da atuação de seus agentes ou prepostos.

A utilização da expressão "comprovadamente" apresenta-se inócua, na medida em que em todos os demais incisos também se exige a comprovação de suas hipóteses-tipo, sendo desnecessário apenas a prova de que a pessoa jurídica tenha concorrido ou aquiescido com a prática.

4.1.3 Utilização de "laranjas" ou "testas de ferro" para a ocultação de propósitos ilícitos e/ou de beneficiários de esquemas ilícitos

O art.5º, III, da Lei Anticorrupção traz a hipótese de utilização de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Trata a presente hipótese de concurso necessário de agentes com vistas a ocultação da prática ilícita ou de seus beneficiários, concurso esse para o qual concorrem pessoas físicas ou jurídicas em parceria com a pessoa jurídica realmente beneficiada.

Usualmente, isso se dá pela utilização dos conhecidos "laranjas" que figuram formalmente como beneficiários de um negócio com o Poder Público firmado de forma ilegal tudo com vistas a dissimular o seu real beneficiário. Em tais casos, o art.19, §1º, inciso II, da Lei 12.846/2013, determina a dissolução compulsória da pessoa jurídica, o que poderá ser feito apenas pela via judicial.

Também na hipótese aqui em análise, a expressão "comprovadamente" envolve apenas a necessidade de produção de prova relacionada entre a atividade da pessoa jurídica e o resultado naturalístico, ou seja, a relação instrumental entre a pessoa jurídica beneficiada e a pessoa física ou jurídica interposta, dispensando-se comprovação de eventual elemento subjetivo envolvendo a pessoa jurídica enquanto centro de imputação de direitos e deveres.

4.1.4 Atos de obstrução, intervenção ou retardamento em atividades de investigação e/ou fiscalização

O referido dispositivo, capitulado no art.5º, V, descreve a conduta de quem dificulta atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Tem-se em mira atos ilícitos que prejudiquem a escorreita atividade investigatória ou fiscalizatória dos órgãos públicos de alguma maneira responsáveis, direta ou indiretamente, com a aplicação da novel legislação.

Nesse contexto, podem ser prejudicadas atividades investigatórias ou fiscalizatórias por atos comissivos ou omissivos perpetrados pelos agentes vinculados às pessoas jurídicas de direito privado.

O ato lesivo em comento tem paralelo no disposto no art.21 da Lei nº 10.850/2013[159], que trata das organizações criminosas, e art.10 da Lei nº 7.347/85[160], que trata da ação civil pública.

A objetividade jurídica protegida pelo dispositivo, portanto, é a eficiência da Administração Pública lato sensu considerada, especialmente em sua vertente investigativa e fiscalizadora.

Os atos comissivos ou omissivos em comento, que gerem prejuízos ou retardamento em investigações e fiscalizações, podem atingir atividades das próprias entidades federativas, como União, Estado e Município, bem como de seus órgãos ou pessoas jurídicas a eles atreladas, como as respectivas Controladorias, Receitas, Procuradorias, Tribunais de Contas, Comissão de Valores Mobiliários, Agências Reguladoras, Ministérios Públicos e as respectivas polícias.

Há que se distinguir, a propósito, o direito subjetivo fundamental de não produzir provas contra os próprios interesses de atos ilícitos de obstrução de investigações ou destruição de elementos probatórios. Assim, a caracterização do tipo em análise se materializa com condutas como a de destruição de provas materiais ou documentais, ameaça ou suborno a testemunhas, ocultação de livros contábeis obrigatórios, etc, e não meramente com a omissão para com atividades investigativas.[161]

4.2 Atos lesivos relativos a licitações e contratos administrativos

Com vistas a preservar a isonomia e impessoalidade nos negócios travados com o Poder Público a legislação trouxe novas hipóteses de ilícitos relacionados a licitações e contratos administrativos.

---

[159] Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo:
Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

[160] Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

[161] CARVALHOSA, Modesto, Op cit. p.245.

O art. 37, XXI, da Constituição Federal e o art. 2º. da Lei nº 8.666/93 preceituam, a propósito do tema, que as obras, serviços, compras e alienações deverão ser precedidos de licitação pública.

É cediço que a obrigatoriedade da licitação pública deriva dos princípios da indisponibilidade do interesse público, moralidade, legalidade e impessoalidade, os quais se traduzem em verdadeiras condicionantes à liberdade do administrador público na escolha do contratante, uma vez que está obrigado a contratar com aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.

Disso deriva que a licitação é um processo administrativo, isonômico, em decorrência do qual a Administração Pública seleciona, ou deveria selecionar, a proposta mais vantajosa (custo e eficiência) para a contratação de uma obra, serviço, compra, alienação ou locação.

De sabença trivial, sem embargo, que no Brasil os procedimentos licitatórios e contratos correlatos constituem uma das maiores fontes de ilicitudes perpetradas em desfavor do Poder Público, mote esse que deu origem a novas disposições legais tendentes a atenuar essas práticas com a punição de seus responsáveis.

4.2.1 Frustração da competividade da licitação mediante cartel ou outras práticas anticompetitivas

O primeiro dos dispositivos orientados a reprimir práticas ilícitas em detrimento das licitações públicas se refere à conduta lesiva daquele que frustra ou frauda, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório.

Aludido dispositivo tem por escopo preservar a teleologia última dos processos licitatórios, qual seja, a competividade dos processos de seleção com vistas a obtenção das melhores propostas.

Frustrar, nessa linha, consiste em uma conduta que implica em impedimento a uma real competitividade no procedimento licitatório. Já na fraude, que pode envolver um ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, há um preordenado ardil orientado a simular uma competição a bem da verdade inexistente.[162]

O tipo lesivo pode se perfazer por uma variedade de ajustes estratégicos entre os licitantes feitos com vistas à divisão de mercado e aumento arbitrário dos lucros. Para viabilizar as contratações em tais condições ilícitas, as pessoas jurídicas normalmente fazem

[162] JUSTEN FILHO, Marçal, **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, 12.ed, São Paulo: Dialética, 2008, p.833.

uso de variados mecanismos, tais como: i) *propostas fictícias ou de cobertura,* por meio das quais um dos concorrentes apresenta proposta insubsistente ou em valor combinado para propiciar a vitória do concorrente; ii) *supressão de propostas*, por meio do qual uma delas retira proposta apresentada ou se abstém de concorrer e; iii) *propostas rotativas ou de rodízio*, por meio das quais as empresas se alternam no oferecimento de propostas vencedoras e vencidas em razão do ajuste prévio [163]; iv) *mergulho* que ocorre, normalmente, em pregões eletrônicos em que as pessoas jurídicas apresentam propostas substancialmente altas ou baixas, mancomunadas entre si, para a alteração da média dos preços.[164]

Tudo se resume, portanto, com à formação de cartéis, que consistem em um ajuste de empresas e práticas simuladas de competição que acabam por inviabilizar a possibilidade de negócios vantajosos ao Poder Público, já que previamente concertados preços a serem ofertados, normalmente superfaturados, bem como as empresas que irão se sagrar vencedoras, que, loteiam entre si contratos e licitações, alternando-se como vencedoras e vencidas, junto ao mesmo ou distintos entes federativos.

Nesse particular, os cartéis consubstanciam comunhão delituosa de interesses entre pessoas jurídicas, consorciadas informalmente, com vistas a ilicitamente aumentar os seus lucros em contratos celebrados fraudulentamente com o Poder Público, já que inexistente disputa em virtude da prévia divisão de mercado.[165] Com o uso de tais expedientes mitiga-se artificialmente as condições concorrenciais e gera-se prejuízo patrimonial e moral ao Poder Público pelo pagamento de preços mais elevados e pela restritividade de mercado.[166]

Os objetivos dos cartéis se relacionam, portanto, com a fixação arbitrária de preços, extrapolando o lucro que normalmente seria obtido com uma licitação regular, com o direcionamento da licitação, determinando-se previamente o vencedor do certame e as condições da adjudicação do objeto, tudo com vistas à prevalência do interesse privado do conglomerado em detrimento do interesse público.

A hipótese-tipo em epígrafe reproduz tipo penal previsto no art.90 da Lei nº 8.666/93, bem como de ato de improbidade capitulado no art.10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, esse último com a diferença de que se dispensa a prova do elemento subjetivo atinente à conduta da pessoa jurídica, objetivamente responsável, bem como prova de que houve concurso de agente público para a fraude.

---

[163] MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis.Op. cit, p.102/103.
[164] HEINEN, Juliano. Op. cit, p.137.
[165] CARVALHOSA, Modesto, Op.cit. p. 214/215.
[166] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em contratações públicas: fundamentos, atuação e sancionamento administrativo.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018, p.261.

4.2.2 Impedimento, perturbação ou fraude em qualquer ato do procedimento licitatório

O art.5º, IV, b, da Lei Anticorrupção prevê a conduta daquele que tem por escopo impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público. O tipo em análise procura preservar o transcorrer regular do processo licitatório, evitando manobras fraudulentas, impeditivas ou perturbatórias que comprometam sua licitude e normalidade. A hipótese demanda agir comissivo na medida em que os verbos nucleares explicitam a necessidade de algum tipo de fazer obstrutivo por parte do agente responsável.

Impedir, nesse diapasão, consiste em obstar o procedimento licitatório de tomar lugar, o que há de ser feito, obviamente, por meio de artifícios ilegais. Perturbar, de sua vez, implica na oposição de dificuldades ao regular trâmite. Fraudar, por seu turno, indica a prática de artifício orientado a evitar o cumprimento de requisito legal ou ocultar o descumprimento de exigências legais.[167]

No mais, o recorte temporal que torna possível a prática do ilícito tem seu termo inicial com a deflagração do processo licitatório, ao passo que seu termo final se dá com a homologação do certame e celebração do contrato.[168] O sujeito ativo não há de ser necessariamente um licitante, podendo a hipótese-tipo ser praticada por qualquer pessoa.[169]

Cumpre destacar, não obstante, que a utilização de mecanismos legítimos e legais orientados a questionar a juridicidade do certame, evidentemente, não podem ser enquadrados na hipótese em epígrafe.

4.2.3 Afastamento ou tentativa de afastamento de licitante por meio de fraude ou pagamento de vantagem indevida

O art.5º, inciso IV, alínea "c", da Lei Anticorrupção, por seu turno, traz a conduta daquele que procura afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.

A fraude prevista no tipo em epígrafe tendente a afastar outros licitantes pode ocorrer na elaboração de editais já previamente eivados de especificidades orientadas a restringir a

---

[167] JUSTEN FILHO, Marçal, **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos** *(...)*, Op. cit, p.837.
[168] Em sentido diverso é a posição de CARVALHOSA, Modesto. Op. Cit. p. 222. Para o referido autor o ilícito apenas se faz possível após a fase da licitação de abertura de envelopes contendo as propostas e documentos de habilitação.
[169] BITTENCOURT, Sidney, Op. cit, p.54.

competitividade e direcionar a licitação. Hipótese, portanto, que reclama concurso necessário entre agentes públicos e privados.

Possível, outrossim, após prévio acordo com a comissão de licitação, que se aja em desconformidade com o caráter objetivo que deve orientar a competividade do certame, o que pode ocorrer, por exemplo, com a exigência de providências burocráticas descabidas e ilegais de forma a afastar potenciais licitantes não engajados em eventual esquema ilícito.

Vale frisar, nesse particular, que a tipologia em análise consagra ilícito de natureza formal, ou seja, se dispensa o resultado naturalístico de efetivo afastamento do licitante do processo licitatório, bastando, portanto, mera conduta tendente a esse afastamento.

De outra senda, hipótese também relativamente comum nos meandros e submundo de fraudes envolvendo processos licitatórios ocorre quando um dos licitantes procura afastar outro ou outros com o oferecimento de alguma vantagem indevida, que no mais das vezes é o pagamento de quantia em dinheiro, ou seja, pagamento de suborno com vistas a que terceiros ou não participem do processo de competição, ou participem de forma simulada, oferecendo propostas de cobertura.

Calha notar, no entanto, que acaso o terceiro aceite o pagamento de vantagem indevida para simular sua participação no processo licitatório, a ilicitude irá se enquadrar na alínea "a", a qual trata da frustração da competitividade do certame mediante ajuste.

4.2.4 Fraude à licitação ou contrato administrativo

O art. 5º, inciso IV, alínea "d", da legislação consagra a hipótese de ato lesivo consistente em fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente. Trata o presente dispositivo de hipótese extremamente genérica e que, de uma maneira ou de outra abarca as hipóteses precedentes, tornando a tessitura legislativa aberta e apta a abarcar um sem número de condutas ilícitas.

Nesse particular, com o fito de dar algum grau casuístico ao aludido preceito, sem prejuízo de sua abertura normativa, nos parece hermeneuticamente acertada a adoção do rol exemplificativo previsto no crime capitulado no art.96 da Lei nº 8.666/93, tal como sugere Dias.[170]Assim, o rol exemplificativo comportaria hipóteses de elevação arbitrária de preços,

[170] DIAS, Jefferson Aparecido. **Atos de Corrupção relacionados com Licitações e Contratos**, in *Lei Anticorrupção*, Orgs. SOUZA, Jorge Munhos Souza e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, p.104. No mesmo sentido é a posição de Fabrício Motta e Spiridon Nicofotis Anyfantis, Op. cit, p.104.

venda de mercadorias distintas da contratada, avariadas, inadequadas ou adulteradas em sua qualidade ou quantidade.

4.2.5 Criação artificial de pessoa jurídica para a participação simulada em processo licitatório ou formalização de contrato administrativo

O art.5º, inciso IV, alínea "e", da legislação em comento, por sua vez, traz a conduta daquele que cria, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo.

O tipo em epígrafe também traz hipótese relativamente comum, qual seja a de criação de empresas de fachada tendentes a facilitar a consecução de ilícitos em detrimento do erário por intermédio de fraudes em licitações ou contratos administrativos.

A fraude pode se dar, portanto, tanto com a criação de uma dada pessoa jurídica sem existência real para a simulação de competividade no certame licitatório, legitimando formalmente a contratação de uma dada pessoa jurídica já previamente acertada com o Poder Público, quanto com a contratação de uma empresa de fachada que atue de maneira interposta com vistas a se contornar eventual proibição de contratação com o Poder Público.[171]

De outra senda, a criação de empresas de fachada pode ocorrer, outrossim, para se possibilitar a contratação de empresas vinculadas a agentes públicos, por meio das quais se faça uso de terceiros, conhecidos no jargão popular como "laranjas", que figuram como proprietários formais da sociedade empresária, mas que a bem da verdade são de propriedade dos próprios agentes públicos responsáveis pela contratação.

O ato lesivo em comento, forçoso reconhecer, guarda alguma semelhança com aquele previsto no art.5º, III, da mesma Lei nº 12.846/13, consistente na utilização de interposta pessoa para a dissimulação de interesses ou beneficiários dos atos praticados. Sem embargo, o ato lesivo aqui em comento tem específica aplicação para os casos de licitações e contratos administrativos que obviamente albergarão a maior parte dos casos.

De qualquer modo, temos que também é plenamente aplicável à hipótese vertente a possibilidade de dissolução compulsória da pessoa jurídica, a teor do disposto no art.19, §1º, incisos I e II da Lei Anticorrupção.

[171] BITTENCOURT, Sidney, Op. cit, p.55/56.

Calha, notar, outrossim, que a legislação em comento não pressupõe a prática de fraude pela pessoa jurídica criada, bastando que sua criação se dê de modo fraudulento, o que já é o bastante para a caracterização do ilícito.

4.2.6 Obtenção de vantagem indevida em modificações ou prorrogações contratuais ilegais

O art.5º, inciso IV, alínea "f", da Lei Anticorrupção consagra a conduta daquele que obtém vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, quando de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais.

A hipótese em comento traz em seu bojo recorte temporal bem definido na medida em que traduz a prática de atos ilícitos somente após a licitação e formalização do respectivo contrato, os quais até esse momento se pressupõem lícitos.

O tipo em questão, noutra perspectiva, tem seu fundamento de validade na disposição capitulada no art.37, inciso XXI, da CF, que determina que os contratos administrativos devem conter cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento em consonância com as condições efetivas da proposta.

A ilicitude tem seu marco inicial, portanto, quando da obtenção fraudulenta de modificações ou prorrogações contratuais em desacordo com a lei, instrumento convocatório do processo licitatório ou respectivos contratos, ou seja, quando do início ou no decorrer da execução dos contratos administrativos.

A *prorrogação*, nessa linha, concerne à ampliação dos prazos de vigência ou de execução do contrato. De sua vez, a *modificação* traduz-se em alterações de cláusulas contratuais em razão de consenso entre as partes ou ainda que unilateralmente pela Administração Pública nas hipóteses previstas em lei.

É fato que a hipótese em tela deriva, em muitas vezes, de ajustes prévios que possibilitam a própria fraude à licitação na medida em que os preços ofertados, quando do certame, são oferecidos com margem de lucro propositalmente inferior com vistas à obtenção da melhor proposta e consequente formalização do contrato.

Assim, após se sagrar vencedora do certame e com o concurso necessário de agentes públicos, se introduzem disposições contratuais modificativas que exacerbam os preços ou as condições temporais de execução em favor da pessoa jurídica contratada.

Noutra senda, despicienda a demonstração de que a alteração contratual tenha resultado em benefício econômico-financeiro para a pessoa jurídica, bastando a demonstração

de que houve desconsideração das bases contratuais para o benefício desta, tratando-se, portanto, de ato ilícito de mera conduta, no qual não se exige a causação de resultado naturalístico.[172]

4.2.7 Manipulação ou fraude no equilibro econômico-financeiro dos contratos administrativos

O tipo lesivo capitulado no art.5º, inciso IV, alínea "g", da legislação em mira se refere à conduta de manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública**.**

De início, há de se destacar que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é o mote que culmina na autorização de variações de preços durante a sua execução com o escopo de se manter a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento de bens.

Nesse contexto, a equação econômico-financeira é a relação de equilíbrio entre encargos e vantagens existentes entre o Poder Público e o contratado, a qual fora estabelecida quando da formalização do contrato e que deverá ser mantida ao longo de sua execução. A manutenção desse equilíbrio tem sede constitucional específica no art. 37, XXI, da CF, que estabelece que as condições efetivas da proposta devem ser mantidas enquanto perdurar o ajuste contratual.[173]

A manutenção desse equilíbrio deriva, outrossim, da própria principiologia constitucional, em especial do princípio da isonomia, uma vez que acaso eventos extraordinários que produzissem benefícios ou prejuízos à Administração não fossem objetos de repactuação, o particular teria posição favorável ou desfavorável em detrimento ou benefício da coletividade.[174]

A repactuação original dos termos do avençado poderá se dar, pois, por uma série de fatores, quer por iniciativa unilateral da Administração, quer por acordo entre as partes, tudo consoante o regramento estabelecido na Lei nº 8.666/93.

---

[172] CARVALHOSA, Modesto, Op.cit.233/234.

[173] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

[174] FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**, 9ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.549.

A primeira forma de alteração do originalmente contratado pode decorrer de reajuste, mecanismo necessário para a preservação da equitatividade do quanto contratado em relação aos efeitos corrosivos da inflação ou deflação. Essa fórmula preventiva de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro deve estar prevista entre cláusulas necessárias do contrato administrativo, de modo que, na sua omissão, deve-se ter o preço ajustado como fixo e irreajustável.[175]

Diversa, no entanto, é a situação em que se faz necessária a recomposição de preços, a qual deriva da necessidade de revisão do contrato para o seu reequilíbrio econômico, que se vê deteriorado por eventos supervenientes e extraordinários não previstos e imprevisíveis pelos contratantes, que acarretem modificações anormais do substrato fático existente quando da celebração da avença.

Nessas situações, que podem decorrer da alteração unilateral do contrato imposta pelo Poder Público ou por ajuste entre o Poder Público e o contratado, demanda-se a configuração das hipóteses legalmente previstas na Lei nº 8.666/93.[176] [177]

Assim, podem ocorrer hipóteses de alteração do inicialmente contratado e a correlata necessidade de readequação econômico-financeira acaso se verifique superveniência de fatos excepcionais ou imprevisíveis, estranhos à vontade das partes, como em casos de

---

[175] FILHO, José dos Santos Carvalho, ***Manual de Direito Administrativo***, 21ª edição, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009, p.192.

[176]Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:
(...)
§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:
I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;
II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;
III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;
IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;
V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;
VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

[177] art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:(...)
II - por acordo das partes: (...)
d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

impedimento da execução do contrato por ato ou fato de terceiro, em situações de força maior ou caso fortuito e, bem assim, caso configurado fato do príncipe, o qual traga álea econômica extraordinária e extracontratual.

É o caso, portanto, de incidência da teoria da imprevisão, hipótese que se verifica quando, no curso do contrato, sobrevêm eventos excepcionais e imprevisíveis que subvertem a equação econômico-financeira do ajustado.

Cabe, nesse particular, alguma análise das situações que admitem a alteração do pactuado para fins de preservação do equilíbrio econômico-financeiro.

A primeira das hipóteses decorre de fato ou ato de terceiro que gere impedimento da execução do contrato. Nesses casos, um terceiro, alheio às partes contratantes, interfere negativamente, de forma deliberada ou acidental, na execução do contrato, o que demanda repactuação de suas cláusulas originais para a sua readequação econômico-financeira.

É o caso, por exemplo, dos constantes ataques a ônibus de propriedade de empresas concessionárias de serviço público de transporte de passageiros por pessoas vinculadas ao crime organizado. Em tais situações, ante a excessiva onerosidade carreada ao contratado, se faz possível cogitar da readequação das cláusulas originais para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Podem ocorrer, ainda, situações de caso fortuito ou força maior que prejudiquem a execução do contrato na forma originalmente prevista, mas que ainda possibilitem o seu adimplemento, desde que repactuado o equilíbrio econômico-financeiro. Caso fortuito é aquele que decorre de evento da natureza, como catástrofes, ciclones, tempestades, que acabam por interferir negativamente no cumprimento da avença, ao passo que força maior decorre de fato originado de comportamento humano, como se dá, por exemplo, em casos de ocorrência de greve.

Também a hipótese de fato do príncipe poderá implicar em necessidade de readequação econômico-financeira. Aludida situação ocorre quando no curso da execução do contrato se interpõe medida proveniente do próprio Poder Público que resulta na oneração do pacto original, o que se dá no exercício de competência alheia ao aspecto contratual. É o caso, por exemplo, de elevação da carga tributária.

Em todas as situações acima previstas exige-se que o evento seja imprevisível e que traga como consequência a impossibilidade de prestação nos exatos termos inicialmente pactuados, sob pena de excessivo ônus de uma parte e consequente enriquecimento de outra.

Assim, ocorrerá o ato ilícito corruptivo em testilha acaso, no contexto acima narrado, as partes invoquem situação inexistente para a repactuação do equilíbrio-econômico-

financeiro com vistas a propiciar o enriquecimento ilícito do contratado. Poderá se dar, outrossim, acaso a repactuação ultrapasse os limites financeiros para a manutenção da comutatividade da avença ou das condições para o pagamento.

A prática fraudulenta em estudo exige concurso necessário do agente público encarregado da execução do contrato administrativo, o qual deverá ser de execução diferida, ou seja, contratos cuja execução perduram no tempo.

4.3 Identidade categorial entre tipos proibitivos e o microssistema de combate à corrupção

Como assinalado, a maior parte dos atos lesivos capitulados na nova Lei Anticorrupção replicam tipos proibitivos previstos em variados outros ramos do direito, dando ensejo à que se vislumbre a existência de um microssistema normativo de combate à corrupção.

Tal bloco normativo de defesa da moralidade articula, portanto, uma variedade de diplomas legais, preventivos e repressivos, voltados a garantir o ideário de uma boa gestão pública, isto é, que se paute pelos parâmetros da ética e que esteja imbuída do propósito de concretização de finalidades autenticamente públicas.

Dessume-se desse cenário legislativo variados diplomas legislativos que tangenciam a defesa da moralidade administrativa, nas searas cível, administrativa, política e criminal, tais como:

a) Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65) – que confere ao cidadão a possibilidade de impugnar judicialmente atos lesivos à Administração Pública, constituindo relevante instrumento da democracia participativa;

b) Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65) – que estabelece uma série de disposições voltadas a assegurar a lisura nos pleitos eleitorais e o exercício da democracia representativa;

c) Código Penal – em especial no que toca aos crimes contra a Administração Pública;

d) Lei nº 1079/50 - que trata dos crimes de responsabilidade do Presidente da República;

e) Decreto-Lei nº 201/67 - que trata dos crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores;

f) Lei das inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/90 alterada pela Lei Complementar nº 135/2010 conhecida como Lei da Ficha Limpa) - que trata das

inelegibilidades para condenados por crimes contra o patrimônio público, atos de improbidade administrativa, além de inúmeras outras hipóteses relacionadas à moralidade administrativa;

g) Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) – que trata dos atos de improbidade administrativa que causam enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da administração pública praticados por agentes públicos ou terceiros que concorram para tais atos;

h) Leis de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002 e 12.462/2011) - que trazem parâmetros normativos para contratações impessoais no seio da Administração Pública, cominando sanções administrativas e criminais para uma variada gama de condutas violadoras da moralidade administrativa;

i) Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) - que cria uma série de mecanismos para a investigação e punição pela prática de atos lesivos ao patrimônio público, sob o prisma material e moral, dotando instituições e entidades da sociedade civil de legitimidade para a persecução em Juízo;

j) Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11) - em especial no que diz com a infração contra a ordem econômica relacionada com acordo, combinação, manipulação ou ajuste com concorrente, sob qualquer forma, de preços, condições, vantagens ou abstenção em licitações públicas (art.36, §3º, inciso I, alínea "d);

k) Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11) - que regulamenta o direito constitucional à informação, concretizando a transparência governamental como importante vetor de prestação de contas.

O referido conjunto normativo, conjugado ainda com dispositivos previstos em legislações municipais e estaduais disseminadas na ordem federativa, sob a sobranceira chancela constitucional, compõem um bloco de legalidade/moralidade orientado em um microssistema distribuído em inúmeras matérias e sob a competência de variados órgãos.

Um mesmo ato lesivo, nesse prisma, pode disparar sanções jurídicas de diversas ordens, quais sejam, de natureza política, de natureza administrativa, de natureza cível no domínio da improbidade administrativa e de natureza penal.

O desafio que se põe, nessa linha, é o de harmonização sistêmica e o de articulação institucional, haja vista a necessidade de se garantir razoabilidade e proporcionalidade nas sanções aplicadas, bem como coerência e uma certa uniformidade na resposta estatal.

4.3.1. Identidade categorial entre atos lesivos e improbidade administrativa

A legislação que mais profundamente se imbrica com a Lei Anticorrupção é induvidosamente a Lei de Improbidade Administrativa. Poder-se-ia até mesmo dizer, nesse contexto, que as Leis de Improbidade e Anticorrupção constituem duas faces de uma mesma moeda, sendo a primeira voltada fundamentalmente à repressão de atos perpetrados por agentes públicos corruptos e a segunda orientada à repressão dos atos praticados por pessoas jurídicas e particulares em detrimento do patrimônio público, ainda que sem o concurso de agentes públicos.

Assim, enquanto na Lei Anticorrupção a pessoa jurídica figurará como sujeito ativo e, o agente público, eventualmente, como terceiro, na Lei de Improbidade Administrativa, o agente público será o sujeito ativo, enquanto a pessoa jurídica eventualmente poderá figurar como terceiro.[178]

De outra linha, enquanto os atos ilícitos capitulados na Lei de Improbidade Administrativa são enunciados em hipóteses exemplificativas abertas, na Lei Anticorrupção, os atos lesivos são configurados em um esquema tipológico fechado, não admitindo incidência para além das hipóteses expressamente previstas.

Importa notar, outrossim, que não existem condutas lesivas capituladas na Lei nº 12.846/13 que não impliquem em fato ilícito passível de responsabilização previsto na Lei nº 8.429/92, acaso obviamente se descortine a participação de agente público.[179] Assim é que, dado o caráter aberto das disposições da Lei nº 8.429/92, todos os atos lesivos da Lei nº 12.846/13 implicam em potencial enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou, no mínimo, prejuízo aos princípios reitores da Administração Pública, tais como disposto nos arts.9º, 10º e 11º da Lei nº 8.429/92.

Caso, pois, detectada a participação de um agente público e identificada a prática de um ato lesivo, *ipso facto* também estaremos diante de um ato de improbidade administrativa, motivo pelo qual uma mesma demanda poderá veicular cumulativamente um pleito pela aplicação simultânea das cominações legais cabíveis. Nesse caso, no entanto, há de observar o procedimento híbrido da lei de improbidade administrativa, que prevê a notificação e a defesa preliminar dos demandados antes do recebimento da petição inicial.[180]

---

[178] GARCIA, Emerson. **A Nova Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas: Convergências e Divergências com a Lei de Improbidade Administrativa**, Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 58, out./dez. 2015.

[179] OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Comentários ao art.3º**, In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: MARRARA, Thiago. Lei Anticorrupção comentada (...), p.50.

[180] MARQUES, Silvio. Op.cit.p. 45.

Existe, portanto, uma relação de complementariedade entre as Leis Anticorrupção e de Improbidade Administrativa, com identidades tipológicas específicas ou genéricas, tal como abaixo detalhado.

O primeiro dos atos lesivos da Lei Anticorrupção, já objeto de apontamento nos tópicos precedentes, é o previsto no art.5º, inciso I, que tipifica a conduta daquele que prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada.

O aludido dispositivo, fácil perceber, encontra paralelo geral no art.9º da Lei nº 8.429/92, acaso o agente público efetivamente receba a oferta de vantagem indevida, prevendo o *caput* a disposição genérica e os seus incisos as especificações concretas do enriquecimento ilícito e suas múltiplas possíveis configurações.

Depreende-se daí, portanto, que sempre que houver o pagamento e a respectiva aceitação de vantagem indevida ao agente público, incidirão simultaneamente as Leis de Improbidade Administrativa e Anticorrupção.

O art.5º, II, da Lei nº 12.846/13, de outro giro, trata da conduta daquele que financia, custeia ou patrocina ou de qualquer modo subvenciona a prática dos atos ilícitos delineados nas demais hipóteses.

O referido dispositivo, acaso se identifique eventual agente público que tenha obrado em concurso com o privado para os atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção, poderá incidir em qualquer dos dispositivos abertos da Lei nº 8.429/92, tudo a depender da situação concreta. É dizer, como o dispositivo reclama que se pratique algum outro ilícito, sendo a conduta capitulada a do financiador, o ato de improbidade dependerá desse outro ilícito financiado para se revelar.

O inciso III do art.5º da Lei 12.846/2013, dispõe sobre a utilização de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. Da mesma forma que no dispositivo precedente, reclama-se que a pessoa jurídica interposta se engaje em outros atos lesivos, estendendo o dispotivo a responsabilidade para a pessoa jurídica beneficiada. Nessa esteira, o ato lesivo a ser perpetrado pela pessoa jurídica "laranja" é que revelará a subsunção adequada na Lei de Improbidade Administrativa.

No tocante às licitações e contratos previstos na Lei Anticorrupção, também inexistem óbices para se detectar os paralelos atos de improbidade administrativa.

Com efeito, o ato lesivo consistente em frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório

público, previsto no art.5º, IV, alínea "a", da Lei nº 12.846/2013 encontra paralelo no art.10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, que dispõe ser ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário a conduta daquele que frustra a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou que os dispensa indevidamente. Vê-se que a hipótese de improbidade administrativa é mais ampla e alcança a frustração da licitude de processos seletivos para a celebração de parcerias e a dispensa indevida de licitação, hipóteses inexplicavelmente não previstas na Lei Anticorrupção acaso tenham sido induzidas pela pessoa jurídica.

O art.5º, IV, alínea "b" da Lei Anticorrupção, de sua vez, prevê o ato lesivo consistente em impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público. Embora o dispositivo não encontre um paralelo expresso na Lei de Improbidade Administrativa, a depender da situação concreta poderá implicar na subsunção em qualquer de seus dispositivos, acaso identificado o concurso com o agente público e que simultaneamente tenha gerado o enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação aos princípios da Administração Pública. De qualquer modo, temos que a hipótese em tela sempre irá se subsumir de forma residual na violação aos princípios da moralidade e legalidade, o que ensejará a aplicação do art.11 da Lei nº 8.429/92.

De seu turno, o art.5º, IV, alínea "c", da Lei Anticorrupção prevê o ato lesivo consistente em afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo. Na mesma ordem de ideias acima exposta, embora a conduta não espelhe outra de igual natureza na Lei de Improbidade Administrativa, mesmo porque essa diz com condutas de agentes públicos, passível o enquadramento do agente público que tenha obrado em concurso, acaso tenha tido conhecimento e se omitido na tomada de providências para manutenção da lisura da licitação. Assim, caso tenha recebido alguma vantagem para se manter silente incidirá no art.9º e, no mínimo, caso tenha pura e simplesmente se omitido, incidirá no art.11º, incisos I e II, da Lei nº 8.429/92.

O art.5º, IV, alínea "d" prevê o ato lesivo consistente em fraudar licitação pública ou o contrato dela decorrente, hipótese similar a da alínea "a", sendo o mesmo paralelo o da Lei de Improbidade Administrativa, qual seja, o art.10, VIII, reiterando-se as observações ali já consignadas.

A alínea "e" do art.5º da Lei Anticorrupção, por sua vez, prevê a conduta lesiva de se criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo, hipótese algo similar à prevista no inciso III, com a especificidade de que a pessoa jurídica é criada especificamente com vistas a um especial fim

de agir, qual seja, o de participar fraudulentamente de licitação ou de celebrar contrato administrativo. De igual maneira, haverá uma frustração da licitude do processo licitatório nessa hipótese, sendo subsumível a conduta àquela prevista no art.10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa.

Já a alínea "f" do art.5º, inciso IV, da Lei Anticorrupção prevê a conduta lesiva decorrente da obtenção de vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, no que concerne a modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais.

Embora a Lei de Improbidade Administrativa não disponha, de forma expressa, acerca da conduta em questão, imprescindível que o agente público tenha operado a modificação ou prorrogação contratual, o que dará ensejo à subsunção de sua conduta no art.10 da referida normatização, caso verificado o prejuízo ao erário. Quando muito, a modificação ou prorrogação indevida, ainda que não implique em prejuízo ao erário, certamente irá malferir princípios como o da impessoalidade e moralidade, o que dará ensejo à configuração de improbidade administrativa capitulada no art.11 da Lei nº 8.429/92.

A alínea "g" do art.5º, inciso IV, da Lei Anticorrupção, por sua vez, descreve o ato lesivo relativo à manipulação ou fraude do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública. Em tal hipótese, certamente se configurará prejuízo ao erário, nos termos do art.10 da Lei nº 8.429/92, sendo imprescindível que o agente público tenha concorrido para a manipulação ajustando fraudulentamente o quanto pago em favor da pessoa jurídica.

Por derradeiro, o inciso V, do art.5º da Lei Anticorrupção prevê a conduta de obstrução das investigações, descrevendo a hipótese-tipo de quem dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. Tal hipótese, acaso praticada em concurso com agentes públicos, poderá atrair a incidência de qualquer dos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa, a depender da situação concreta, sempre se fazendo possível a subsunção subsidiária e residual no disposto no art.11 da Lei nº 8.429/92, já que certamente uma investigação retardada ou finalísticamente orientada para a impunidade, vulnera os princípios reitores da atividade administrativa.

No tocante ao sancionamento, como já alinhavado, poderá a Administração Pública ou o Ministério Público requerer a aplicação concomitante das penalidades previstas na Lei Anticorrupção e Lei de Improbidade Administrativa, já que tanto o art.12 da Lei nº 8.429/92,

quanto o art.19, §3º da Lei 12.846/13 são expressos ao admitir a interação entre os diplomas, inclusive no referente às sanções.

Nessas hipóteses, ainda que algumas sanções sejam idênticas em ambos os diplomas, como a multa e a proibição de receber incentivos fiscais, algumas se complementam como a proibição de contratar com a Administração Pública, não prevista na Lei Anticorrupção e prevista na Lei de Improbidade Administrativa, e a a suspensão ou dissolução compulsória da pessoa jurídica, prevista na Lei Anticorrupção, embora não prevista na Lei de Improbidade Administrativa.

Ainda que alguns sustentem que os regimes jurídicos da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção sejam excludentes e que, portanto, a aplicação simultânea configuraria *bis in idem*[181], têm-se que a expressa previsão legal indica a complementariedade e interação normativa, havendo de se dosar, apenas e tão-somente, as sanções aplicáveis a fim de que não redundem em um resultado desproporcional.

As sanções judiciais, portanto, que podem ser aplicadas de forma cumulativa ou isolada, deverão ter como parâmetro a gravidade do fato, a vantagem do infrator, o grau de lesão, a existência de mecanismos internos de integridade, entre outros fatores, que irão determinar a extensão e a intensidade do apenamento, tema que resgataremos adiante.

Cumpre referir, por derradeiro, que a perda do bem acrescido e a reparação integral do prejuízo não constituem exatamente "sanções", mas cominações de caráter pecuniário obrigatórias, já que visam à manutenção da indenidade do erário vulnerado pelo ato ilícito.[182]

4.3.2 Identidade categorial entre atos lesivos e ilícitos contratuais e administrativos

A Lei nº 8.666/93, que disciplina as licitações e contratos administrativos, estabelece, em seus arts.86 e seguintes, hipóteses de ilícitos contratuais e administrativos que podem importar na aplicação das respectivas sanções administrativas ali cominadas.

Os dispositivos se referem, essencialmente, à inexecução parcial ou total do contrato administrativo celebrado com a Administração Pública, estabelecendo em seu art.87, as seguintes penalidades de: i) advertência; ii) multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; iii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto

[181] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Comentários ao art.30**. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago, *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte; Fórum, 2017, p.339/350.
[182] MARQUES, Silvio. Op.cit.p. 47.

perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Destaque-se que a inexecução parcial ou total do contrato administrativo, por si, não encerra hipótese de ato lesivo previsto na Lei Anticorrupção. Todavia, o art.88 e seus incisos da Lei nº 8666/93 estabelecem que as sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratação com a Administração, bem como de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar podem ser aplicadas às pessoas jurídicas que tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; que tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação e que demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Forçoso concluir, nessa linha, que o art.88, inciso II, da Lei n.8666/93 alberga dispositivo que encontra paralelo no disposto no art.5º, inciso IV, em todas as hipóteses ali consignadas, eis que o dispositivo, em geral, busca assegurar a lisura e licitude das licitações e contratos administrativos.

De outra senda, o art.88, inciso III, por encerrar hipótese de ilícito administrativo extremamente aberta, já que diz apenas com a demonstração da ausência de idoneidade do contratado para contratar com a Administração em virtude de ilícitos que não nomina, dá ensejo à configuração de sua hipótese-tipo em quaisquer dos casos em que perpetrados atos lesivos previstos no art.5º da Lei nº 12.846/2013 pela pessoa jurídica.

Nessas hipóteses, portanto, para além das punições administrativas de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória, por força dos arts.88, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93, poderá a Administração aplicar as penalidades de suspensão temporária de participação de licitação, impedimento de contratação e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Há que se ressaltar, outrossim, que a suspensão da participação na licitação e a inidoneidade para a contratação não se circunscrevem à entidade ou órgão que aplicou a punição, mas à toda Administração Pública, já que do contrário o dispositivo perderia sua eficácia e coerência normativa.[183]

---

[183] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Recurso Especial nº 174274. SP 1998/0034745-3, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 19/10/2004, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 22.11.2004 p. 294 RSTJ vol. 187, p. 205.

4.3.3 Identidade categorial entre atos lesivos e infrações concorrenciais

Também com o mesmo escopo de garantir a licitude das contratações públicas, a impessoalidade e correlata competitividade, tanto a Lei Anticorrupção, quanto a Lei de Defesa da Concorrência estabelecem parâmetros e dispositivos orientados a cercear práticas ilícitas.

A imbricação entre os diplomas, nessa linha, se refere substancialmente à singela constatação de que o Poder Público precisa travar relações com a iniciativa privada para a aquisição de bens ou serviços, ao passo que a iniciativa privada, em suas relações com o Poder Público, há de se orientar pelo primado da livre concorrência entre seus diversos agentes.

Corolário disso é que a melhor contratação de bens ou serviços pelo Poder Público somente se realiza em um mercado saudável e competitivo, de modo que em havendo restrições à tal competitividade, certamente não se logrará a atingir o melhor preço ou o melhor bem ou serviço em termos de qualidade.

A importância de se garantir a concorrência nas contratações públicas, portanto, se liga à necessidade de se obter menores preços derivados da disputa entre os licitantes, já que em havendo maior rivalidade no mercado, é provável que a Administração receba propostas mais vantajosas. De outra senda, a disputa entre os licitantes pode implicar no incremento da qualidade dos bens ou serviços, gerando-se, portanto, contratações qualitativamente melhores.

Importa notar, nesse diapasão, que as contratações públicas promovem um significativo impacto no mercado interno, competitividade entre as empresas e saúde da economia nacional, estimando a Organização das Nações Unidas que movimentem algo em torno de 25% a 30% do PIB de países em desenvolvimento.[184]

Fácil intuir, assim, que uma saudável interação entre o Poder Público e a iniciativa privada nessa seara, constitui um importante vetor para a manutenção de uma ordem econômica alinhada com seus paradigmas constitucionais, em especial com o princípio da livre concorrência, evitando-se, assim, que distorções orçamentárias alocativas propiciem favoritismos indevidos a conglomerados econômicos específicos e/ou alinhados aos governantes.

A garantia da integridade concorrencial no âmbito das contratações públicas, nesse contexto, se harmoniza simultaneamente com importantes vetores constitucionais de orientação administrativa e econômica, exprimindo deferência aos cânones da moralidade e impessoalidade administrativa, bem como ao da livre concorrência, além de sinalar repúdio ao abuso do poder econômico orientado à dominação dos mercados, eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (Arts.37, 170, IV e 173, §4º, da CF).

---

[184] ONU. **Competition policy and public procurement**. Note by the UNCTAD secretariat, disponível em: http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf. Acesso em: 10/04/18.

Cumpre notar que um dos principais mecanismos utilizados nesse campo e que induvidosamente fere de morte o postulado na livre concorrência consiste na cartelização entre empresas para a obtenção de contratos com o Poder Público.

Como alhures consignado, por meio de cartéis viabiliza-se um ajuste de várias empresas que adotam práticas simuladas de competição perante o Poder Público, o que implica, ou no aumento arbitrário dos lucros em razão do oferecimento de propostas superfaturadas concertadas, ou no direcionamento da licitação, com a determinação prévia do vencedor do certame e das condições da adjudicação do objeto, o que se faz em razão da respectiva divisão de mercado entre as empresas participantes, que passam a concentrar as contratações públicas de uma dada área geográfica ou de um determinado contratante.

Tais práticas cartelizadas, à toda evidência, geram expressivos prejuízos econômicos ao erário e aos demais atores econômicos que atuam no segmento de mercado afetado, apontando a *OCDE,* em média, sobre preço na ordem de 10% do valor envolvido e danos gerais no mercado que alcançam 20% do montante do comércio afetado.[185]

Nessa linha é que a Lei nº 12.846/2013, em seu art. 5º, IV, estabelece atos lesivos sancionáveis especificamente nessa seara, os quais se referem ao cerceamento competitivo do procedimento licitatório por meio de colusão entre os particulares (inciso "a"), ao oferecimento de benefícios a agentes públicos para impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público ou para fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente (incisos "b" e "d), abrangendo ainda a corrupção privada ao cominar penalidades para o oferecimento de vantagens de qualquer tipo por um potencial competidor a outro com o propósito de afastá-lo do certame (inciso "c").[186]

Há que se consignar, outrossim, que os consórcios em licitações e contratos administrativos, a despeito de orientados para a possibilidade de cumprimento de determinados contratos, podem resultar em efeitos anticompetitivos em razão do acerto das empresas consorciadas para a construção de uma obra que teriam condições de viabilizar sozinhas. Em tais hipóteses, para evitar prejuízos à competitividade derivados de tais ajustes, imprescindível uma boa delimitação editalícia com um adequado recorte acerca da admissibilidade do consórcio para casos específicos e pontuais, evitando-se efeitos potencialmente concentradores de mercado e consequentemente restritivos da concorrência.[187]

---

[185] OCDE. **Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes**. 2002, Disponível em: https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf. Acesso em 10/04/18, p. 77.
[186] CARVALHO, Victor Aguiar de. **Restrições à concorrência em contratações públicas: uma preocupação global,** R. bras. dir. Eleit. – RBDE | Belo Horizonte, ano 8, n. 14, jan./jun. 2016, p. 115-140.
[187] CARVALHO, Victor Aguiar de. Op. cit.

De sua vez e atenta aos mesmos escopos, a Lei de Defesa da Concorrência tipifica como infração contra a ordem econômica o acordo, combinação, manipulação ou ajuste com concorrente, sob qualquer forma, de preços, condições, vantagens ou abstenção em licitações públicas (art.36, §3º, inciso I, alínea "d" da Lei nº 12.529/11).

Cumpre referir, outrossim, que o art.29 da Lei Anticorrupção estabelece que os seus dispositivos não excluem as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica, o que equivale a dizer que o mesmo fato pode disparar sanções administrativas e judiciais com fundamento em ambos os diplomas.

Assim, por formalização de cartel em licitações públicas, também o CADE pode aplicar sanções administrativas que variam desde multas às pessoas jurídicas e físicas envolvidas, publicação da decisão condenatória, proibição de contratar com instituições financeiras oficiais, proibição de participar de licitações em órgãos da administração direta e indireta pelo prazo de até 5 anos, cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade, não concessão de parcelamento de tributos federais, ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos, além da proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 anos (arts.37 e 38 da Lei nº 12.529/11).

Na mesma esteira, a Lei de Defesa da Concorrência também estabelece ilícitos administrativos correlacionados com obstrução de investigações, em seus artigos 40, 41, 42 e 43 da Lei nº 12.529/11, estabelecendo para seus perpetradores pesadíssimas multas, infrações essas que encontram paralelo com o disposto no art.5º, V, da Lei nº 10.846/13.

De igual modo, o acordo de leniência é previsto em ambos os diplomas legislativos, com o diferencial que no âmbito da Lei de Defesa da Concorrência é extensível às pessoas naturais (art.86 da Lei nº 12.529/11), o que inexplicavelmente não ocorre no âmbito da Lei Anticorrupção.

4.3.4. Identidade categorial entre atos lesivos e tipos penais

Alguns autores, como Carvalhosa[188] e Nucci[189], têm apontado o caráter penal da Lei Anticorrupção, dada a gravidade das sanções que alberga, algo equiparável à Lei n º 9.605/98, que criminaliza as condutas agressivas ao meio ambiente praticadas por pessoas jurídicas.

[188] CARVALHOSA, Modesto, Op.cit.33.
[189] NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e Anticorrupção**, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.88/91.

Forçoso convir, sem embargo, que a opção legislativa[190] foi expressa ao atribuir caráter civil-administrativo às disposições ali consignadas, adstritas então ao primado do direito administrativo sancionador. Assim é que as disposições da Lei Anticorrupção se encontram no campo não penal do enfrentamento da corrupção, alocando-se, portanto, no domínio constitucional de tutela da probidade administrativa.[191]

De todo modo, vários dos atos lesivos capitulados na Lei Anticorrupção, como alhures mencionado, encontram equivalente ou paralelo na legislação penal, o que dá ensejo à responsabilização simultânea das pessoas naturais e jurídicas em torno da prática de um mesmo fato.

Importa sublinhar, nada obstante, que o regime jurídico atinente à responsabilização penal das pessoas naturais é de índole subjetiva, de modo que haverá de se comprovar o dolo orientado à prática do injusto penal. Já no que toca à responsabilidade da pessoa jurídica correlacionada à pessoa natural, bastará provar que o ato foi praticado em seu benefício ou interesse, sendo desnecessária a comprovação de que houve uma especial determinação de agir ao subalterno.

Cabe, assim, alguma detença na análise dos paralelos existentes entre os atos lesivos e os tipos penais que podem lhe corresponder.

Nessa linha, como já alhures consignado, o art.5º, I, da Lei Anticorrupção dispõe sobre o ato lesivo correspondente a prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada.

O paralelo penal, induvidosamente, é aquele consagrado no art.333 do Código Penal, que trata da corrupção ativa, que consiste na conduta criminosa de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Calha notar, assim, que enquanto o ato lesivo previsto na Lei Anticorrupção prescinde da prática ou a promessa de prática, omissão ou retardamento de qualquer ato de ofício, o tipo penal estabelece que a vantagem oferecida ou prometida ao funcionário público deverá estar correlacionada às suas atribuições funcionais.

De qualquer forma, em ambas as hipóteses de ilícitos, não se pressupõe que haja a aceitação ou recebimento da vantagem pelo servidor público, sendo de natureza formal o ilícito. Sem embargo, ambos são ilícitos que somente admitem a figura dolosa.

---

[190] Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

[191] OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Comentários ao art.2º**, In: DI PIETRO, Marya Sylvia Zanella: MARRARA, Thiago, *Lei Anticorrupção comentada* (...), Op.cit, p.38.

Nas hipóteses vertentes, portanto, o sujeito passivo imediato é o Estado largamente, considerado, sendo o sujeito passivo mediato a própria coletividade. De outro giro, a objetividade jurídica tutelada, no âmbito civil-administrativo e também no âmbito penal, é a incolumidade moral e patrimonial do Estado.

A seu passo, o art.5º, II, da Lei Anticorrupção, que corresponde à figura de financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos ali previstos, encontra paralelo no tipo penal no art.2º da Lei 12.850/13, que trata do financiamento de organização criminosa.

Acaso, no entanto, o ato lesivo não tenha sido praticado no contexto de uma organização criminosa, pode-se ainda cogitar da responsabilização criminal por força do disposto no art.29 do Código Penal, caso em que a configuração delitiva dependerá da efetiva prática do ato ilícito financiado e do mesmo configurar simultaneamente um tipo penal, que haverá então de se descortinar.

Imagina-se, assim, a hipótese de alguém que financia outro agente privado a corromper um funcionário público, dando-lhe certa quantia em dinheiro para que seja entregue ao funcionário público. Em tal caso, o agente financiador, por força do disposto no art.29 do Código Penal, estará sujeito às penas do art.333 do Código Penal, já que terá concorrido para a prática da corrupção ativa, ulteriormente levada a efeito.

De igual modo, somente se vislumbra a possibilidade dolosa da prática ilícita em testilha, sendo a objetividade jurídica tutelada também a incolumidade moral e patrimonial da Administração Pública.

O art.5º, III, da Lei Anticorrupção dispõe acerca do ato lesivo consistente em utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Na hipótese em análise, a figura delitiva, de igual modo, ficará na dependência dos atos ilícitos praticados pela interposta pessoa física ou jurídica, os quais, sendo tipificados como crimes, serão extensíveis aos beneficiários ocultos por força do que dispõe o art.29 do Código Penal, tratando-se de típico caso de autoria mediata.

Os atos lesivos previstos no art.5º, IV, da Lei Anticorrupção, de sua vez, encontram paralelo em vários tipos penais previstos na Lei nº 8.666/93. O primeiro deles, previsto na alínea "a", trata da hipótese de quem frustra ou frauda, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório. O ato lesivo em tela encontra correspondência no tipo penal albergado no art.90 da Lei nº 8.666/93, que dispõe acerca da prática criminosa de quem frustra ou frauda, mediante ajuste, combinação ou

qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Há que se assinalar, no entanto, que o ato lesivo, diversamente do que dispõe o tipo penal, não exige que a frustração da licitude da licitação esteja veiculada ao intuito de obtenção de vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Nessa esteira, a pessoa jurídica que participa de licitação fraudada e adjudicada em favor de outra pessoa jurídica, com ela conluiada, também incide nas disposições da Lei Anticorrupção.

De qualquer sorte, no âmbito penal, o representante da pessoa jurídica que participa de licitação vencida por outra, em disputa simulada, mesmo não tendo o intuito de adjudicar o objeto, também incidirá no tipo penal previsto no art.90 da Lei nº 8.666/93 por força do art.29 do Código Penal, na medida em que terá concorrido para a prática do delito daquele que adjudicou o objeto.

O ato lesivo previsto na alínea "b" do art.5º, IV, da Lei Anticorrupção, de seu turno, encontra idêntica correspondência no disposto no art.93 da Lei nº 8.666/93, correspondendo à hipótese de impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório.

No mesmo diapasão, temos que a hipótese vertente somente comporta a figura dolosa, tendo como objetividade jurídica a integridade moral e patrimonial da Administração Pública, em especial no que diz com o transcurso regular dos processos licitatórios.

O art.5º, IV, alínea "c" da Lei Anticorrupção prevê, de sua vez, o ato lesivo consistente em afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo, encontra paralelo no tipo penal albergado no art.95 da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre a conduta criminosa consistente em afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.

Como se vê, o tipo penal contempla a hipótese do uso de grave ameaça ou violência para o afastamento do licitante concorrente, ações nucleares não contempladas no ato lesivo da Lei Anticorrupção. Acaso, no entanto, haja o uso de violência ou grave ameaça, temos que a hipótese poderá se adequar ao disposto na alínea "b", já que haverá o impedimento ou perturbação de ato do procedimento licitatório.

De sua vez, a alínea "d" do art.5º, IV, dispõe sobre a hipótese também já alhures mencionada de obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, no tocante à modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem

autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais.

O ato lesivo em comento, a depender da sua específica configuração concreta poderá implicar na prática delitiva prevista no art.96 da Lei nº 8.666/93 que consiste em fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente, em especial em seus incisos I ou V, que tratam da elevação arbitrária dos preços ou da obtenção de vantagem injusta decorrente da maior onerosidade da proposta ou da execução do contrato.

Ambas as figuras ilícitas, tanto a cível quanto a criminal, pressupõem o elemento subjetivo doloso, restando prejudicada a Administração Pública, tanto sob o prisma material quanto moral.

O último dos atos lesivos concernentes à licitações e contratos administrativos é aquele previsto no inciso "g" do art.5º, IV, da Lei 12.846/13, que consiste em manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

Decerto que a referida hipótese tem como implícita que a fraude há de pender em favor do contratado, o qual logrará obter uma vantagem indevida em detrimento da Administração Pública com prejuízo para o equilibro econômico-financeiro do contrato. Na mesma esteira das considerações acima, temos que a aludida manipulação fraudulenta dos preços contratados tem correspondência penal no disposto no art.96, incisos I e IV, em razão de fraude no contrato com a elevação arbitrária dos preços ou da injusta maior onerosidade de sua execução.

Por derradeiro, temos o ato lesivo geral relacionado à obstrução de investigações, previsto no art.5º, V, da Lei nº 12.846/13, consistente em dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

O ato lesivo encontra certa correspondência ou paralelo com o disposto no art.2º, §1º, da Lei nº 12.850/13, que trata do impedimento ou qualquer forma de embaraço na investigação de infração penal que envolva organização criminosa. Acaso o ato lesivo não tenha sido praticado no contexto de uma organização criminosa, pode-se ainda encontrar um paralelo penal no disposto no art.10 da Lei nº 7.347/85, que trata da figura delitiva daquele que recusa, retarda ou a omite o envio dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público, com a diferença que aqui há uma severa

restrição em relação ao órgão destinatários das informações, circunscrevendo-se ao Ministério Público, enquanto a hipótese albergada na Lei Anticorrupção menciona quaisquer órgãos, entidades ou agentes públicos.

De outra linha, pode-se também cogitar de um paralelo com a prática delitiva capitulada no art.344 do Código Penal[192], que, no entanto, pressupõe o uso de violência ou grave ameaça para a imposição de prejuízos a investigações.

Há que se ponderar, que a despeito do art.30 da Lei nº 12.846/20013 não expressamente ressalvar a independência entre as sanções ali previstas e as sanções penais de fatos que encontrem correspondência na legislação penal, o fato é que tal independência se revela pela diversidade de regimes jurídicos e até mesmo pelo disposto no art.935 do Código Civil[193] e arts.66 e 67 do Código de Processo Penal.[194]

Embora sejam distintos os regimes jurídicos, poderá ocorrer de haver uma certa interação entre as instâncias, o que recomenda cautela a fim de que não haja decisões conflitantes no âmbito civil/administrativo e criminal.

Desse modo, acaso haja a cabal determinação de que o fato não ocorreu não esfera penal, por certo que tal haverá de influir na esfera cível e administrativa no sentido de isentar a pessoa jurídica e física eventualmente correlacionada de suas responsabilidades.

De outra senda a só negativa da autoria na esfera criminal não gera automaticamente o efeito de isentar a pessoa jurídica no âmbito da Lei Anticorrupção, haja vista que os pressupostos de sua responsabilização são diversos, de modo que ainda que alguma pessoa natural seja isentada de responsabilidade criminal por negativa de autoria, pode-se cogitar que a pessoa jurídica obteve benefício ou que o ato foi praticado em seu interesse por pessoa distinta daquela apontada como ré no feito penal, o que determinará a subsistência de sua responsabilidade nessa esfera cível-administrativa.

Na mesma esteira, mesmo reconhecendo a necessidade de cautelas para que não haja decisões conflitantes entre as esferas civil e administrativo, o feito administrativo ou civil não

---

[192] Art. 344 - Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

[193] Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

[194] Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.
Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:
I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;
II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;
III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

precisa ser necessariamente suspenso enquanto em andamento o processo criminal, mesmo porque o art.64 do Código de Processo Penal é claro ao estabelecer a facultatividade da suspensão[195], o que indica que cada caso concreto irá revelar a decisão mais acertada.[196]

[195] Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.
Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.
[196] Em sentido contrário é a posição de NUCCI, Guilherme. Op. cit, p.89/90.

5. PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

5.1 Processo Administrativo e os novos paradigmas do Direito Público

Ocupam lugar assente nas discussões preambulares acerca do processo, as distinções que se levam a cabo com vistas a apartá-lo do conceito de procedimento. Assim, enquanto o processo revela uma série concatenada de atos preordenados à uma decisão final, o procedimento indica a modalidade ritual a ser seguida.[197]

De todo modo, a noção de processo envolve a ideia de uma garantia ao cidadão quando da produção de normas jurídicas, as quais são veiculadas como resultado final de uma série itinerária de atos desenvolvidos no seio do Legislativo, Executivo ou Judiciário, itinerário esse pleno de limitações e conformações.

Assim é que, em uma perspectiva Kelseniana, na produção de cada um destes atos, encadeados hierarquicamente em pirâmide, o agente estatal deve se conformar ao conteúdo de uma norma superior, formal e materialmente, a fim de que seja o resultado daí advindo válido. Tal mecanismo traduz uma importante forma controle do exercício da autoridade, garantindo coerência interna e externa na produção das normas jurídicas gerais e individuais, tudo em consonância com padrões sucessiva e hierarquicamente estabelecidos.[198]

O processo surge, assim, como a materialização de tais mecanismos legitimantes da produção das normas jurídicas gerais ou individuais, quer se trate de normas legislativas, administrativas ou judiciais.

No atual estágio constitucional das coisas, portanto, não há mais espaço para improvisações e empirismos que dilatem a discricionariedade ínsita ao desvio de poder, motivo pelo qual as normas administrativas, veiculadas por meio decisões administrativas, devem ser precedidas de um procedimento formal que viabilize o planejamento, a previsibilidade, a racionalidade e o controle das ações estatais.[199]

Nessa ordem de ideias, ainda que o processo administrativo possa dar ensejo à uma multiplicidade de decisões administrativas, não necessariamente sancionatórias, o que mais aqui no interessa é aquele voltado à aplicação de sanções aos administrados, dizendo,

---

[197] MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 18 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p.452/454.

[198] KELSEN, Hans. **Teoria Geral do direito e do Estado**; tradução Luís Carlos Borges – 4.ed, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

[199] DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo** – Normas Gerais, in *Tratado de Direito Administrativo* 1, Coords: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva, São Paulo: Saraiva, 2013, p.518.

portanto, com um segmento próprio do direito punitivo estatal que se convencionou chamar de processo administrativo sancionador.

Cabe assim assinalar que o Direito Punitivo estatal, composto pelo Direito Penal e Administrativo, regulamenta a atividade sancionatória do Poder Público por intermédio de um conjunto de regras e princípios, voltados à garantia de direitos básicos dos cidadãos e administrados.

Desnecessário frisar, nesse diapasão, que um Estado de Direito se caracteriza pelo exercício do *ius puniendi* em consonância com balizas que lhe conferem legitimidade, as quais se consubstanciam nos direitos fundamentais dos indivíduos, que são pura e simplesmente mecanismos normativo-constitucionais de interdição ao arbítrio.

Nesse compasso, a Lei nº 12.846/13 inaugura novos paradigmas do direito administrativo sancionador no Brasil, estabelecendo procedimentos e graves sanções a serem aplicados pelas vias administrativas nas múltiplas esferas e instâncias governamentais, tais como Municípios, Estados e União e suas respectivas administrações indiretas e Fundacionais.

Ainda que imbuída de nobres propósitos, a nova legislação anticorrupção poderá sofrer dificuldades estruturais graves para sua escorreita aplicação administrativa em todos os âmbitos da Administração Pública, a qual, como cediço, sofre de mazelas brutais.

Com efeito, notório que estamos à milhas de distância da implementação de uma dicotomia básica que separe Governo e Administração, essa última que deveria ser ocupada por uma burocracia técnica apta a dar resposta a setores que demandam conhecimento especializado. A bem da verdade, nossa realidade demonstra que cargos de confiança em áreas extremamente sensíveis para a Administração Pública são tradicionalmente ocupados por atores políticos que não detêm o necessário conhecimento técnico, tudo em um contexto clientelístico de trocas de favores comuns em nossas práticas político-administrativas.

Nessa ambiência institucional, possível que processos administrativos sancionadores, já tradicionalmente permeados por baixos níveis de juridicidade, sofram com o agravamento de patologias que há muito já vem sendo apontadas pela doutrina especializada, tais como: i) impunidade decorrente de omissões deliberadas; ii) desvios de finalidade na persecução com vistas a perseguições ou favorecimentos indevidos; iii) inobservância de critérios técnicos dos mais comezinhos; iv) ausência de transparência e motivação nas decisões administrativas.[200]

[200] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**, 5. Ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.66.

Há que se ponderar que, ainda que diplomas outros viabilizassem a aplicação de sanções administrativas, a intensidade das sanções cominadas na Lei Anticorrupção e a disseminada distribuição de competências para a aplicá-las, certamente serão fatores que irão impor desafios aos operadores do direito, mormente em vista das elevadas carências institucionais existentes e da crônica crise de gestão pública que sempre caracterizou o Estado Brasileiro.

Feitas essas ressalvas, o fato é que a nova sistemática vem em alinho com diretrizes contemporâneas que ensaiam respostas para a crescente complexidade da vida em sociedade e do correspondente papel a ser assimilado pelo Estado nesse contexto, resultando daí um considerável avanço decorrente da mutação nas atividades públicas com uma consequente necessidade de aproximação do Direito Administrativo com o Direito Penal.

Bem por isso, e dado o contexto de direitos fundamentais potencialmente atingidos no âmbito de processos administrativos sancionadores, certos dogmas, antes adstritos ao Direito Penal, hão de ser transportados para o direito administrativo, obviamente após as conformações e adaptações necessárias para que cumpram adequadamente seu papel.

5.2 Base principiológica regente do processo administrativo e o fenômeno contemporâneo da constitucionalização do direito

Hodiernamente vetustas categorias jurídicas do direito administrativo vêm enfrentando recorrentes questionamentos acerca de sua eficácia e efetividade para o atendimento das cada vez mais variadas e complexas demandas sociais.

A globalização econômica e a profusão de informações em ritmo alucinante em virtude do advento de novas tecnologias têm esgarçado conceitos de cidadania e imposto uma recorrente crise de governabilidade estatal, reclamando-se, portanto, transformações que implementem transparência e ética na Administração Pública.

Nesse cenário, categorias como a de supremacia do interesse público sobre o privado, legalidade administrativa, insindicabilidade do mérito administrativo e unitária irradiação de Poder no seio da Administração, vêm sendo reformuladas em um processo de conformação constitucional contínuo.[201]

A ascensão da força normativa da Constituição com sua irradiação das regras e princípios fundamentais pela ordem jurídica se conecta, portanto, com essa desconstrução de

[201] BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no brasil: um inventário de avanços e retrocessos**. Revista Brasileira de Direito Público - *RBDP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, p. -, jul./set. 2006.

velhos paradigmas e respectiva proposição de modelos pós-modernos. Dá-se, assim, uma espécie de *constitucionalização-transformação*, com a impregnação constitucional dos diferentes ramos do direito e de instituições administrativas e jurisdicionais, tudo sob o influxo de uma releitura e adequação de seus postulados a filtros e lentes constitucionais.[202]

Uma compreensão mais ampla desse regime pós-moderno constitucional impõe, portanto, a compreensão de que o regime administrativo há de ser tributário a princípios fundamentais, bem como que a função administrativa há de ser cindida da atividade governamental, consagrando-se como imprescindíveis e naturais mecanismos de controle ínsitos a uma democracia substancial.[203]

A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político abstrato e diretivo e se habilita como norma suprema que distribui a competência administrativa com os critérios de fundamentação e legitimação da decisão estatal, dando ensejo assim à superação do velho dogma da legalidade administrativa transmudado para a ideia de juridicidade administrativa.[204]

Disso decorre que os direitos fundamentais assumem posição de centralidade jurídica, não apenas, no entanto, em uma perspectiva individualista, mas axiológica, teleológica e deontológica, revelando-se, portanto, com uma dimensão objetiva que há de perpassar todos os processos e decisões administrativas.[205]

O Direito Administrativo Sancionador emerge, nesse contexto, como categoria de ímpar transcendência, já que dialoga com base principiológica de viés jusfundamental, de modo que princípios informativos como o do devido processo legal, em sua dupla vertente adjetiva e substantiva, segurança jurídica, legalidade e tipicidade, exsurgem como imprescindíveis para a legitimação constitucional da decisão no âmbito administrativo.[206]

O princípio do devido processo legal desponta, nesse prisma, como dos mais proeminentes vetores dos processos em geral, incluindo os processos administrativos. Tal princípio, albergado entre os direitos e garantias fundamentais, encontra sede constitucional, em seus aspectos formais e substanciais, no art.5º, incisos LIV, carregando consigo elevada carga axiológica.

---

[202] FAVOREAU, Louis. **La constitutionnalisation du droit**, in Jean Bernard Auby et al., *L' unité du droit*: *Mélange en hommage à Roland Drago*. Paris, Economica, 1996.

[203] MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Neoconstitucionalismo, constitucionalização e Direito Administrativo**. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 186, p. 18-26, ago. 2016.

[204] BINENBOJM, Gustavo. Op. cit.

[205] ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

[206] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. **A principiologia no Direito Administrativo Sancionador**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013.

Inserem-se no contexto do devido processo legal a necessidade de competência, obediência a ritos, ampla defesa e contraditório, inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, bem como razoabilidade e proporcionalidade nas decisões administrativas. Em suma, o devido processo legal assegura, no campo das relações punitivas, direitos fundamentais multidimensionais em uma perspectiva ambivalente, estabelecendo uma sinergia equilibrada entre os direitos dos acusados e vítimas.[207]

No âmbito formal, o devido processo legal se compadece com a garantia de observância de um procedimento legal, que assegura às partes, em processos administrativos ou judiciais, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Nessa vertente, portanto, exige-se ciência e possibilidade de participação, com paridade de armas e impessoalidade na condução do processo.

Já em sua dimensão substancial, o devido processo legal está correlacionado ao princípio da proporcionalidade/razoabilidade, prestando-se, portanto, à análise da conformidade do ilícito e respectiva sanção com paradigmas constitucionais, tanto no momento de sua cominação em abstrato, quanto no momento de sua aplicação. O devido processo legal em sua dimensão substancial, consubstancia, portanto, vetor constitucional de controle para a aferição da validade da norma e sua específica incidência sancionatória, mormente no tocante aos coeficientes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.[208]

Corolário disso é que se mostra desconforme com o aludido princípio o inadvertido nivelamento de um comportamento doloso, eivado de má-fé com a conduta ou ato praticado por agente público ou administrado amparado em um entendimento jurídico dotado de certa razoabilidade, ainda que tal posicionamento se afigure minoritário. Cabe, portanto, ao aplicador da norma sancionatória agir em consonância com a razão, moderação, equilíbrio e harmonia a fim de revelar a resposta estatal que siga a diretriz apontada pelas bússolas axiológicas constitucionais.[209]

A propósito do tema, de capital importância devotar especial atenção à possibilidade de aplicação de múltiplas sanções por diferentes instâncias administrativas e/ou judiciais em razão de um fato unitário, o que ocorrerá com frequência sob a batuta da Lei Anticorrupção.

Nesse prisma, ainda que admissível que figuras típicas contemplem sanções diferenciadas em variados níveis para o efeito de tutelar um mesmo bem jurídico, a análise casuística deverá informar se a soma total das reprimendas não se mostra demasiado agressiva

---

[207] OSÓRIO, Fábio Medina. Op.cit, p.174/175.

[208] OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**, In Coleção Temas de Direito Administrativo, 16, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 473.

[209] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit.

e desproporcional, ofendendo-se, assim, o devido processos legal em sua vertente substancial.[210]

Na mesma seara que toca com a defesa de direitos jusfundamentais no âmbito de processos administrativos sancionadores se coloca o princípio da segurança jurídica, o qual tem por escopo assegurar a previsibilidade do comportamentos e ações dos administrados, permitindo que conformem suas condutas em concordância com parâmetros normativos claros e inequívocos.

Há aqui uma clara relação de imbricação entre os princípios da segurança jurídica e proteção da confiança, ambos apontados como elementos constitutivos do Estado de Direito.[211] Disso resulta que a indiscriminada utilização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados na estruturação de tipos sancionadores, ainda que possível, pode implicar no aprofundamento de níveis de incerteza e imprevisibilidade não consentâneos com os formatos exigidos pela segurança jurídica.

Em tais hipóteses, deve a entidade administrativa competente estreitar os parâmetros de aplicação sancionatória, assegurando-se ciência e possibilidade de conformação procedimental aos administrados e, assim, até mesmo a própria funcionalidade do tipo sancionador.

A ausência de parâmetros objetivos para a incidência de normas sancionadoras, forçoso ver, pode resultar em arbitrariedade e aprofundamento da corrupção pelo elevado grau de subjetividade conferido ao aplicador, o que, de sua vez, aumenta a imprevisibilidade por partes dos agentes econômicos, desembocando em efeitos contrapostos ao concebidos pela lei.

Exemplo disso são os valores mínimos e máximos de multa previstos no art.6º, I, da Lei nº 10.846/2013, que variam do valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior, conferindo larga margem da discricionariedade ao interprete o que poderá implicar em vulneração à segurança jurídica, ainda que determinados vetores de determinação tenham sido estabelecidos no art.7º da Lei Anticorrupção.

Em suma, a segurança jurídica, que vem expressamente consagrada no art.2º da Lei Geral do Processo Administrativo (Lei nº 9784/99)[212], indica a necessidade de definição e estabilização das relações jurídicas, o que ainda, inclui, por exemplo, a regra de

[210] OSÓRIO, Fábio Medina. Op.cit, p.209/210.
[211] CANOTILHO, JJ. Gomes. ***Direito constitucional e teoria da Constituição***. Coimbra: Almedina, 2000. p. 256.
[212] Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

prescritibilidade das infrações administrativas, tal qual determina o art.25 da Lei Anticorrupção.

Estreitamente relacionado ao princípio da segurança jurídica, conferindo-lhe uma manifestação concreta, se encontra o princípio da legalidade, o qual garante, em sede constitucional, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão por imperativo legal (art.5º, II, CF), submetendo-se o próprio Estado em seu agir às diretrizes legais previamente estabelecidas (art.37 da CF).

Em matéria administrativa sancionadora, pode-se tomar de empréstimo, pela extensão concebida pelo art.5º, §2º, a cláusula de legalidade penal, que determina a inexistência de crime sem lei anterior prévia e nem pena sem a prévia cominação legal (art.5º, XXXIX, CF), de modo que não se afigura válida eventual sanção administrativa sem prévio tipo administrativo sancionador, o qual não poderá retroagir para colher atos praticados antes de sua vigência.[213]

No mesmo diapasão de escalonamento de garantias sob o viés principiológico aqui proposto, deriva da legalidade o princípio da tipicidade, entendido aqui como uma exigência constitucional a legitimar o sancionamento administrativo. Dito de outro modo, a legalidade encerra a necessidade de tipicidade, é dizer, a exigência de que os tipos administrativos sancionadores sejam claros, certos e precisos, evitando-se expressões vagas e ambíguas aptas a determinar entendimentos cambiantes e contraditórios.

Nessa esteira, vista sob uma perspectiva formal e material, a tipicidade surge como garantia do administrado de ter sua conduta eventualmente sancionada em hipóteses precisamente delimitadas. De mais a mais, o efetivo impacto da conduta formalmente típica ao bem jurídico enseja a adequação material do sancionamento, de modo que somente deverá ser levada a cabo a sanção em casos materialmente relevantes, que indiquem uma adequada relação custo-benefício entre processo/investigação e benefícios sociais, sem se olvidar ainda, tomando-se de empréstimo noções correntes em Direito Penal, da necessária análise do desvalor da conduta e do desvalor do respectivo resultado.[214]

É de se ver que ainda que a tipicidade albergue noções próprias do Direito Penal, tais noções podem ser redimensionadas no âmbito administrativo, podendo se cogitar de tipos formulados a partir de previsões genéricas, cujos regulamentos precisem suas específicas implicações. Assim, ainda que o Direito Administrativo Sancionador admita uma maior flexibilidade valorativa no tocante à infração e sanção, há de se evitar potencial arbítrio no exercício do *jus puniendi*, o que reclama que os tipos administrativos sejam completos, é

[213] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral.Op. cit.
[214] OSÓRIO, Fábio Medina.Op.cit, p.210/216.

dizer, que permitam antecipar a qualificação dos fatos juridicamente subsumíveis e suas respectivas hipóteses de incidência.

5.3 Processo Administrativo de Responsabilização e suas fases

Os processos administrativos sancionadores concebidos pela Lei Anticorrupção se desenvolvem essencialmente ao longo de três fases, quais sejam, a de instauração, instrução e julgamento.

Nessa linha é que o processo administrativo sancionador próprio da Lei Anticorrupção vem estabelecido nos arts.8º e seguintes, com a adoção da terminologia de processo administrativo de responsabilização. Embora a Lei Anticorrupção contemple diversas disposições procedimentais e reclame regulamentações em diferentes níveis, as lacunas eventualmente detectadas ensejam a aplicação subsidiária da Lei nº 9.784/99, em especial no que diz com as hipóteses de delegação e contagem de prazos.[215]

De toda sorte, o processo administrativo de responsabilização traz as seguintes linhas gerais,: i) instauração (art.8º); ii) constituição da comissão para a apuração do ato lesivo com a respectiva publicidade (art.10); iii) defesa a ser exercida no prazo de até trinta dias (art.11); iv) posicionamento da comissão acerca de eventual sanção, a ser consubstanciado em relatório fundamentado (art.10, §3º); v) manifestação da Advocacia Pública (art.6º, §21C); vi) julgamento pela autoridade competente (art.8º) e, vi) as comunicações.[216]

Principia-se, assim, com o estabelecimento da diretriz de que a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa (art.8º).

Para a instauração, lado outro, a autoridade administrativa competente deverá formar um juízo de admissibilidade das eventuais peças informativas encaminhadas, garantindo-se uma necessária filtragem de eventuais denúncias dissociadas de elementos mínimos, bem como garantindo-se a delimitação do objeto de apuração a ser levado a efeito.

---

[215] ZYMLER, Benjamin; DIOS. Laureano Canabarro. **Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013): uma visão do controle externo.** Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.111 e 112 e RIBEIRO, Márcio Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, 99/100.

[216] DINIZ, Cláudio Smirne. **Do Processo Administrativo de Responsabilização, Comentários aos artigos 8º ao 15**. In *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*, Coords. Eduardo Cambi, Fábio André Guaragni, 1ªed. – São Paulo: Almedina, 2014, p.167.

Desse quadro, três caminhos alternativos se abrem à autoridade instauradora, tal qual estabelece o art.4º do Decreto Federal nº 8.420/2015, em tudo aplicável em outras esferas. Assim, em sendo as denúncias ou representações encaminhadas desprovidas de elementos mínimos de autoria e/ou materialidade e detectando-se a inviabilidade de sua obtenção, deve se proceder ao imediato arquivamento.

Noutra medida, se o material indicar precisa e adequadamente o ilícito, estando acompanhado de elementos indiciários de autoria e materialidade, necessária se faz a instauração do processo administrativo.

Em uma zona intermediária, na hipótese de as peças de informação encaminhadas terem indicações da prática de um ilícito, porém insuficientes para o cabal processamento administrativo, deve-se levar a efeito uma investigação preliminar com o escopo de corroborar tais elementos. Aludida investigação preliminar, à maneira de uma sindicância administrativa, deverá se orientar para a coleta de elementos indiciários que confiram algum suporte para a notícia de ilícito que se reportou.

Para tal investigação preliminar, em âmbito federal, consoante estabelece o Decreto Federal nº 8.420/2015, será destacada uma comissão composta por 2 (dois) ou mais servidores efetivos ou em sendo o caso, empregados públicos. A propósito de tal configuração, tem sido externadas relevantes preocupações, já que não necessariamente a comissão investigativa deve ser integrada por servidores estáveis, o que a coloca sob o influxo de eventuais pressões que venham a comprometer a lisura de suas conclusões, eis que seus integrantes poderão estar sob relativa insegurança jurídica no que diz com a permanência nos respectivos cargos.

Como corolário, tem se apontado como ilegal a composição da comissão investigativa por servidores efetivos, mas não estáveis, já que em descompasso com as diretrizes teleológicas estabelecidas na própria Lei nº 12.846/2013, que exige estabilidade dos servidores componentes da Comissão Processante.[217]

Conveniente assinalar que a investigação preliminar poderá ter caráter sigiloso, não sendo formatada pelos princípios da ampla defesa e contraditório, mormente porque não resulta na aplicação de qualquer sanção administrativa. A despeito do caráter inquisitorial e potencialmente sigiloso, nada impede que os investigados sejam notificados a prestar esclarecimentos e informações, notadamente nos casos em que a ciência da investigação não prejudique o regular transcurso da apuração.[218]

[217] PESTANA, Marcio, Op.cit, p. 115/116.
[218] RIBEIRO, Márcio Aguiar. Op. cit, p.84/87.

A competência para a instauração e julgamento, no âmbito do Poder Executivo Federal, é atribuída, via de regra, ao Ministro de Estado, em se tratando da Administração Direta, ou ao respectivo presidente da entidade, em se tratando da Administração Indireta, tais como nos casos de autarquias ou fundações.[219]

A atribuição de competência de instauração para a autoridade máxima da entidade, postos normalmente ocupados por pessoas nomeadas em caráter transitório, também tem sido objeto de críticas generalizadas em razão de possível colusão com investigados, já que tais servidores, normalmente alinhados com diretrizes políticas e partidárias, podem ter parte em eventual esquema ilícito, prejudicando-se eventual apuração escorreita dos fatos.[220]

Sem embargo, nos termos da disciplina legal, a autoridade máxima de cada órgão será aquela indicada nos respectivos diplomas legais, regulamentos, estatutos ou disposições contratuais, variando, como corolário, a depender da instituição correspondente.

Em se tratando de pessoas jurídicas de direito privado componentes da Administração Indireta, por não comportarem poder de polícia em função de suas naturezas jurídicas, regramentos próprios deverão dispor sobre a competência para a instauração do processo administrativo de responsabilização, cabendo à Controladoria Geral da União, no âmbito federal, competência exclusiva para condução de tais processos e aplicação de eventuais sanções.[221]

Assim, afiguram-se inválidas as disposições que remetem à possibilidade da composição de comissões investigativas e processantes por empregados públicos em casos de ilícitos praticados em detrimento de pessoas jurídicas de direito privado componentes da Administração Indireta, já que em desalinho com a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que diz com a inexistência de poder de polícia no âmbito de tais entidades, as quais não podem, assim, aplicar penalidades administrativas.[222]

---

[219] DEMATTÉ, Flávio Rezende. **Responsabilização de pessoa jurídicas por corrupção. A Lei nº 12.846/2013 segundo o direito de intervenção**. 1º ed., Belo Horizonte, Fórum, 2015, p.121.

[220] PESTANA, Marcio, Op.cit, p. 102; NOHARA, Irene Patrícia. **Comentários ao art.8º**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.133.

[221] GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas**, São Paulo: Saraiva, 2015, p.172/173.

[222] Tal entendimento restou consolidado no julgamento da ADI 1.717, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 28/03/2003 em que se concluiu pela indelegabilidade, a entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir. O mencionado precedente restou assim ementado:
"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5°, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime."

De toda sorte, no âmbito do Poder Executivo Federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização ou ainda para avocar os processos instaurados para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento (art.8º, §2º). Importa aqui notar que, ainda que o dispositivo em referência mereça encômios, o fato é que tal possibilidade de avocação se vê substancialmente alijada em outros âmbitos que não o do Poder Executivo Federal, já que normalmente Estados e Municípios não dispõem de estruturas de controle com o grau de excelência e isenção técnica tal qual ocorre no domínio federal.

A Controladoria-Geral da União também terá competência para a apuração, processo e julgamento dos ilícitos previstos na lei, quando praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no Artigo 4º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000 (art.9º).

A Lei Anticorrupção ainda estabelece em seu art.8º, §1º, que cabível a delegação da competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica, sendo vedada a subdelegação, não esclarecendo, sem embargo, as hipóteses e forma de delegação, o que torna aplicável subsidiariamente o disposto na Lei nº 9.784/99.

Assim, que o ato de delegação e sua eventual revogação deverão ser oficialmente publicados, especificando-se as matérias e poderes transferidos, os limites de atuação do delegado e a duração e os objetivos da delegação, ressalvando-se que a delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante (art.14 da Lei nº 9.784/99).

No tocante à instauração do processo administrativo, que como visto poderá se dar de ofício ou mediante provocação, necessária a existência de elementos informadores mínimos de autoria e materialidade do ilícito, após o que há de se lançar portaria de instauração, a qual deverá receber a necessária publicidade nos meios oficiais.

A instauração do processo administrativo, nessa linha, deverá indicar precisamente o objeto da investigação e os potenciais responsáveis do ato lesivo, bem como deverá contemplar a nomeação da comissão processante encarregada da instrução processual, garantindo-se, a partir daí, ciência e participação ínsitas à dialética do devido processo legal informado pelo contraditório e ampla defesa.

Cumpre sublinhar, ademais, que a instauração do processo administrativo de responsabilização traz como consequência jurídica a interrupção do prazo prescricional, na esteira do disposto no art.25 da Lei Anticorrupção.[223]

---

[223] Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.
Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

Uma vez nomeada a comissão processante, que deverá ser composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis, o processo administrativo deverá ser concluído em até 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir. Na forma do disposto no art.66 da Lei Geral de Processo Administrativo Federal, a Lei nº 9.784/99, que há de se aplicar de forma subsidiária, deve se excluir o dia do começo na contagem, incluindo-se o dia do vencimento.

O prazo de conclusão de 180 (cento e oitenta dias), poderá ser prorrogado indefinidamente, desde que de forma motivada, consoante estabelece o art.10, §4º, da Lei 12.846/2013, observado, no entanto, o prazo prescricional de 5 anos, que será interrompido uma única vez com a sua instauração (art.25).[224]

Para a instrução do processo administrativo, a comissão poderá requisitar documentos e informações, proceder à oitiva de testemunhas e bem assim, realizar vistorias, inspeções, acareações, reconhecimento de pessoas e coisas etc.

No mais, contempla-se expressamente a possibilidade de a comissão propor, cautelarmente, a suspensão dos efeitos do ato ou do processo objeto da investigação (art.10, §2º) evitando-se, assim, v.g., a continuidade de pagamentos decorrentes da prática de um contrato que se apurou ilegal.

De outra senda, também poderá se valer de pleitos judiciais para medidas como buscas e apreensões, além de acesso a dados bancários e telefônicos. Provas produzidas no âmbito criminal, tais como interceptações de comunicações telefônicas, também poderão ser emprestadas, após a devida autorização judicial, para orientar a decisão administrativa. Possível, ainda, se cogitar em medidas judiciais como a indisponibilidade de bens para a garantia do futuro ressarcimento ao erário e pagamento das multas cominadas na lei.

Ao final, a Comissão deverá apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade descortinada, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas (art.10, §3º, da Lei nº 10.846/13).

Ainda que a Autoridade responsável pelo julgamento não fique absolutamente vinculada às recomendações constantes do relatório final, para que possa legitimamente decidir em sentido contrário ao ali consignado, deverá promover uma fundamentação exauriente apontando expressa e motivadamente as provas dos autos que autorizam conclusão diversa.

---

[224] RIBEIRO, Márcio Aguiar. Op. cit, p.100/101.

5.4 Sanções Administrativas, dosimetria e implicações sistêmicas

As sanções administrativas aplicáveis no âmbito da Lei Anticorrupção vêm expressamente dispostas em seu art.6º e consistem na imposição de multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, bem como a publicação extraordinária da decisão condenatória.

No tocante à pena de multa, sanção de caráter eminentemente patrimonial, suas notas fundamentais consistem basicamente em que: i) sua base de cálculo (0,1% a 20%) estará correlacionada ao faturamento bruto do último exercício, excluído o pagamento dos tributos; ii) não se mostrando possível a utilização do critério precedente, a multa irá variar entre o valor de R$ 6.000,00 a 60.000.000,00; iii) o valor da multa não poderá ser inferior à vantagem auferida pela pessoa jurídica; iv) o valor da multa pode ser reduzido em até 2/3 (dois terços) no caso de ser firmado acordo de leniência.

No âmbito federal, os arts.17 a 19 do Decreto 8420/15[225] esmiúçam os critérios a serem sopesados para a dosimetria e aplicação da multa, paradigmas que poderão ser

---

[225] Art. 17. O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:
I - um por cento a dois e meio por cento havendo continuidade dos atos lesivos no tempo;
II - um por cento a dois e meio por cento para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;
III - um por cento a quatro por cento no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada;
IV - um por cento para a situação econômica do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral - SG e de Liquidez Geral - LG superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo;
V - cinco por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e
VI - no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais:
a) um por cento em contratos acima de R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
b) dois por cento em contratos acima de R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);
c) três por cento em contratos acima de R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);
d) quatro por cento em contratos acima de R$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais); e
e) cinco por cento em contratos acima de R$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).
Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:
I - um por cento no caso de não consumação da infração;
II - um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;
III - um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;
IV - dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e
V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.
Art. 19. Na ausência de todos os fatores previstos nos art. 17 e art. 18 ou de resultado das operações de soma e subtração ser igual ou menor a zero, o valor da multa corresponderá, conforme o caso, a:
I - um décimo por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou
II - R$ 6.000,00 (seis mil reais), na hipótese do art. 22.

utilizados em outros níveis federativos e institucionais, acaso expressamente adotados em suas regulamentações infralegais.

A legislação prevê ainda como sanção a publicação extraordinária da decisão condenatória, sanção extrapatrimonial que se liga com a reputação empresarial da pessoa jurídica no âmbito corporativo e que, eventualmente, poderá resultar em efeitos patrimoniais, mormente pela redução no nível de confiança, em especial se tal pessoa jurídica estiver listada no mercado de capitais.

Trata-se, assim, de sanção que possui inegável caráter reputacional e se liga diretamente à imagem corporativa, traduzindo a materialização do repúdio ao ato lesivo praticado, tudo expressado em sua publicização com o escopo de produzir o constrangimento conhecido como *name and shame*.[226]

Ainda que alguns sustentem a irrelevância e inocuidade da aludida sanção pela natural publicação da decisão condenatória nos meios oficiais[227], há que se ponderar para a extensão e potencial difusor da publicação extraordinária aqui prevista.

Isso porque, a legislação estabelece que a publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá, às expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e ainda no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

A publicação extraordinária nesse contexto se afigura efetivamente apta a publicizar o conteúdo da condenação, dando ensejo ao seu conhecimento a um o número muito mais significativo de pessoas, em especial em vista do fato de que as publicações em diários oficiais são parcamente acompanhadas pelas pessoas em geral. O nível de constrangimento causado pela condenação é, assim, potencialmente mais significativo e consentâneo com o efeito preventivo geral concebido.

Demais disso, a sanção referida deve constar do Cadastro Nacional de Empresas Punidas-CNEP, previsto no art.22 da Lei Anticorrupção, somente podendo ser excluída depois de vencido o prazo previsto no ato sancionador ou na hipótese de cumprimento do acordo de leniência, tudo sem prejuízo da reparação integral do dano causado (art.22, §5º).

A propósito do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, outra novidade instituída pela Lei Anticorrupção, se trata de um cadastro de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, destinado a compilação das sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo.

---

[226] RIBEIRO, Márcio Aguiar. Op. cit, p.192/193.

[227] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Comentários ao art.6º**. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.115/125.

Para efeito de dosimetria sancionatória, tanto daquelas aplicadas em âmbito administrativo quanto judicial, o art.7º da Lei Anticorrupção traz um extenso rol de circunstâncias que deverão ser sopesadas para fins de se alcançar um parâmetro proporcional e razoável.

Assim é que, deverão ser levadas em conta quando da aplicação das sanções : i) a gravidade da infração; ii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; iii) a consumação ou não da infração; iv) grau de lesão ou perigo de lesão; v) o efeito negativo produzido; vi) a situação econômica do infrator; vii) a cooperação da pessoa jurídica para as apurações; viii) a existência de mecanismos de *compliance* e ix) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

O primeiro critério para a dosimetria estabelecido em lei, descrito no art.7º, inciso I, a gravidade da infração, é deveras amplo e subjetivo, atrelado ao campo dos conceitos jurídicos indeterminados.

Nesse contexto, alinham-se interessantes sugestões para fins de sua concreção,, tais como: a) o cargo ocupado pelo agente passivo da infração, sendo de maior gravidade aqueles atos que ofendem aos escalões superiores da Administração; b) o status do agente corruptor no âmbito da pessoa jurídica envolvida; c) a intensidade do dolo e organização da empresa para a prática do ato lesivo,; d) os bens envolvidos nos contratos administrativos porventura fraudados, sendo particularmente mais graves fraudes envolvendo as áreas de saúde e educação.[228]Pode-se arrolar, ainda, entre os casos mais gravosos aqueles também tipificados como crimes, já que em tais hipóteses o próprio legislador já teria indicado objetivamente que o fato é mais censurável socialmente.

A vantagem auferida ou pretendida pelo agente do ato lesivo, prevista no inciso II, do art.7º da Lei Anticorrupção, é outro critério apontado como relevante para a fixação da sanção a ser aplicada ao agente corruptor, podendo ser de natureza material ou pecuniária, ou mesmo imaterial, como alguma facilidade.[229]O essencial é que tanto quanto mais agressivo ao bem jurídico a natureza da vantagem, maior deverá ser a intensidade do apenamento.

Pode-se, assim, distinguir as vantagens *supérfluas,* nas quais há o mero enriquecimento material ou a obtenção de proveito imaterial desconectado de qualquer outro elemento justificador ou uma vantagem *supridora,* hipótese em que o obtido ilicitamente se liga a um proveito socialmente relevante, tais como, v.g., a corrupção para a obtenção de tratamento médico ou para assegurar os insumos necessários para fornecimento de bens de primeira necessidade para a coletividade.[230]Assim, nesses últimos casos, como intuitivo, o apenamento há de ser necessariamente menos grave.

---

[228] PESTANA, Marcio, Op.cit, p. 115/116.
[229] DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer, Op. cit, p.50.
[230] PESTANA, Marcio, Op.cit, p.71.

De outra sorte, como decorre do próprio preceptivo, a vantagem meramente pretendida pelo agente é o suficiente para disparar o apenamento. Em casos tais, obviamente, a sanção deverá refletir a não consumação do ato lesivo, devendo, pois, ser necessariamente menor, tal como estabelecido no inciso subsequente.

Com efeito, o inciso III, traz como critério de dosimetria a consumação da infração. É dizer, em casos de tentativa deverá haver necessariamente um apenamento menor do que naqueles casos em que o ato lesivo efetivamente se consumou.

Pela ausência de critérios legais próprios, a delimitação da tentativa deverá ser resgatada no Direito Penal, na forma do que dispõe o art.14, II, do Código Penal[231], com a ressalva de que não deverá ser observado o quantum de diminuição de 1/3 a 2/3, já que a tentativa, enquanto importante circunstância para a fixação da reprimenda, deverá se igualar às demais circunstâncias previstas na própria Lei Anticorrupção, nada havendo sistemicamente que aponte para uma eventual preponderância.[232]

O art.7º, IV, da Lei Anticorrupção traz ainda como critério observável para a fixação da pena o grau de lesão ou perigo de lesão causado pelo ato lesivo, figura, a nosso juízo, estreitamente relacionada à vantagem pretendida ou obtida pelo agente corruptor, circunstância prevista no inciso II do mesmo dispositivo.

Ainda assim pode-se considerar, para o bom dimensionamento do grau de lesão ou perigo de lesão, o nível sistêmico relativo ao ato lesivo, sendo particularmente mais censurável aquele que captura boa parte das estruturas administrativas e envolve vários funcionários públicos. O impacto administrativo e a sensibilidade da área objeto do ato lesivo constitui outro importante vetor hermenêutico a ser observado, de modo que atingindo serviços públicos essenciais e voltados a comunidades que mais necessitam da intervenção do Estado, tanto maior será a lesão causada ou pretendida.

Novamente o dispositivo deixa clara a punibilidade pela mera tentativa já que faz expressa referência ao perigo de lesão causada pelo ato lesivo, admitindo, pois, a punibilidade ainda que a lesão não tenha concretamente se verificado.

De igual modo, o efeito negativo produzido pela infração, previsto no inciso V do art.7º da Lei Anticorrupção deixa também entrever inequívoca relação com o inciso precedente, sendo indisputável que o grau de lesão maior ou menor implica em efeitos negativos maiores ou menores.

---

[231] Art. 14 - Diz-se o crime:
(...)
II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

[232] GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. **Da Responsabilização Administrativa, Comentários aos artigos 6º e 7º**, In *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*, Coords. Eduardo Cambi, Fábio André Guaragni, 1ªed. – São Paulo: Almedina, 2014, p.155/156.

Temos, assim, que há uma relação de complementariedade e aclaramento entre os dispositivos, de modo que o presente critério seria até mesmo desnecessário em vista do precedente referente ao grau de lesão ou perigo de lesão. De toda sorte, apontam-se similares critérios para a aferição dos efeitos negativos produzidos pelo ato lesivo, tais como a extensão sistêmica da conduta corruptiva, o nível hierárquico entre os agentes envolvidos, a área objeto do ato lesivo e o número estimado de pessoas atingidas.[233]

Pode-se ainda reservar o aludido critério para os casos que tenham obtido ampla repercussão na imprensa e disseminado repúdio popular, com reflexos se estendendo ao campo da estabilidade política, institucional e diplomática.

A situação econômica do infrator, circunstância prevista no art.7º, VI, da Lei Anticorrupção, também vem contemplada como critério determinante para o dimensionamento das sanções. Ainda que o critério em espeque não se ligue diretamente ao ato lesivo praticado e suas consequências, denota a necessidade de atenção ao âmbito setorial de atuação da pessoa jurídica e dimensão das atividades econômicas desenvolvidas, de pequeno, médio ou grande porte. Nessa linha, o apenamento, para ter o efetivo caráter dissuasório preconizado pela lei, deve ser tal a ponto de desestimular economicamente o engajamento em atos lesivos em uma ótica dos custos-benefícios decorrentes da ação ilícita.

Malgrado tal aspecto, não deve a sanção atingir montante tal que inviabilize a continuidade das atividades empresariais, salvo aqueles casos em que a pessoa jurídica esteja a reclamar sua própria dissolução compulsória por estar constituída na forma do art.19, §1º, da Lei Anticorrupção, ou seja, por ser utilizada de forma habitual para a facilitação ou promoção de ilícitos ou por ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

A cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações também se mostra como relevante critério dimensionador da sanção a ser aplicada, de modo que quanto maior a cooperação da pessoa jurídica para a apuração dos atos lesivo maior a redução das sanções inicialmente cabíveis. Ao revés, a omissão da pessoa jurídica em contribuir para as apurações não poderá implicar em incremento das sanções inicialmente cogitáveis, já que a nossa estrutura constitucional alberga a garantia de ninguém ser obrigado a produzir provas em seu próprio detrimento.

Há que se ponderar, outrossim, que a cooperação da pessoa jurídica com a apuração das infrações é um *minus* em relação ao acordo de leniência previsto no art.16 da Lei

[233] CARVALHOSA, Modesto, Op.cit.316/317; PESTANA, Marcio, Op.cit, p.75.

Anticorrupção, que traz uma série de requisitos para a sua admissibilidade. Por tal razão, não deverá importar em diminuição das sanções nas frações previstas no art.16, §2º, mas em patamar necessariamente inferior.

De toda sorte, há também que se recordar que a oposição de obstáculo ao desenvolvimento das investigações constitui, *per si,* ato lesivo previsto no art.5º, V, da Lei Anticorrupção, motivo pelo qual acaso não haja cooperação para o escorreito decortinamento do ilícito, a postura da pessoa jurídica no curso das averiguações há de ser neutra.

A Lei Anticorrupção ainda estabelece que deverão impactar positivamente na diminuição das sanções aplicáveis à pessoa jurídica 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 (art.7º, VIII), ou seja, a existência de mecanismos de *compliance*. Em vista de sua inegável importância e transcendente inovação, o tema será abordado em pormenores em capítulo subsequente, para o qual remetemos o leitor.

Por derradeiro, a legislação estabelece como relevante critério para a dosimetria da sanção a ser ulteriormente aplicada o valor dos contratos que a pessoa jurídica mantenha com o órgão ou entidade pública lesada.

Nessa esteira, dando uma maior concreção ao disposto nos incisos II, V e VI, que tratam da vantagem auferida, grau de lesão ou efeito negativo produzido pela infração conceitos jurídicos indeterminados, o valor do contrato surge como vetor objetivo a orientar o aplicador da sanção acerca da dosimetria.

Há que se ponderar que o valor do contrato pode revelar a um só tempo o montante da vantagem auferida pela pessoa jurídica, o grau de lesão produzida e os efeitos negativos daí decorrentes, além de indicar as potencialidades econômicas da pessoa jurídica.

No tocante a aplicação das sanções administrativas, enfatizamos que desejável a apuração conjunta pela mesma comissão de um mesmo fato que simultaneamente configure ato lesivo previstos na Lei Anticorrupção e ilícito administrativo previstos na Lei de Licitações, o que poderá ensejar a aplicação cumulativa de sanções, desde que distintas, tais como a aplicação de multa sobre o faturamento bruto da empresa, publicação extraordinária da decisão condenatória e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública[234], posição, de resto, também encampada pelo art.12 do Decreto nº 8420/15 em âmbito federal e pela própria racionalidade e eficiência que se exige da ação administrativa.

[234] RIBEIRO, Márcio Aguiar.Op. cit, p.101/107.

6. PROCESSO JUDICIAL DE RESPONSABILIZAÇÃO

6.1 Legitimados e instrumentos para a persecução em Juízo

No tocante à legitimidade para a persecução judicial, consoante disposto no art. 19 da Lei nº 12.846/2013, uma vez detectada a prática do ato lesivo, a União, os Estados e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos equivalentes de representação judicial, bem como o próprio Ministério Público, entidade constitucionalmente vocacionada ao combate à corrupção, poderão[235]ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções: i) de perdimento dos bens, direitos ou valores representativos de vantagens direta ou indireta obtidas pela infração; ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica e iv) proibição do recebimento de 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).

Muito embora a norma não tenha sido expressa ao atribuir legitimidade ativa para a persecução judicial para os órgãos da Administração Indireta, não há dúvidas de que tal decorre da própria sistemática e teleologia inaugurada pela legislação.[236]

De outra senda, dada a abertura franqueada pelo art.21 da Lei nº 12.846/2013 e em consonância com a própria necessidade de harmonização do microssistema coletivo de combate à corrupção, também transparecem legitimadas a ajuizar demandas com vistas à aplicação das disposições da legislação anticorrupção as associações civis que tenham por objeto a proteção do patrimônio público.[237]

Dessume-se da sistemática adotada que o instrumento adequado para a persecução judicial dos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção é a própria ação civil pública prevista na Lei nº 7.347/85, superando-se questão que sempre foi aventada em sede jurisprudencial no tocante à Lei de Improbidade Administrativa.[238]

---

[235] A despeito do vocábulo utilizado pelo texto legal indicar uma faculdade, é certo que uma vez identificada a prática do ato lesivo exsurge o dever jurídico por parte do agente público de tomar as providências jurídicas reclamadas pela lei, sob pena de responsabilização pessoal pela inércia, tal qual expressamente indica o próprio art.27 da Lei nº 12.846/2013.

[236] No sentido da possibilidade da persecução em Juízo por órgãos da Administração Indireta, PESTANA, Marcio, Op. cit, p.128; ROCHA, Mauro Sérgio, **Da Responsabilização Judicial, Comentários aos arts.18 a 21**, In *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*, Coords CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André, 1ª ed. – São Paulo: Almedina, 2014, p. 155/156. Contra tal possibilidade é a posição de DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer, Op. cit.p.96.

[237] No mesmo sentido é a posição de CARVALHOSA, Modesto, Op.cit.404.

[238] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 820162 MT 2006/0033019-2, Relator: Ministro José Delgado, Data de Julgamento: 03/08/2006.

A legitimidade para o ajuizamento da demanda é concorrente e disjuntiva, tal qual ocorre no âmbito da Lei de Ação Civil Pública e Lei de Improbidade Administrativa, de modo que qualquer dos co-legitimados poderá, isoladamente, ou seja, independentemente da formação de litisconsórcio, ajuizar a demanda com vistas à aplicação das sanções previstas.

Ademais, em não sendo o Ministério Público o autor da ação civil pública, deverá intervir necessariamente como fiscal da lei, inclusive assumindo o polo ativo em caso de abandono (art.5º, §3º, da Lei nº 7.347/85). Ao revés, em sendo a ação civil ajuizada pelo Ministério Público, impõe-se o chamamento da pessoa jurídica interessada à participação, dado o seu evidente interesse jurídico na lide, posição de resto em consonância com o previsto em outros diplomas componentes do microssistema de combate à corrupção, a exemplo do disposto no art.17, §3º, da Lei nº 8.429/92 e art.6º, §3º, da Lei nº 4.717/65.[239]

A Lei Anticorrupção é ainda expressa ao admitir a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado (art.19, §4º), sendo ainda possível extrair do microssistema e teleologia normativa a possibilidade de suspensão cautelar dos efeitos do ato ou processo objeto da investigação, ainda que tal tenha sido previsto apenas em sede administrativa.

Possível ainda, em âmbito judicial, a concessão liminar de tutelas de suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica infratora e proibição de receber incentivos estatais, antecipando-se o sancionamento previsto no art.19 da Lei nº 12.846/13, desde que demonstrada a necessidade de evitar a continuidade das práticas ilícitas, em especial em se tratando de empresas de fachada.[240]

Cabível também a cumulação de pedidos para a aplicação das disposições da Lei de Improbidade Administrativa e Lei Anticorrupção em uma única demanda, acaso detectada a participação de agente público nos ilícitos, eis que fundamentalmente a causa de pedir e pedido serão iguais, nos parecendo laterais a questão do juízo de prelibação, antecedente ao recebimento da inicial previsto na Lei de Improbidade Administrativa e da responsabilidade objetiva.[241]

Isso porque, a instrução probatória única derivada da conexão e a necessidade de se evitar decisões contraditórias superam em muito o pequeno óbice procedimental do juízo de prelibação, sendo certo que eventual responsabilidade objetiva apontada poderá conviver com a imputação de responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Juízo, sem maiores dificuldades,

[239] ROCHA, Mauro Sérgio. Op. cit, p. 231.
[240] ROCHA, Mauro Sérgio. Op. cit, p. 235/236.
[241] Contra é a orientação de ROCHA, Mauro Sérgio. Op. cit, p. 240.

promover a distribuição do ônus da prova em consonância com as posições subjetivas ocupadas.

6.2 Concorrência e independência entre as instâncias judicial e administrativa

Sem embargo da abertura sancionatória inaugurada pela Lei Anticorrupção no âmbito administrativo, a nova tessitura normativa, como não poderia deixar de ser, deixou o flanco aberto para a persecução judicial das condutas lesivas ali capituladas.

Tanto o é assim que o art.18 da Lei Anticorrupção é cristalino ao consignar que, a responsabilização da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

Urge rememorar, nesse particular, que a persecução judicial dos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção supre relevante lacuna normativa outrora existente na Lei de Improbidade Administrativa, eis que como já pontuado, no regime jurídico dantes existente não se fazia juridicamente possível o ajuizamento de demanda isoladamente contra pessoa jurídica engajada em atos ímprobos/corruptivos se não se fizesse também identificada a participação de agente público.[242]

O novo regime sancionatório inaugurado pela Lei Anticorrupção, portanto, complementa as disposições previstas na Lei de Improbidade Administrativa, formatando o já enunciado microssistema coletivo de combate à corrupção.

Assim, ainda que alguns sustentem que a persecução judicial teria caráter sucessivo à persecução administrativa, ou seja, que a ação civil pública teria única e exclusivamente por objeto a execução do quanto apurado em sede administrativa, não sendo viável a discussão judicial dos atos lesivos[243], a sistemática legal se mostra hialina ao reconhecer a independência entre as esferas judicial e administrativa (art.18 da Lei n.12.846/13), tanto que distingue as sanções a serem aplicadas (arts. 6 e 19 da Lei n.12.846/13), somente admitindo a aplicação judicial das sanções administrativas de multa e publicação extraordinária da condenação, acaso detectada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa (art.20 da Lei 12.846/13).[244]

Perfeitamente cabível, assim, o ajuizamento de demanda pelo Ministério Público independentemente do processo administrativo, em especial se também detectada a prática de

[242] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 86044/PA, 2ª Turma, Rel. Min Herman Benjamin.
[243] CARVALHOSA, Modesto, Op.cit.393/403.
[244] Nesse sentido é a posição de PESTANA, Marcio, Op.cit, p.129/130 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Op. cit, p.244/245.

improbidade administrativa. Admitir o contrário seria manietar as iniciativas de um órgão impessoal de controle da corrupção em favor de entidades administrativas nem sempre infensas a influências deletérias capazes de macular a eficácia dos processos administrativos.

6.3 Sanções judiciais

Como já assinalado, o art.19 da Lei Anticorrupção arrola expressamente as sanções cominadas às pessoas jurídicas no âmbito judicial, as quais podem ser aplicadas, na forma do disposto no §3º, de forma isolada ou cumulativa, a depender da gravidade e intensidade do ato lesivo.

As sanções consistem basicamente no: i) perdimento dos bens direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé; ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; iii) dissolução compulsória e iv) proibição do recebimento de 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.

O perdimento dos bens ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração não configuram exatamente uma sanção, mas a pura e simples recondução ao *status quo ante* ao ato lesivo, traduzindo, assim, verdadeiro efeito natural da nulidade daí decorrente.

De todo modo, a previsão expressa nos parece importante, já que indica, v.g., a superação da recorrente posição jurisprudencial que via na anulação de contrato e determinação da restituição dos valores pagos como eventual enriquecimento ilícito da Administração.

A funcionalidade da aludida sanção indica, outrossim, que é algo distinta da reparação do dano, esta sempre obrigatória e imprescritível[245] (art.21 da Lei nº 12.846/13 e art.37, §5º, da CF), podendo, pois, naturalmente haver o recebimento de bens ou valores com a infração, sem que se configure o dano ao erário, como nos casos de licitações dirigidas, mas cujo objeto contratado foi executado em consonância com os preços praticados pelo mercado. Em casos tais, mesmo não havendo dano, cabível se torna a determinação de restituição dos valores

[245] Embora a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário decorra de dispositivo claro da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria, a qual será objeto de julgamento definitivo naquela Corte (Tema 897).

obtidos com a contratação, ainda que tenha havido a contraprestação da pessoa jurídica, já que estaremos diante do recebimento de valores obtidos diretamente com a infração.

A legislação em comento ressalva, como não poderia deixar de ser, o direito de terceiros de boa-fé, de modo que evidentemente resguardadas as esferas jurídicas destes por atos lesivos que não lhe podem ser imputados.

A segunda das sanções judiciais cominadas consiste na suspensão ou interdição parcial das atividades de pessoas jurídicas implicada em atos lesivos capitulados na Lei Anticorrupção. Dado o caráter assaz extremo da medida, deverá ser reservada para casos excepcionais, em especial naqueles em que se afigura mais útil socialmente a interdição ou suspensão das atividades empresariais da pessoa jurídica do que a continuidade de tais atividades, haja vista o ciclo produtivo gerador de riquezas que uma atividade empresarial, em geral, encerra.

A sanção em testilha, no entanto, nos parece indicar que, para além da prática dos atos lesivos que a legitimam, as próprias atividades cessadas ou interditadas como sanção judicial seriam ilícitas de *per si*, o que conduz à conclusão até mesmo de sua dispensabilidade, já que em casos tais a interdição e suspensão decorreriam logicamente da ilicitude objeto empresarial explorado, dispensando-se, portanto, a prática de eventual ato lesivo.

Em assim não sendo, ou seja, em hipótese outra que não a de ilicitude do objeto empresarial a ser suspenso ou interditado, nos parece que a sanção apenas encerraria uma consequência pecuniária que poderia ser de igual modo alcançada pela multa, sem a causação dos inconvenientes de interrupção do ciclo produtivo com os nocivos efeitos sociais daí decorrentes.

De todo modo, a suspensão das atividades da pessoa jurídica indica que há de ser por prazo determinado, ainda que a legislação não o tenha estabelecido, de modo que caberá ao juiz fixar o prazo em que as atividades empresariais deverão ficar paralisadas.

De sua vez, a interdição parcial das atividades da empresa indica a perenidade da medida em relação a parte do objeto social explorado, vetando-se aí a continuidade da empresa nesse segmento.

Ao que tudo indica, ao revés de impor a suspensão ou interdição parcial das atividades econômicas da pessoa jurídica em uma perspectiva geral, teria andado melhor o legislador em cominar as sanções de suspensão ou proibição de contratação com a Administração Pública e ou imposto a própria multa em sede judicial, o que dispensaria o uso da cláusula de extensão que permite a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa prevista no art.30, inciso I, da Lei nº 12.846/13. Evitar-se-ia, ainda, os inconvenientes de necessidade de verificação da omissão administrativa para aplicação da multa e da necessidade de se detectar a participação de agente público para a incidência da Lei de Improbidade Administrativa.

Em suma, em não se tratando de casos de objetos sociais ilícitos, o que tornaria inócua a sanção em tela, o Juízo há de aquilatar com parcimônia e acuidade as hipóteses de aplicação do comando sancionatório, devendo ser reservada para casos extremados que somente a experiência prática poderá revelar, sob pena de incorrer em eventual inconstitucionalidade em virtude da violação à livre iniciativa e função social da empresa.

Outra sanção judicial de natureza extrema, essa prevista no art.19, III, da Lei nº 12.846/13, consiste na dissolução compulsória da pessoa jurídica. Por resultar na própria extinção da pessoa jurídica e das atividades empresariais e produtivas a ela relacionadas, obviamente reclamará circunstâncias especialmente graves para sua incidência.

Bem por isso, o legislador houve por bem delimitar expressamente as hipóteses de cabimento de dissolução da pessoa jurídica, não remanescendo, assim, qualquer discricionariedade ao julgador. O art.19, §1º, da Lei Anticorrupção indica, assim, o cabimento da dissolução da pessoa jurídica quando comprovadamente tiver sido utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos ou na hipótese de ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

A despeito da natureza extrema da sanção e de eventual questionamento acerca de sua utilidade social, o fato é que em situações especialíssimas a própria continuidade das atividades da empresa implica em maiores danos sociais e prejuízos coletivos do que a sua manutenção, em especial para a preservação do erário e livre concorrência, já que, para além dos prejuízos ao erário causados por atos lesivos sistemáticos, outras pessoas jurídicas perderão em competitividade e poderão até mesmo perecer em vista dos expedientes ilícitos e escusos utilizados pelas concorrentes nas hipóteses concebidas.

Duas situações se impõem, portanto, para que se franqueie a possibilidade de dissolução da pessoa jurídica. A primeira delas é a de uso habitual da pessoa jurídica para a prática de atos ilícitos. Vê-se que, ainda que a legislação tenha feito referência ao termo atos ilícitos e não atos lesivos, interpretação sistemática impõe que se considerem como tal os atos previstos no art.5º da própria Lei Anticorrupção e até mesmo outros atos relacionados à corrupção, tais como os previstos, por exemplo, na Lei de Improbidade Administrativa.

Porém, atos ilícitos outros, que não necessariamente vinculados à corrupção, tal qual, v.g. a sonegação de tributos e ou a degradação ambiental, a nosso juízo não estariam a autorizar a sanção de dissolução da pessoa jurídica, já que aí apartados da teleologia sistêmica orientadora do diploma.[246]

[246] PESTANA, Marcio, Op. cit, p.136; HEINEN, Juliano. Op. cit, p.263.

A exigência legal para a dissolução da pessoa jurídica na primeira hipótese mencionada diz, pois, com a habitualidade na prática dos ilícitos, o que indica uma orientação empresarial sistemática para atos de corrupção, não bastando, pois um ou dois atos lesivos isoladamente considerados.

Desse modo, ainda que a legislação não tenha delimitado numericamente quantos atos lesivos são necessários para se caracterizar a habitualidade autorizadora da dissolução da pessoa jurídica, conclui-se que se trata de algo que se alonga temporal e espacialmente, reiterando-se no tempo em desfavor de pessoas jurídicas de direito público, indicando, pois um particular modo de agir nas relações travadas com o Poder Público.

Acrescente-se, ainda, que na mesma hipótese os atos lesivos podem ter sido facilitados e/ou promovidos pela pessoa jurídica infratora. A facilitação da prática dos atos lesivos habitualmente praticados nos remete, v.g., às hipóteses de utilização da pessoa jurídica para a simulação de competição em processos licitatórios vencidos por outra pessoa jurídica a ela associada em cartel. Já a promoção dos atos lesivos indica que ela é a própria autora e beneficiária dos atos lesivos habitualmente perpetrados, tais como nos casos em que ela própria é a vencedora dos processos licitatórios cartelizados.

A segunda hipótese autorizadora da dissolução da pessoa jurídica é aquela em que a própria pessoa jurídica é constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

A hipótese vertente, desdobra-se em duas situações distintas, mas que podem conviver simultaneamente. Na primeira, a pessoa jurídica é constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos, ao passo que na segunda para a ocultação da identidade dos beneficiários dos atos praticados.

A dissimulação ou ocultação de interesses ilícitos ocorre, assim, v.g. nas situações em que a pessoa jurídica é punida pela Lei de Improbidade Administrativa e ou Lei de Licitações com a imposição de sanção de proibição de contratação com a Administração Pública e, com o escopo de contornar a imposição sancionatória, constitui-se outra empresa com os mesmos sócios, objeto social e sede a fim de se viabilizar contratos com a Administração Pública.

Possível, ainda, que a pessoa jurídica tenha sido criada para a ocultação da identidade dos beneficiários dos atos praticados, situação típica das pessoas jurídicas de fachada, cujo quadro societário é composto, no mais das vezes por laranjas ou testas de ferro, ou seja, indivíduos interpostos na dinâmica jurídica para a impedir ou dificultar a identificação de seus verdadeiros arquitetos e beneficiários.

Curial rememorar que a hipótese em tela, além de autorizar a dissolução da pessoa jurídica, vem também capitulada como ato lesivo isoladamente considerado no art.5º, III, da própria Lei Anticorrupção, de modo que em se comprovando tais expedientes espúrios, transparece a um só tempo a hipótese sancionatória e a específica medida a ser aplicada, qual seja, a correlata dissolução da pessoa jurídica, obviamente sem prejuízo de eventuais outras sanções que se afigurarem cabíveis.

Por derradeiro, a última das sanções judiciais capituladas, essa estabelecida no art.19, IV, da Lei Anticorrupção, é a de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

A sanção em epígrafe se relaciona com a interdição de estímulos financeiros ou de custeio pelo Poder Público voltados para a atividade empresarial desenvolvida pela pessoa jurídica.

Quando o preceptivo se refere a incentivo, dessume tratar-se de incentivo fiscal, instrumento do dirigismo econômico voltado ao desenvolvimento econômico setorial ou de determinada região, que se situa no campo da extrafiscalidade, conduzindo à redução da receita pública de natureza compulsória ou a supressão de sua exigibilidade.[247]

Impende observar que a própria Constituição Federal regulamentou a matéria em seu art.150, §6º, da CF[248], ao dispor que as isenções e subsídios somente podem ser concedidos por lei específica, sem prejuízo das condicionalidades estabelecidas no art.14 da Lei de Responsabilidade Fiscal[249].

---

[247] HARADA, Hiyoshi. **Incentivos fiscais. Limitações constitucionais e legais**, disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10645, acesso em 04/05/2018.

[248] "§ 6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.".

[249] Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1o A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2o Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

Consoante ainda estabelece o art.176 a 179 do Código Tributário Nacional, as isenções podem ter caráter geral ou específico, podendo decorrer diretamente da lei e ou de contrato com o Poder Público, desde que existente a lei autorizativa.

Os incentivos fiscais distinguem-se dos subsídios, na medida em que os primeiros resultam na redução ou exclusão da carga tributária efetivamente existente, enquanto os subsídios traduzem-se em vantagens financeiras dadas pelo governo para tentar alcançar resultados econômicos desejados, não se relacionando, pois, com o reembolso da carga tributária.

Os subsídios consistem, assim, em toda ajuda oficial do governo orientada finalísticamente para o estímulo setorial produtivo de setores estratégicos sob o ponto de vista econômico, ou de regiões mais atrasadas, além de servir como instrumento de incentivo às exportações.

As subvenções, de sua vez, são tradicionalmente associadas à transferência de recursos pecuniários para entidades públicas ou privadas que exerçam atividades ligadas às áreas educacional, cultural, de saúde e etc. Na linha do disposto no art.12, §3º, da Lei nº 4.320/64, as subvenções constituem-se em transferências de recursos orientadas à cobertura de despesas de custeio, dividindo-se em: i) subvenções sociais, as quais se destinam a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa ou; ii) subvenções econômicas, que se destinam a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

Doações, de seu turno, instrumentalizam-se por meio de contratos em que o doador, aqui presume-se a pessoa jurídica de direito público, transfere bens ou direitos, a título gracioso, ao donatário, aqui entendido como a pessoa jurídica envolvida em atos lesivos, que fica, pois, interditada de se beneficiar de atos dessa natureza por dado período estabelecido na sanção judicial.

Por derradeiro, empréstimo é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa entrega uma coisa a outra, de forma gratuita, obrigando-se a última a devolver a coisa emprestada ou outra da mesma espécie e quantidade. O empréstimo subdivide-se, assim, em mútuo e comodato, sendo o primeiro o empréstimo de coisas fungíveis, como dinheiro, por exemplo e o segundo o de coisas infungíveis.

Temos que aqui o legislador quis se referir substancialmente ao mútuo, ou seja, ao empréstimo em dinheiro por entidades financeiras públicas ou controladas pelo poder público, as quais estão inclusive nominadas ao final do dispositivo. Não se descarta, porém, a possibilidade de comodato, o que, v.g., poder-se-ia se viabilizar com a transferência de

maquinário pelo poder público para o desenvolvimento das atividades afeitas à pessoa jurídica.

De todo modo, a teleologia do dispositivo se refere à interdição de qualquer estímulo ou apoio financeiro pelo poder público para pessoa jurídica engajada em atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, incumbindo-se a autoridade jurisdicional de tomar as providências necessárias para que a pessoa jurídica punida seja inscrita no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP a fim de que seja viabilizada a publicidade e correlata eficácia da sanção.

Importa frisar, para finalizar, que o dispositivo estabelece marcos temporais mínimo e máximo de incidência de sanção, deixando espaço para a discricionariedade judicial no tocante ao período da proibição de recebimento de tais estímulos financeiros e tributários, sempre observado o disposto no art.7º da Lei nº 12.846/13.

6.3.1 Cumulatividade e complementariedade das sanções

Questão que, por certo, irá gerar candente controvérsia se refere à possibilidade da cumulação de sanções por atos lesivos capitulados em distintos diplomas legais, bem como as específicas hipóteses em que autorizadas a aplicação judicial das sanções administrativas de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória previstas na própria Lei Anticorrupção.

Nesse ponto, como já assinalado, diversos dos dispositivos proibitivos previstos na Lei Anticorrupção encontram também previsão em outros diplomas repressivos, tais como a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e até mesmo a Lei de Defesa da Concorrência.

De início, importa frisar que a possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa das sanções pela prática de atos corruptivos vem expressa tanto no art.19 da Lei Anticorrupção, quanto no art.12 da Lei de Improbidade Administrativa, sendo esse um dos primeiros indicativos hermenêuticos a orientar a aplicação das sanções.

De outra senda, algumas sanções judiciais são mutuamente excludentes, tais como a de suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica e a sua respectiva dissolução; ou a dissolução da pessoa jurídica com a proibição de recebimento de benefícios financeiros ou tributários do Poder Público.[250]Desta feita, em razão da própria inviabilidade lógica, não há como efetivamente se cogitar da cumulação das sanções em tais hipóteses.

---

[250] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Comentários ao art.19**. In; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA. Thiago, Lei Anticorrupção comentada. Belo Horizonte. Fórum, 2017, p.251.

Noutra perspectiva, o diálogo entre as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Licitações e Lei de Defesa da Concorrência com as previstas na Lei Anticorrupção demandará um mais aprofundado esforço hermenêutico.

Nessa esteira, cumpre registrar que o art.30 da Lei Anticorrupção é claro ao dispor que aplicação de suas sanções não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Assim, ainda que existem respeitáveis opiniões no sentido da inviabilidade da aplicação simultânea das sanções previstas na Lei Anticorrupção e Lei de Improbidade Administrativa para as pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos de corrupção[251], bem como posições no sentido da derrogação das disposições da Lei nº 8.429/92 para as pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção[252] e ou da aplicação mutuamente excludente entre as Leis de Improbidade Administrativa e Anticorrupção, reservando-se a primeira para casos em que há a participação de agente público e a última para os casos em que tal não ocorre[253], o fato é que a ressalva prevista no art.30 da Lei n.12.846/13 é clara e unívoca.

De tal modo, o apenamento da pessoa jurídica por ambos os diplomas se faz possível pela conjugação do disposto no art.3º da Lei nº 8.429/92 e pela previsão textual do próprio art.30, inciso I, da Lei nº 12.846/13. A única expressiva ressalva que há de ser feita é que para a aplicação simultânea de ambos os diplomas sempre se reclamará o concurso com agente público na posição de agente corrompido para a prática dos atos lesivos perpetrados.

Não se nega, porém, que a funcionalidade sancionatória há de sofrer os temperamentos necessários para que se viabilize a incidência complementar adequada e sobretudo proporcional e justa.

Nos parece pois claro que não há como se cogitar da aplicação das sanções da perda do cargo ou função pública e suspensão dos direitos políticos previstas na Lei de Improbidade Administrativa para pessoas jurídicas, já que, à toda evidência, se tratam de sanções naturalmente insuscetíveis de incidência em tais casos.

De outra senda, sanções outras existem e que, a nosso juízo, comportam aplicação que deverá ser recortada e ou poderá sofrer incidência complementar, tudo a depender da situação concreta.

---

[251] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit, p.253.
[252] TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **Interpretação do artigo 30 da Lei nº 12.846/13**. Revista dos Tribunais, v.947, ano 103, p.281/292, set.2014.
[253] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Comentários ao art.30**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago, *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.339-350.

Veja-se, a propósito, o caso da multa civil. Ainda que seja sanção com a mesma feição jurídica na Lei de Improbidade Administrativa e Lei Anticorrupção, se apresentam de forma um tanto diversa no tocante à origem e base de cálculo, já que enquanto na Lei Anticorrupção a base de cálculo adere ao faturamento bruto ou a patamares pré-fixados, na Lei de Improbidade Administrativa se vincula ao valor do acréscimo patrimonial, do dano ao erário ou da remuneração do agente público envolvido, tudo a depender da espécie ímproba imputada.[254]

Assim, aplicada a multa civil no âmbito administrativo, não se verificando omissão no âmbito do controle administrativo, temos que seria cabível se cogitar da multa civil prevista na Lei nº 8.429/92 complementarmente, acaso estritamente necessário e sempre tendo em conta o montante já aplicado, o qual poderá, inclusive, esvaziá-la em sede judicial, já que a própria lei admite a aplicação isolada ou cumulativa.

De outra banda, na hipótese de aplicação judicial da multa civil prevista na Lei Anticorrupção em virtude e omissão da autoridade administrativa, nos parece inviável a aplicação cumulativa da multa prevista na Lei de Improbidade Administrativa, já que os excessivamente abertos parâmetros de dosimetria previstos na Lei Anticorrupção tornam desnecessária a invocação da Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, ainda que alguns sustentem cabível, no âmbito judicial, a aplicação cumulativa da multa prevista na Lei Anticorrupção e na Lei de Improbidade Administrativa[255], uma vez analisada a questão sob o prisma da proporcionalidade, não se afigura necessária tal incidência.

De qualquer modo, não se vislumbra eventual influência da multa prevista em sede da Lei Anticorrupção com aquela prevista em sede penal e em fiscalizações levadas a efeito pelos Tribunais de Contas, já que tais sanções compõem subsistemas punitivos específicos que contam com regulamentação própria.

Lado outro, a pena de perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtido com a infração deverá ser aplicada uma única vez, ainda que no caso de tramitação autônoma de ação de improbidade administrativa e de responsabilidade por ato de corrupção.

Importante assinalar, sem embargo, que a Lei Anticorrupção não albergou a possibilidade sancionatória de proibição de contratação pelo Poder Público para pessoas

[254] QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **Responsabilização Judicial da Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção**, In *Lei Anticorrupção*, Orgs. SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Salvador, Editora JusPodivm: 2015, p.283/334.
[255] QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Op. cit.

jurídicas envolvidas em atos lesivos de corrupção. Tal possibilidade sancionatória, assim, remanesce plenamente aplicável, integrando-se assim o microssistema sancionatório de forma complementarmente funcional, tudo a depender, em tais casos, da participação de agente público.

De sua vez, a sanção de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos do poder público, de igual maneira, é sanção prevista tanto na legislação anticorrupção, quanto na legislação de improbidade administrativa, variando, apenas, em função de sua intensidade, já que enquanto na legislação anticorrupção está circunscrita aos patamares mínimo de 1 ano e máximo de 5 anos, na Lei de Improbidade Administrativa está relacionada aos patamares mínimo de 3 e máximo de 10 anos, a depender da espécie ímproba praticada.

Desse modo, em caso de incidência concomitante de ambos os diplomas, a Lei de Improbidade Administrativa deverá orientar os patamares mínimos e máximos previstos no microssistema, não nos parecendo lógico ou funcional se invocar ambos os diplomas para a somatória do período de proibição, já que basta ao juízo modular o período de cominação da sanção quando de uma única dosimetria. Acaso se tenha a incidência isolada da Lei Anticorrupção, evidentemente somente o dispositivo sancionatório nela previsto comportará aplicação.[256]

No tocante à reparação do dano, por derradeiro, é decorrência certa da condenação, sendo desnecessário até mesmo que conste expressamente da sentença (art.21, parágrafo único, da Lei nº 12.846/13). Assim, também nos parece inócuo e desnecessário que conste em variadas condenações distintas por diversos diplomas, acaso v.g., tramitem ações de improbidade e pela Lei Anticorrupção separadamente e pelo mesmo fato, bastando que se dê em uma única delas para a formação do título executivo necessário.

6.3.2 Revisão e/ou aplicação judicial das sanções administrativas

A legislação anticorrupção dispõe que as sanções administrativas poderão ser aplicadas em sede judicial por iniciativa do Ministério Público, desde que constatada a omissão da autoridade administrativa (art.20 da Lei nº 12.846/13).

Atribui-se, portanto, ao Ministério Público uma legitimidade residual e derivada da omissão administrativa para a aplicação das sanções previstas no art.6º da Lei Anticorrupção

[256] Em sentido contrário se tem a posição de QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, o qual propõe a aplicação cumulativa de tais sanções, somando-se o período de proibição com fundamento em ambos os diplomas, Op. cit.

(multa e publicação extraordinária da decisão), a qual se soma à legitimidade inicial e originária para a aplicação das sanções capituladas no art.19 do mesmo diploma.

Há que se aquilatar, no entanto, os parâmetros objetivos que permitem inferir os casos em que há a efetiva omissão administrativa que conduzam ao autorizativo legal que dispare a legitimidade do Ministério Público.

A omissão, nesse diapasão, configura-se pela desídia ou ausência de um agir impositivo, com o claro descumprimento de deveres estabelecidos no ordenamento jurídico. Pode-se, assim, cogitar da omissão tanto no concernente à não instauração do processo de responsabilização administrativa em casos de inequívoca ciência do poder público, quanto em casos em que há um exagerado e intolerável retardamento na condução do caso, com desrespeito não justificado do prazo de 180 (cento e oitenta dias) para conclusão do processo administrativo ou, em caso de prorrogação, nos casos em que não se afigure prestantes as razões invocadas para tal, desnudando-se daí uma procrastinação deliberada (art.10, §§3º e 4º da Lei nº 12.846/13).

Uma vez concluída a apuração administrativa, a autoridade competente dispõe, no âmbito da União, do prazo de 30 dias para exarar sua decisão administrativa, a teor do que dispõe o art.49 da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9784/99), o qual se aplica subsidiariamente e poderá ser invocado por analogia para as demais esferas federativas e outros órgãos públicos.

Nesse particular, inobservados tais prazos sem a invocação de motivos fundados e suficientes, poderá o Ministério Público invocar para si a legitimidade e reclamar judicialmente as sanções administrativas previstas no art.6º da Lei nº 12.846/13 em ação visando a responsabilização pela prática de atos de corrupção.

Cumpre indagar, outrossim, se seria possível a aplicação de sanções judiciais acaso concluída a apuração administrativa com a indicação de absolvição.

Com efeito, imagine-se tenha sido exaurida a apuração administrativa sem a apuração da prática de ato lesivo. Em casos tais, poderia a própria pessoa jurídica encarregada da apuração administrativa levar a efeito demanda judicial? E no caso de reconhecimento e aplicação de sanção na esfera administrativa, seria cabível alguma sanção via judicial?

A propósito do tema, o art.18 da Lei Anticorrupção indica algumas respostas preliminares, ainda que seja necessário algum aprofundamento. Destarte, o referido dispositivo estabelece que a apuração de reponsabilidade na esfera administrativa não afasta a possibilidade de apuração na esfera judicial, o que deixa aberto o flanco complementar entre as distintas esferas.

Ao que tudo indica, no entanto, a teleologia do dispositivo se orienta aos casos em que foi efetivamente detectada a responsabilidade da pessoa jurídica e se indique como recomendável a aplicação de outras sanções, além daquelas cabíveis no espectro administrativo. Em casos outros, em que o poder público entendeu pela absolvição da pessoa jurídica, não poderia o ele próprio reclamar sanções via judicial, já que isso encerraria uma postura contraditória não condizente com os ditames da segurança jurídica.[257]

Sem embargo, nada obsta que o Ministério Público ajuíze demanda com vistas a aplicação cumulativa das sanções capituladas no art.6º e 19° da Lei nº 12.846/2013 mesmo nos casos em que tenha sido instaurado processo administrativo do qual tenha resultado absolvição da pessoa jurídica. Ressalva-se, porém, que tal somente será possível desde que demonstrada a ineficiência ou insuficiência na produção probatória administrativa e/ou se demonstre eventual colusão com os encarregados da apuração administrativa, o que não deixa de ser uma espécie de omissão qualificada.

Em casos tais, se franqueia ao órgão ministerial, em consonância com seu múnus constitucional, reclamar as punições previstas tanto no art.6º quanto no art.19º da Lei º 12.846/13, em sede judicial, posição de resto em consonância com a cláusula de inafastabilidade do controle judicial[258] e com a inexistência de coisa julgada no âmbito administrativo.[259]

Nessas hipóteses, o Ministério Público deverá reclamar as sanções acima mencionadas, além das previstas na Lei nº 8.429/92 não só em relação à pessoa jurídica, mas também em relação aos membros da Comissão Processante, na forma do previsto no art.27 da Lei nº 12.846/2013, já que a colusão ou omissão deliberada na produção de provas invariavelmente indicará a prática de ato de improbidade administrativa por parte dos agentes públicos.

Dessume-se daí que a intersecção entre as instâncias, judicial e administrativa, se estende, para além dos casos de omissão no âmbito do controle administrativo, para também albergar a possibilidade de controle judicial em casos de colusão ou insuficiência, o que configura uma espécie de omissão qualificada.

De outra senda, ainda que o art.30, II, da Lei nº 12.846/13 tenha ressalvado a aplicação cumulativa das penalidades previstas na Lei nº 8.666/93, tais sanções somente poderão ser aplicadas na via administrativa, abrindo-se, no entanto, a possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa ao Ministério Público, inclusive em face das autoridades administrativas encarregadas, acaso se detecte a omissão injustificada.

---

[257] PESTANA, Marcio, Op. cit, p.130.
[258] Art.5º, XXXV, da CF.
[259] BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF - RE 195861 ES, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 26/08/1997.

Destaque-se, outrossim, que embora não tenha sido aprovada a Medida Provisória nº 703/15, que incluiu expressamente na Lei Anticorrupção a possibilidade de apenamento cumulativo pelas infrações contra a ordem econômica à pessoa jurídica, tal possibilidade remanesce íntegra pela própria independência e fundamento de responsabilização diverso existente entre tais esferas.[260]

6.3.3 Dosimetria e o dogma da proporcionalidade

Como visto, a formatação de um microssistema coletivo de combate à corrupção dá ensejo à incidência complementar de sanções previstas em distintos diplomas jurídicos, o que evidentemente deverá ser objeto de um juízo de razoabilidade e proporcionalidade quando da análise casuística.

O justo equilíbrio sancionatório deverá ter em conta a função social da empresa e correlata necessidade de conservação da atividade empresarial em razão da multiplicidade de interesses que gravitam em torno desta e evidentemente transcendem os interesses patrimoniais dos donos do negócio.[261] Dito de outro modo, inegável que a atividade empresarial congrega inúmeros interesses sociais distintos dos interesses pecuniários dos donos do negócio, os quais variam desde a manutenção de postos de trabalho, ao recolhimento de tributos e até mesmo à geração de riquezas e tecnologias disruptivas.

Corolário disso é que as sanções de dissolução compulsória da empresa, sua suspensão ou interdição parcial deverão ser reservadas para casos de extremada necessidade, não podendo de forma alguma ser banalizadas. De igual modo, a multa não poderá ser de tal monta que inviabilize a continuidade da atividade empresarial, devendo, pois, assumir a função dissuasória de ilícitos em montantes adequados para a preservação da empresa.

Bem por isso a justa medida sancionatória deverá se orientar por parâmetros previstos nos próprios diplomas componentes do microssistema de combate à corrupção, interessando resgatar indicativos pontuais que permitam inferir um todo sistêmico harmônico.

Nesse particular, um dos primeiros indicativos de tal sistema sancionatório se refere à possibilidade de aplicação cumulativa ou isolada das sanções, possibilidade jurídica expressa tanto no art.19 da Lei Anticorrupção, quanto no art.12 da Lei de Improbidade Administrativa.

---

[260] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Comentários ao art.18**. Op. cit, p.245/246.
[261] COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

É dizer, é dado ao aplicador da norma, tanto em sede judicial quanto administrativa, selecionar uma, alguma, ou até mesmo todas as sanções para a incidência concreta em um determinado caso de corrupção.

Interessa notar, ainda, que a intensidade sancionatória poderá ser modulada não apenas pela incidência complementar ou isolada de todas as cominações previstas, mas também em relação ao grau de aplicação de uma única sanção, que poderá comportar gradações diversas.

Basta ver que, na Lei Anticorrupção, a sanção pecuniária de multa poderá se modulada em valores que variam desde de 0,1% (um décimo por cento) até 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo ou de R$ 6.000,00 (seis mil reais) a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). Também se vê que possível a modulação interna da sanção de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) ao máximo de 5 (cinco) anos.

De igual modo, há uma inequívoca modulação entre as sanções de suspensão, interdição parcial ou dissolução da sociedade empresária, engendradas em uma escala ascendente correspondente à gravidade dos fatos apurados.

De sua parte, a Lei de Improbidade Administrativa admite gradações diversas em relação a cada uma de suas sanções, ou seja, sanções escalonadamente mais graves, conforme detectados casos de violação de princípios de regência da atividade administrativa, lesão ao erário e enriquecimento ilícito. Também há uma gradação diversa em relação a cada ato em si considerado, podendo, v.g., em casos de enriquecimento ilícito, a multa variar por até 3 vezes o valor de tal enriquecimento ilícito, tal qual a proibição de contratação com o poder público, que poderá ser dar por um prazo mais ou menos alongado.

Em suma, quer-se com isso dizer que as penalidades poderão, por vezes, sofrer ajustes de intensidade tanto em sua incidência isolada, quanto cumulativa, abrindo-se, portanto, ao aplicador um amplo espaço de subjetividade na seleção das sanções concretamente cabíveis em relação à intensidade e incidência que há de se perfazer em cada caso.

Incumbe, assim, ao aplicador da sanção ou sanções, seja em âmbito administrativo ou judicial, ter como presente a instrumentalidade de seu papel para o atingimento das finalidades públicas a que está assujeitado, o que deverá buscar de forma ótima, mas sempre com o respeito aos múltiplos interesses em jogo, os quais deverão ser devidamente sopesados e harmonizados.

É dizer, a sanção deve obedecer a teleologia que lhe é ínsita, qual seja, a de prevenção geral e especial dos interesses públicos passíveis de serem vulnerados com o ilícito, promovendo-se o desestímulo de condutas juridicamente repudiáveis. Não se deve, pois, ficar aquém ou além do grau requerido para o atingimento das finalidades inerentes à repressão e prevenção, já que se o excesso implica em menoscabo para posições jurídico-subjetivas protegidas pela ordem jurídica, a insuficiência indica atuação ineficiente em relação ao reclamado pelos interesses sociais.[262]

Nessa esteira, o exercício de tal competência sancionatória reclama uma percuciente investigação da gravidade, intensidade e consequência dos atos lesivos, impondo-se, como corolário, a aferição da adequação, necessidade e justa medida do ato sancionador.

Bem por isso, para efeito de dosimetria sancionatória, o art.7º da Lei Anticorrupção deverá orientar objetivamente o aplicador da sanção, porém não só daquelas suscetíveis de aplicação em âmbito administrativo, mas também daquelas aplicáveis em sede judicial.

Assim é que, deverão ser levadas em conta quando da aplicação das sanções, dando-se concretude à proclamada proporcionalidade: i) a gravidade da infração; ii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; iii) a consumação ou não da infração; iv) grau de lesão ou perigo de lesão; v) o efeito negativo produzido pela infração; vi) a situação econômica do infrator; vii) a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; viii) a existência de mecanismos de *compliance* e ix) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

A fundamentação da decisão da autoridade administrativa ou judicial encarregada da aplicação da sanção e os critérios legais de dosimetria exsurgem, outrossim, como relevantes mecanismos de controle da insuficiência ou excesso da atividade sancionadora, harmonizando-se, nessa linha, com o devido processo legal, em sua vertente substancial e, bem assim com o princípio da eficiência da atividade administrativa.

---

[262] OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro** (...), Op cit. p. 485/486.

7. PROGRAMAS DE INTEGRIDADE CORPORATIVA (*Compliance*)

7.1 *Compliance* e novas pautas corporativas – gestão da imagem na sociedade da informação

A Lei Anticorrupção veio à lume no ordenamento jurídico brasileiro não só com o escopo de complementar o sistema normativo-punitivo em face de pessoas jurídicas por práticas corruptivas, mas também com o nítido propósito de alterar paradigmas empresariais, promovendo e incentivando a adoção de uma nova cultura corporativa alinhada com preceitos de boa governança.

Estimula-se, assim, a adoção de mecanismos de integridade internos denominados tradicionalmente de *compliance*, expressão oriunda do verbo inglês *to comply*, e que indica a adequação ou conformidade das práticas empresariais com expectativas normativas e práticas de boa gestão.

O *compliance* apresenta-se, pois, com feição nitidamente preventiva, introduzindo a ideia de fomento a comportamentos éticos, resguardando-se, outrossim, a autonomia da vontade e o livre mercado, já que sua adoção não é obrigatória.

Para além dos benefícios legais obtidos em eventuais processos judiciais ou administrativos, a efetiva adoção de mecanismos de integridade pode vir a significar a percepção de dividendos perante o público em geral, em especial na quadra hodierna em que a informação assume velocidade instantânea e a imagem reputacional da empresa constitui um ativo de primordial significado, inclusive de viés econômico.

Nessa linha, ao adotar a prática do *compliance* em suas atividades, empresas e instituições promovem a boa gestão da própria imagem, ligando-a a responsabilidade social corporativa, além de importar na diminuição dos riscos reputacionais próprios da corrupção, os quais podem redundar em extraordinários prejuízos morais e materiais.

A gestão da imagem e o *compliance* surgem, portanto, intrinsecamente ligados a um planejamento estratégico que coloca a ética como um valor fundamental, se apresentando não só como um mecanismo de caráter única e exclusivamente jurídico, mas também como importante ferramenta de comunicação, impulsionando a imagem corporativa e valorizando a organização tanto perante o público interno, quanto externo.

Esse pronunciado efeito midiático evidentemente agrega valor imaterial à pessoa jurídica, já que uma boa imagem empresarial é capaz de a um só tempo atrair novos investidores e consumidores. De outra banda, pode ainda auxiliar no saneamento do ambiente

econômico, privilegiando *players* mais atentos a esses novos paradigmas, já que se procura estimular, por meio de técnicas de *behaviorismo,* a reiteração de ações éticas e probas por meio do reforçamento positivo, tudo com vistas a conduzir a um mimetismo empresarial indutor de um círculo virtuoso no meio corporativo.[263]

Corolário disso é que c*ompliance* e governança corporativa se apresentam como conceitos associados pelos quais a organização sistêmica da pessoa jurídica alinha interesses dos proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle em torno de uma base principiológica que se orienta teleologicamente para agregar valor social às atividades econômicas da empresa. Derivam daí, como valores fundamentais, a transparência, integridade, equidade, bem como a responsabilidade e comprometimento dos gestores e da alta administração com a ética enquanto vetor fundamental dos negócios.

7.2 Códigos de ética e governança corporativa – era da responsabilidade compartilhada

A introdução do *compliance* no ambiente corporativo, ao contrário da percepção geral, não decorreu da aprovação da Lei Anticorrupção, na medida em que mecanismos de integridade já haviam sido contemplados na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98).

Com efeito, a Lei de Lavagem de Dinheiro estabeleceu em seus dispositivos, obrigações legais, em sua maior parte voltada para pessoas jurídicas que operam junto ao sistema financeiro nacional, orientadas a evitar ou reprimir o fluxo de capitais de origem ilícita. Tais obrigações variam desde a necessidade de identificação de clientes e manutenção de cadastros até o registro de transações e comunicações de certas operações para órgãos de controle.

Ao contrário do disposto na Lei Anticorrupção, no entanto, que contempla apenas a hipótese de redução de eventuais sanções em caso de existência de mecanismos de *compliance*, na Lei de Lavagem de Dinheiro se cominam expressas sanções para a inobservância de tais regramentos, que variam desde advertência, passando por penalidades pecuniárias e podendo até mesmo chegar à cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento da pessoa jurídica.[264]

Porém, o fato é que somente com a Lei Anticorrupção o tema *compliance* foi colocado na ordem do dia, tendo suscitado inúmeros debates e trabalhos acadêmicos acerca de suas disposições.

---

[263] Ó SOUZA, Renee do. **O compliance como instrumento de política pública de combate à corrupção**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 193-217, jul./set. 2017.
[264] Art.12 da Lei nº 9613/98.

Embora a legislação anticorrupção não tenha adotado o termo *compliance*, de certa forma já popularizado, albergou o seu conceito no artigo 7º, inciso VIII, ao estabelecer que deverá ser considerada para a aplicação da sanção pela prática de atos corruptivos, obviamente com o fim de minorá-la, 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.

Contempla-se, assim, a ideia de autorregulação regulada, por meio da qual a legislação transfere à pessoa jurídica a incumbência de promover uma nova cultura organizacional em seus quadros, promovendo-se comportamentos internos e externos tido como socialmente positivos.[265]

Os programas de *compliance* apresentam-se, nessa linha, como ferramentas de gestão de riscos em que há um verdadeiro compartilhamento de responsabilidades do poder público com a sociedade civil, não só em virtude da impossibilidade natural de se promover uma fiscalização eficiente em todas as searas, mas sobretudo pela inserção da ética e moralidade nas pautas corporativas nacionais e internacionais, na medida em que hodiernamente se reconhece que práticas corruptas ou de alguma forma ilícitas implicam em perda de oportunidades comerciais, perda de valor acionário, prejuízos concorrenciais, além de vários outros custos negociais.[266]

A formatação do *compliance* previsto na Lei Anticorrupção enquadra-se, assim, como categoria de norma jurídica *soft law* de natureza promocional, já que, mesmo não sendo obrigatória, é estimulada ao se anunciar a redução das sanções administrativas e judiciais em caso de prática de atos corruptivos.[267]

Ainda que um programa de *compliance* não apresente o escopo ilusório de eliminação completa de práticas ilícitas no ambiente corporativo, mesmo porque, se assim o fosse não indicaria a diminuição da sanção a ser aplicada, traduz o propósito de minimização das possibilidades do ilícito, conjugando ferramentas para o eficiente endereçamento da questão, exsurgindo daí seu caráter preventivo, de detecção e de reparo de atos lesivos ao patrimônio público.[268]

---

[265] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, **Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance**, *in* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, SAAD-DINIZ, Eduardo, *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*, São Paulo; Saraiva, 2015, p.113/161.

[266] MATTIUZZO Marcela, **Concorrência e corrupção – programas de compliance no debate jurídico-institucional brasileiro**, RDC, Vol. 5, nº 1. Maio 2017.

[267] Ó SOUZA, Renee do. Op. cit.

[268] UBALDO, Flávia Safadi. **Lei Anticorrupção: a importância do programa de compliance no cenário atual**, in PORTO, Vinicius; MARQUES, Jader (orgs) *O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.119/128.

Nessa linha é que o Decreto Federal nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, trouxe importantes vetores para a aferição da adequação de um programa de *compliance*, os quais haverão de ser observados para a obtenção de eventual atenuação da sanção administrativa ou judicial.

De início, ali se define o programa como o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, estabelecendo-se a necessidade de aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta e de políticas e diretrizes orientadas a detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, tanto nacional, quanto estrangeira.[269]

Os códigos de ética surgem, nesse particular, como relevantes instrumentos de governança corporativa, já que trazem as balizas fundamentais regentes da conduta e atividades da empresa e seus empregados nas suas relações com clientes, concorrentes, fornecedores e até mesmo com as autoridades regulatórias.

Em geral, os códigos de ética devem trazer orientações gerais sobre o cumprimento das leis, trabalho voluntário, práticas de contratação e emprego, remuneração, liberdade de associação e negociação coletiva, saúde e segurança no trabalho, meio ambiente, presentes e entretenimento, conflitos de interesse, anticorrupção e integridade financeira.[270] Ademais, os códigos de ética corporativa devem se alinhar aos respectivos códigos de ética profissional, promovendo-se uma harmonização que torne o marco regulatório claro e unívoco.

A avaliação da adequação do programa de integridade sopesará, outrossim, os seguintes parâmetros: i) comprometimento e apoio da alta direção da pessoa jurídica ao programa; ii) universalidade na aplicação de padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade; iii) possível extensão dos padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; iv) treinamentos e análise periódicas sobre o programa de integridade e sua adequação; v) - registros e controles internos que assegurem a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; vi) - procedimentos específicos preventivos da ocorrência de fraudes em licitações, contratos e quaisquer outras interações com o setor público, ainda que intermediada por terceiros; vii) - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; viii) - canais de denúncia de

[269] Art.41 do Decreto nº 8.420/2015.
[270] ANTONIK, Luís Roberto. ***Compliance*, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**, Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 170.

irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, bem como a existência de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; ix) - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade, conjugada com procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades e a tempestiva remediação dos danos gerados; x) - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros que mantenham relação com a pessoa jurídica; xi)- verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e xii) - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.[271]

Há que se considerar, ainda, na avaliação dos parâmetros referidos, o porte e especificidades da pessoa jurídica, em especial a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores, a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores, a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais, o setor do mercado e países em que atua, o grau de interação com o setor público e, por fim, o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.[272]

A regulamentação promovida pelo Decreto Federal nº 8.420/2015 ainda estabelece que, na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades para a análise da adequação do *compliance*, não se exigindo, especificamente) a extensão de padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade a terceiros; ii) análise periódica de riscos para adaptações necessárias ao programa de integridade;iii) independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; iv) canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros e existência mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; v) diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros; vi) verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas e vii) o monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos.

É de se notar, que ainda que o conceito de *compliance* esteja de certa forma relacionado às relações das pessoas jurídicas com o poder público, suas notas fundamentais não devem

[271] Art.42 do Decreto nº 8.420/2015.
[272] Art.42, §1º, do Decreto nº 8.420/2015.

apenas se circunscrever à iniciativa privada, sendo o ideário de governança em tudo assimilável pelo poder público.

Nesse diapasão é que a Instrução Normativa Conjunta do MP/CGU nº 1 (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e a Controladoria-Geral da União) consigna que os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal deverão adotar medidas para a sistematização de práticas relacionadas à gestão de riscos, controles internos e governança.

De igual modo, o Estatuto das Estatais (Lei nº 13.303/16) dispõe sobre regras de governança corporativa, transparência, gestão de riscos, controle interno, composição da administração e proteção de acionistas. O mesmo diploma ainda faz referência direta ao *compliance* ao dispor que um segmento especificamente destinado a esse fim se reportará ao Conselho de Administração em situações de suspeita de irregularidades da alta direção e omissão na tomada das medidas necessárias (art.9º, §4º, da Lei nº 13.303/16).

Por esse e outros motivos, ou seja, a propósito das crescentes preocupações corporativas com o *compliance,* criou-se uma certificação indicativa de uma gestão antissuborno no âmbito empresarial, a qual veio consubstanciada, em nível internacional e nacional, na ISO 37001 e 19600 e ABNT NBR ISO 37001, que viabilizam a criação de padrões de comportamento e gestão do negócio com a utilização de ferramentas e procedimentos antissuborno.

A sigla "ISO" refere-se à *International Organization for Standardization*, uma organização não governamental, presente em inúmeros países, cuja função é a de promoção de normatização de produtos e serviços com vistas ao incremento da qualidade.

Enquanto a ISO 19600 se refere à conformação em múltiplas searas, como legislação e riscos atinentes a questões tributárias, trabalhistas, ambientais, de reponsabilidade social, conduta profissional, concorrencial e segurança da informação, a ISO 37001 é voltada mais pormenorizadamente para a implementação da gestão anticorrupção e antissuborno. Ambas, portanto, devem se implementar de forma conjugada para a implementação e certificação internacional da adoção de princípios de boa governança.[273]

Nessa linha, as certificações em tela, por si, já constituem um considerável indicativo de adequação e qualidade do programa de *compliance*, já que se tratam de instrumentos de avaliação levados a efeito por instituição independente com competência técnica para tal.

Sem embargo da importância das referidas certificações, não se colhe daí, obviamente, qualquer vinculação aos órgãos públicos encarregados da aferição da adequação do programa,

[273] BLOK, Marcella. **Compliance e governança corporativa: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e Decreto-Lei 8.421/2015**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018, p.94.

já que a certificação tem caráter meramente indicativo, não dispensando, assim, a análise técnica a ser levada a efeito pelos órgãos públicos se eventualmente necessário.

7.3 Implicações sancionatórias da implementação de autênticos programas de *compliance*

Para que um programa de *compliance* implique em eventuais benefícios legais aos seus aderentes, impende que seja efetivo e real, denotando um autêntico compromisso empresarial com vetores indicativos de responsabilidade social empresarial.

Nessa linha é que o próprio Decreto Federal nº 8.420/2015 impõe a efetividade do programa de integridade[274], já que programas meramente nominais ou formais, orientados unicamente para a dissimulação da existência de uma cultura corporativa inexistente, poderão implicar, ao contrário do intentado, em eventual agravamento das sanções potencialmente cabíveis, já que se trataria de uma prática empresarial em dissonância com a boa fé objetiva que se pretende incutir.[275]

Cumpre notar, que o art.7º, VIII, da Lei nº 12.846/13 ou mesmo o Decreto Federal nº 8.420/2015 não dimensionam o efetivo impacto que a adoção de um programa de *compliance* irá ocasionar na dosimetria sancionatória em caso de prática de eventuais atos lesivos.

Bem por isso, cumpre à autoridade administrativa e judicial, quando da análise de eventuais processos de responsabilização, máxima acuidade na aferição da adequação do programa, bem como razoável ponderação quando da diminuição das sanções em caso de autênticos programas de *compliance.*

Deverão ser assim sopesados os custos envolvidos com a manutenção do programa e o grau de comprometimento da alta cúpula administrativa, em especial para que se desenhe uma relação custo-benefício que estimule a multiplicação de tais mecanismos e não os torne inócuos no tocante à mudança de culturas empresariais.

---

[274] Art.42, §2º, do Decreto nº 8.420/2015

[275] MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance: concorrência e combate à corrupção.** São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p.160.

8. ACORDOS DE LENIÊNCIA

8.1 Acordos de leniência – construção de novos paradigmas consensuais e o princípio da eficiência

A vetusta noção de uma Administração Pública engessada pelos cânones tradicionais de direito público, como a legalidade, indisponibilidade e supremacia do interesse público vem cedendo passo para um disruptivo ideário dialógico, consensual e, sobretudo, atento à lógica utilitária da eficiência.

Tal movimento deriva do reconhecimento inexorável que a administração pública brasileira é vagarosa e ineficiente, além de constituir uma presença onipresente em nossa cena judicial, sendo responsável pelos pesados gargalos que impõem notórias dificuldades para uma pronta resolução dos conflitos. Bem por isso, tem se tornado cada vez mais comum o conclamo para a superação da cultura de litigiosidade em favor em favor de uma postura não adversarial e cooperativa que supere a lógica de processos ineficientes e infindáveis.[276]

Ganha corpo, assim, a ideia de que a Administração Pública deve se atentar antes à produção de resultados do que apego inútil a fórmulas burocráticas e dogmas ultrapassados, o que há de ser alcançado pela inclusão participativa e dialógica com a sociedade. Reconhece-se, assim, que a administração consensual se encontra legitimada, portanto, antes na satisfação das necessidades sociais dos cidadãos, do que propriamente no fetiche à letra fria da lei.[277]

O consensualismo introduz, assim, variadas externalidades positivas, em especial por conferir uma maior legitimidade e eficiência para as decisões administrativas, apresentando-se o resultado construído mais célere e assimilável. Evita-se, de outra parte, externalidades negativas, em especial as decorrentes da hiperinflação litigiosa que retarda e congestiona o fluxo de tomada de decisões, contribuindo para a ineficiência que incrementa o custo do País.

Em deferência a essa nova dinâmica, têm sido cada vez mais comuns a formatação jurídica consensual no âmbito da administração, a qual se expressa, como indica Moreira Neto em subsistemas que incluem: (i) decisão consensual, tais como nos instrumentos do plebiscito, referendo e audiência pública; (ii) execução consensual, traduzida em contratos administrativos de parceria e acordos administrativos coordenativos; iii) solução de conflitos,

---

[276] FREITAS, Juarez. **Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos**, Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, n. 276, set./dez. 2017, p.25-46.

[277] ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**, Revista de Informação Legislativa, jul/set 2005, vol. 42, n. 167.

comuns em mecanismos de conciliação, mediação, arbitragem, ajustes de conduta e acordos de leniência.[278]

Esse novo consensualismo, que sofre o influxo de movimentos globalizatórios, vem se espraiando até mesmo em áreas antes tida como substancialmente infensas à sua atuação, em especial o direito penal, tendência que teve início com as transações penais no âmbito da Lei nº 9.099/95 e hoje se apresenta profundamente marcada com os acordos de colaboração premiada, os quais têm se difundido como tendência inexorável, notadamente em casos versando sobre corrupção e crime organizado, na esteira do que vem disposto na Lei n°.12.850/13.

Tratando-se especificamente da corrupção e crime organizado, a inserção de mecanismos consensuais para o incremento da eficiência persecutória está alinhada com compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em especial as Convenções das Nações Unidas contra a Corrupção e contra o Crime Organizado, as quais são expressas ao prever que cada Estado deverá adotar medidas apropriadas para a adoção de acordos de colaboração premiada.[279]

A adoção de tais mecanismos de construção negociada no âmbito sancionatório parte da inexorável premissa de que determinados tipos de ilícito, pela sua própria natureza, são perpetrados no âmbito de intricadas redes relacionais, sendo de difícil e até por vezes impossível apuração eficaz. Nesse diapasão, a costura de acordos que importe em ganhos de eficiência para a persecução e interrupção de ilícitos reiterados implica em adesão à uma visão utilitária que vê a produção de resultados como algo prioritário para a Administração e para a própria sociedade.

Nesse prisma é que, a exemplo da Lei das Organizações Criminosas e da Lei de Defesa da Concorrência, a Lei Anticorrupção também adere ao instrumento do acordo de leniência com vistas à construção de soluções negociadas no âmbito do poder administrativo sancionatório.

8.2 Conceito e requisitos

O acordo de leniência, que como todo acordo pressupõe a troca de vantagens mútuas, indica o ajuste para o intercâmbio de informações e documentos comprobatórios atinentes à

[278] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa**, Revista de Direito Administrativo, vol. 231, jan./mar. 2003, p. 129-156.
[279] Cf. Art.37 do Decreto 5.687/06 e art.26 do Decreto 5015/04.

autoria e participação nos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção em contrapartida a benefícios ou isenções sancionatórias.

É dizer, o acordo de leniência consubstancia uma troca de vantagens em que a Administração Pública obtém benefícios relativos a questões probatórias concernentes aos ilícitos, ao passo que o colaborador obtém vantagens relacionadas às sanções a que estaria assujeitado, das quais poderá se isentar ou haverão de ser mais lenientes ou brandas. O Estado assume, pois, o papel de leniente, concedendo os benefícios legais, ao passo que o infrator ocupa a posição de delator-colaborador.[280]

O acordo de leniência consiste, pois, em uma transação entre o Estado e o delator, por meio da qual o Estado obtém, por parte de coautores do ilícito corruptivo, informações e documentos propiciadores de uma mais eficiente persecução, ao mesmo em que concede benefício sancionatórios orientados a estimular tal colaboração.

Nessa linha é que, reproduzindo dispositivo relativo a acordos de leniência no âmbito do direito concorrencial (art.86 da Lei n.12.529/2011), a Lei nº 12.846/13 dispôs em seu art.16 que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos ilícitos que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, desde que tal colaboração resulte na identificação dos demais envolvidos e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito corruptivo.

Pressupõe-se para a adequada celebração de um acordo de leniência que o Estado não disponha, por si, de elementos probatórios aptos a assegurar uma condenação pela prática dos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção e que, de outro lado, o colaborador disponha de tais elementos orientados a viabilizar o resultado útil do processo administrativo e judicial.

O instituto apresenta, assim, caráter bifronte, pois se de um lado conforma técnica especial de investigação, garantindo colaboração livre e voluntária orientada ao aporte de material probatório de relevo para o descortino do ilícito e seus autores, de outro revela e garante moderno e inovador meio de defesa, se apresentando à disposição do infrator na avaliação do cálculo estratégico relacionado a sua efetiva punição ou às possibilidades concretas de se esquivar ou minimizar seu próprio sancionamento.

Necessário aqui enfatizar que, enquanto opção da defesa, é instituto facultativo e espontâneo, afinando-se com o sistema jurídico-constitucional pátrio, de maneira que embora a pessoa jurídica infratora abra mão de seu direito ao silêncio e à não-autoincriminação ao

[280] MARRARA, Thiago. **Comentários ao art.16**. In: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.195-231.

decidir colaborar com o poder público, tal deriva de um juízo racional e livre de coerção, tudo após uma avaliação instrumental e estratégica.

Para a celebração do acordo de leniência e a correlata obtenção das benesses legais, impõe-se, assim, o cumprimento dos seguintes requisitos cumulativos: i) a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar em termos de interesse na cooperação para a apuração do ilícito; ii) cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da propositura do acordo; iii) admita sua participação no ilícito, cooperando plena e permanentemente com as investigações e processo administrativo (art.16, §1º, da Lei nº 12.846/13).

Marrara bem sintetiza o quadro de requisitos para o acordo de leniência, classificando-se didaticamente em exigências de natureza pessoal, temporal e finalística. No concernente ao aspecto pessoal, é necessário que infrator seja uma pessoa jurídica, não se destinando para pessoas físicas envolvidas em atos corruptivos. Em relação ao aspecto de ordem temporal, é necessário que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar, incutindo-se um germe de instabilidade entre as pessoas jurídicas componentes de um grupo criminoso, estimulando-se, pois, corridas pela leniência. Por final, no atinente ao aspecto finalístico, impõe-se que a pessoa jurídica interessada comprometa-se a cooperar plena e de forma perene com as investigações e processo administrativo e que aludida cooperação implique em efetiva utilidade para a atividade probatória do Estado.[281]

Vislumbra-se, outrossim, um requisito de natureza material, qual seja, o da necessidade de ressarcimento integral dos prejuízos causados ao erário (art.16, §3º, da Lei nº 12.846/13), já que vedada a dispensa de recomposição material do patrimônio público entre as cláusulas firmadas entre as partes.

De outra parte, cumpre esclarecer que se faz necessário que a pessoa jurídica candidata ao acordo de leniência seja responsável pela prática de um ato lesivo de corrupção previsto na lei, não se destinando às hipóteses de ato lesivo de que teve conhecimento, mas não participou. Malgrado, tendo em perspectiva o critério da responsabilidade objetiva consagrado na referida legislação, a pessoa jurídica pode propor acordo de leniência para casos em que uma pessoa natural tenha agido em seu benefício ou interesse, independentemente da existência de concurso de seus dirigentes, o que irá implicar, naturalmente, na incursão da pessoa natural ao processo de responsabilização competente.[282]

---

[281] MARRARA, Thiago. **Comentários ao art.16**. Op. cit.
[282] SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas,** São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p.105/106.

Ademais, ainda no referente à dimensão temporal do acordo, cabe ver que a lei não estabelece qualquer marco de admissibilidade para a sua celebração, limitação essa levada a efeito apenas no nível infralegal pelo art.30, §2º, do Decreto Federal nº 8.420/2015 que estabeleceu que a proposta somente poderá ocorrer até a conclusão do relatório a ser elaborado no âmbito do processo de responsabilização.

A referida limitação temporal, no entanto, já tem recebido críticas, se apontando de forma apropriada que a legislação apenas estabeleceu a necessidade da utilidade da colaboração, o que poderia ocorrer após a elaboração do relatório pela autoridade administrativa e, até mesmo, após a conclusão do processo administrativo de responsabilização com a imposição de alguma penalidade, já que poderia a pessoa jurídica apresentar provas atinentes à participação de outros envolvidos no ilícito ou ainda reportar outra infração distinta que, até aquele momento, não era objeto de particular atenção Estado.[283]

Impende atentar, nesse particular, para a necessidade de uma certa harmonia normativa entre diplomas relativos à composição na seara punitiva, já que nesse aspecto o art.4º, §5º, da Lei nº 12.850/13, que trata das organizações criminosas, admite a colaboração ainda que já prolatada sentença no âmbito penal, o que torna a limitação temporal prevista para os acordos de leniência contraditória com os próprios escopos do microssistema de combate à corrupção.

Impõe-se, de outra banda, que o acervo probatório ofertado no acordo de leniência tenha consistência suficiente para além de qualquer dúvida razoável, o que não implica necessariamente dizer que deva resultar em condenações, que podem não ocorrer por motivos variados.[284]É dizer, ainda que o relevo e ineditismo sejam essenciais à possibilidade de celebração de acordos, cuja expectativa é de que sejam úteis e efetivos, tem-se unicamente uma obrigação de meio e não resultados, já que existem uma multiplicidade de variáveis não necessariamente adstritas ao controle do colaborador.

O relevo e utilidade do material probatório ofertado relaciona-se, assim, com a potencial otimização da atuação preventiva e repressiva do Estado e pelo inerente interesse público na celebração do acordo, o qual deve ser sopesado pela percuciente análise do equilíbrio entre os benefícios concedidos e proveitos obtidos na equação compositiva, sempre tendo em mira as circunstâncias fáticas e jurídicas específicas e a dimensão e magnitude dos ilícitos.

---

[283] SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. Op. cit, p.109/110.
[284] CARVALHOSA, Modesto, Op.cit.378/380.

No mais, ainda que a Medida Provisória 703/2015 não tenha sido convertida em lei, por tudo recomendável que os acordos de leniência contemplem necessariamente cláusula dispondo acerca da necessidade de implementação ou melhora de mecanismos de *compliance*, já que se trata de instituto em harmonia com todo o espírito e finalidade que o microssistema de combate à corrupção.

8.3 Autoridades competentes para a celebração de acordos de leniência e articulação institucional

Um dos pontos críticos da legislação anticorrupção consiste no fato de que conferiu competência para a celebração de acordos de leniência a um elevado espectro de autoridades, já que o art.16 faz referência à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública.

Assim, pelos termos legais e em se tratando de uma lei de natureza nacional e, desta feita, aplicável indistintamente a todos os poderes públicos em suas múltiplas esferas governamentais, a plêiade de autoridades competentes é múltipla, distribuindo-se entre órgãos e pessoas jurídicas do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário nos três níveis federativos.

Além disso, a legislação não esclarece pormenorizadamente quais seriam as autoridades máximas competentes para a celebração do acordo de leniência em todos os níveis administrativos de nossa estrutura governamental, ressalvada a leniência no âmbito do Poder Executivo Federal e no tocante à atos lesivos corruptivos praticados contra entidades estrangeiras, casos em que se atribui expressamente competência para a Controladoria Geral da União (art.16, §10, da Lei nº 12.846/13).

Desta feita, no tocante às demais esferas governamentais, tais como Poder Executivo dos Estados e Municípios e Poder Legislativo e Judiciário federal e estadual, cada qual deverá fazer uso de sua competência auto organizativa para a definição regulamentar dos responsáveis para a celebração dos referidos acordos.[285]

Acertadas, nesse particular, as observações de Carvalhosa[286], especialmente quando pontua que o caput do art.16 da Lei Anticorrupção, que atribui a competência para a autoridade máxima de cada órgão ou entidade, deve ser interpretado de forma concorde com o espírito teleológico da legislação, harmonizando-o com o disposto no §10 do mesmo dispositivo, ainda que nos planos estadual e municipal, bem como no âmbito dos demais Poderes Legislativo e Judiciário.

[285] MARRARA, Thiago. **Comentários ao art.16**. Op. cit
[286] CARVALHOSA, Modesto, Op.cit.390/391.

Nesse contexto, não se afigura efetivamente recomendável que Prefeitos, Governadores, Ministros, Secretários, Presidentes de Tribunais, Câmara, Senado, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais sejam as autoridades competentes para os julgamentos administrativos e correspondente acordos de leniência por atos corruptivos praticados em seus respectivos domínios, já que via de regra, os atos previstos e capitulados na lei, na maior parte dos casos, envolve direta ou indiretamente tais autoridades, o que tornaria a aplicabilidade e os escopos da legislação letra morta.

Por tal razão, interpretação sistêmica e teleológica indica que tal competência, tal qual no âmbito federal, deverá ser reservada aos órgãos correcionais e disciplinares dos entes implicados, os quais devem ser investidos de específicas atribuições investigativas e judicante-administrativas, garantindo-se estrutura e competência para seus componentes, que devem se ver livres de injunções que eventualmente comprometam a imparcialidade esperada.

Questão, de outra senda, que já vem causando e por certo continuará a implicar em disputas de toda ordem consiste na possibilidade de atuação contraditória entre diferentes esferas e órgãos governamentais se não engendrados esquemas de articulação institucional que assegurem a eficácia e segurança jurídica para a escorreita celebração de acordos de leniência.

Isso porque, em sendo múltiplas as instâncias e órgãos de controle e, podendo um mesmo fato, acarretar consequências sancionatórias em distintas searas, tais quais no âmbito penal, administrativo e civil, indispensável uma articulação institucional, a fim de que os acordos sejam eficazes e não impliquem em atividades contraditórias, minando a atratividade e credibilidade de eventuais acordos.

Com efeito, inexistiria um mínimo de segurança jurídica acaso a pessoa jurídica celebrasse acordo de leniência junto a um órgão administrativo correcional e posteriormente se assujeitasse a ações de responsabilidade civil por atos de improbidade administrativa ajuizadas pelo Ministério Público ou até mesmo a ações penais em face de seus dirigentes justamente em virtude das provas que ela mesmo entregou em razão do acordo.

Assim, ainda que a legislação não tenha contemplado essa articulação institucional, mantendo o sistema punitivo- repressivo pleno de ilhas administrativas, uma boa e eficiente persecução alinhada com as expectativas geradas pela colaboração efetiva, impõe que haja uma concatenação harmônica e cooperativa por meio de "rede de agências",[287]mesmo porque a premissa da celebração de acordos se orienta pela boa-fé e pelo princípio da confiança, não

[287] O'DONNELL, Guillermo. **Horizontal accountability in new polyarchies**. Working Paper n. 253, April 1998. The Helen Kellogg Institute for International Studies. University of Notre Dame. Notre Dame, Indiana, United States of America. Disponível em: <https://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/253.pdf>. Acesso em 04/06/2018.

sendo razoável que o Estado aja de maneira contraditória em suas diversas esferas de forma criar um ambiente de instabilidade institucional.

Nesse contexto, ainda que a autoridade competente, em princípio, para firmar o acordo de leniência com a pessoa jurídica envolvida em atos corruptivos seja a Controladoria-Geral da União ou as autoridades máximas de cada uma das outras esferas, conforme as regulamentações a serem editadas, tudo recomenda uma atuação orgânica, notadamente envolvendo as Advocacias Públicas, Ministério Público e os respectivos Tribunais de Contas.

Tal se faz ainda necessário em razão do inolvidável risco da celebração de acordos inoportunos, mormente se a prova apresentada pela pessoa jurídica que pretende a colaboração já tenha sido produzida ou obtida por outro órgão, o que a tornaria inútil, já que não teria o potencial de contribuir para o aprofundamento das investigações.[288]

Assim, a atratividade dos acordos de leniência impõe um ambiente de segurança jurídica em que estejam claramente apresentados ao infrator os elementos de risco e incentivos a serem sopesados quando de sua decisão estratégica de colaborar, de maneira que impõe-se a observância da transversalidade em sua configuração concreta, relativizando-se a fragmentação organizacional do Estado com a negociação de um acordo único, o qual esteja alinhado aos interesses do ente estatal globalmente considerado.

De qualquer forma, imprescindível que qualquer acordo contemple sempre a participação do Ministério Público, em especial em razão perfil pluricompetente para a atuação cível e criminal na repressão dos ilícitos capitulados na Lei Anticorrupção, participação essa que propiciará maior segurança ao colaborador em razão do tratamento global dos aspectos punitivos referentes aos ilícitos revelados.

Convém anotar, ainda, que o desenho constitucional generalista do Ministério Público, não circunscrito a dada especialidade temática, bem como os instrumentos investigativos mais amplos de que dispõe, certamente lhe conferem uma maior amplitude negocial em relação aos demais negociadores, qualificando-o de forma mais acentuada para a atuação preventiva e repressiva nesta seara.

No mais, na perspectiva da pessoa jurídica colaboradora, tal atuação orgânica e interinstitucional tende a afastar usos futuros inoportunos do acordo em razão do compartilhamento dos dados entre as instâncias de controle e fiscalização do Estado, vulnerando-se a boa fé e as justas expectativas.

---

[288] PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. **Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).** Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016.

É bem de ver, no entanto, que a falta de tal afinação e interlocução institucional tem se feito sentir na prática, muito também em virtude da atuação embrionária no tocante à questão. Com efeito, em acordos de leniência firmados pelo Ministério Público Federal no âmbito da Operação Lava Jato não foram incluídos órgãos como a Controladoria Geral da União, Tribunal de Contas da União e Ministério Público dos Estados, o que tem gerado questionamentos, inclusive judiciais, de toda ordem.

Destarte, no âmbito do Tribunal de Contas tem se entendido que tais instrumentos não afetam as suas competências próprias para a avaliação e sancionamento por eventuais prejuízos causados, na forma do disposto na Lei nº 8.443/1992, a despeito de se ter prestigiado a cooperação perante o Ministério Público no tocante às medidas cautelares de indisponibilidade e dosimetria das sanções, consoante o deliberado no Acórdão nº 483/2017-TCU-Plenário, condicionando-se, no entanto, à subsequente cooperação perante a própria jurisdição de contas.[289]

De igual modo, a própria União questionou a celebração de tais acordos sem a sua participação, tendo sido reconhecido pelo Tribunal Regional da 4ª Região que o avençado não atingiria sua esfera de competência no concernente à persecução por eventuais atos de improbidade administrativa e ressarcimento dos danos causados, pontuando-se a necessidade de re-ratificação de acordos de leniência por outros órgãos no referente às suas esferas de competência.[290]

A questão, no entanto, ainda parece longe de consenso, tendo inclusive a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal (MPF) publicado estudo técnico em que condicionou a possibilidade de empréstimo de prova produzida em acordos de leniência para órgãos públicos de fiscalização e controle ou por terceiros interessados que se legitimem a tal *disclosure* à adesão racional e razoável aos termos negociados e acertados entre Estado e colaborador.[291]

Por final, embora se reconheça a necessidade de atuação orgânica e articulada entre as diversas esferas governamentais e as dificuldades a ela inerentes, por certo que eventual acordo isolado não poderá contemplar cláusulas atinentes à competências e atribuições de outros órgãos, ainda que considerado o Estado como realidade uma e indivisível.

---

[289] ZYMLER, Benjamin; ALVES, Francisco Sérgio Maia. **Acordos de Leniência e o papel do TCU**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 20, n. 107, p. 153-168, jan./fev. 2018.

[290] BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região, *Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR – 3ª Turma –Relatora: Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida - Pub. 24.08.2017.*

[291] BRASIL. Ministério Público Federal. Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR, de setembro de 2017, disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf, acesso em 05/06/2018.

8.4 Frustração ou descumprimento do acordo de leniência e suas consequências jurídicas

Como visto, o acordo de leniência pressupõe boa-fé bilateral, ou seja, gera justas expectativas jurídicas acerca de seu efetivo cumprimento tanto por parte do Poder Público quanto por parte da pessoa jurídica interessada.

Nesse contexto, mesmo que do acordo não derive a necessidade de assegurar a eventual condenação de terceiros, é imperioso que garanta a ampliação objetiva e subjetiva do quadro probatório de maneira útil e consistente, sob pena de não cumprir seu propósito, o que evidentemente estará na contramão do interesse público que legitima a sua existência e o interesse em sua celebração.

Desta feita, em casos de eventual celebração de acordo que não produza os efeitos probatórios em razão da não colaboração plena da pessoa jurídica com as autoridades encarregadas do processo administrativo e judicial, certamente tal não poderá produzir os efeitos jurídicos que lhe são próprios com o abrandamento ou isenção das sanções previstas.

Assim, na hipótese de a pessoa jurídica ocultar provas materiais ou documentais que posteriormente se descortine em seu poder, omitir testemunhos de peças chaves para a comprovação dos ilícitos e ou continuar engajada em outras práticas corruptivas subsequentemente apuradas, há de se ter por descumprido o acordo.

Necessário, nessa linha, em atendimento ao que dispõe o art.16, §4º, da Lei nº 12.846/13, que sejam devidamente consignadas as cláusulas essenciais que estipulem as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

Nada impede, no entanto, que as provas obtidas em acordo de leniência resolvido em função do inadimplemento do colaborador sejam utilizadas em desfavor dele próprio e de terceiros, uma vez que a disciplina legal dispõe que apenas o acordo rejeitado não importará no reconhecimento da prática do ilícito (art.16, §7º, da Lei nº 12.846/13).

Em casos tais, pressupondo-se que o acordo foi aceito e devidamente celebrado, tendo sido resolvido em razão de culpa imponível ao colaborador, há vulneração da boa-fé que alinha os interesses convergentes, o que torna lícito e legítimo o uso das provas anteriormente obtidas pelo Poder Público em desfavor da própria pessoa jurídica responsável pela leniência e dos terceiros a ela associados.

De mais a mais, 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 (art.16, §8º, da Lei nº 12.846/13).

8.5 Acordo de leniência e impactos sistêmicos e sancionatórios

A possibilidade de acordos de leniência versando sobre os atos ilícitos previstos na legislação anticorrupção tem provocado uma série de questionamentos teóricos e práticos, muito em virtude da consolidada visão que até então vigorava e que via a indisponibilidade do interesse público de forma hermética e unidimensional.

Esse contexto jurídico vinha devidamente consagrado em termos normativos no art.17, §1º, da Lei nº 8.429/92, o qual dispõe ser inadmissível a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

Ainda que algumas vozes[292] e decisões judiciais[293] se levantassem contra uma intepretação literal do dispositivo, em especial para a admissão de transação em atos de improbidade administrativa de menor expressão pecuniária, o fato é que a discussão passou a tomar corpo com a aprovação da Lei Anticorrupção e Lei do Crime Organizado, com a consequente previsão da possibilidade de acordos de leniência e acordos de colaboração premiada e os inúmeros desdobramentos sancionatórios daí decorrentes.

A visão da inadmissibilidade de composição em ações de improbidade administrativa passou então a sofrer uma releitura dogmática mais enfática a partir da abertura normativa da possibilidade de celebração de acordos de leniência e da própria possibilidade de colaboração premiada no âmbito penal, já que se tratam de disposições que não convivem de forma harmônica no microssistema de combate à corrupção.

Seria evidentemente de máxima incoerência sistêmica se admitir a colaboração premiada no âmbito penal, ramo orientado à tutela dos bens jurídicos de maior relevo e com os mais incisos instrumentos de repressão ou admiti-la no âmbito de acordos de leniência envolvendo atos corruptivos, e ao mesmo tempo vedá-la em matéria de improbidade administrativa, trazendo, pois, inolvidável insegurança jurídica a eventual colaborador, que estaria ainda sujeito às inúmeras e graves sanções ali cominadas.

Nessa esteira, também o próprio Código de Processo Civil e a Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação) trazem disposições que impõem uma releitura no manejo de instrumentos de consensualidade, incluindo aí a possibilidade de tais ajustes no âmbito da improbidade

---

[292] LOBO FILHO, Fernando Rissoli; GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **O compromisso de ajustamento de conduta como mecanismo de consenso em matéria de improbidade administrativa**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 174, p. 27-33, ago. 2015.

[293] BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 2004.002.22949. Décima Quinta Câmara Cível. Rel. o Des. Celso Ferreira Filho. Decisão unânime. DJERJ: 09.06.2005.

administrativa, havendo alguns[294] até mesmo a sustentar a revogação do art.17, §1º, da Lei nº 8.429/92, já que o §4º do art. 36 da Lei nº 13.140/2015 é expresso ao dispor que: "*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"*.

Assim, tanto no prisma cronológico quanto sistêmico, o acordo compositivo em demandas versando sobre improbidade administrativa passou a ser juridicamente admitido, posição de resto encampada pelo Conselho Nacional do Ministério Público e que vem sendo seguida no âmbito de inúmeros Ministérios Públicos dos Estados[295].

O Conselho Nacional do Ministério Público, a propósito, editou a Resolução nº 179/2017, prevendo expressamente em seu art.1º, §1º, a possibilidade de se firmarem compromissos de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, o que há de ser feito sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.

Os termos de ajuste de conduta e leniência deverão, portanto, articular os respectivos órgãos públicos responsáveis a fim de que se propicie a aplicação célere e proporcional das respectivas sanções, ainda que eventualmente minoradas, bem como a inafastável recomposição do erário, dando-se particular ênfase à eficiência e célere resolução das controvérsias.

Para tanto, cumpre ter por necessárias e obrigatórias cláusulas prevendo o completo ressarcimento ao erário, a completa cessação em práticas de caráter ilícito, a transferência de recursos obtidos eventualmente de forma ilícita para o Poder Público, o estabelecimento de multa cominatória para a hipótese de descumprimento do acordo, bem como a oferta de garantias mínimas que atendam a possibilidade de atendimento do quanto acordado.

Ademais, para a adequação do acordo compositivo impõe-se como indeclinável a admissão quanto à participação nos fatos ilícitos, a identificação de outros eventuais envolvidos e o fornecimento de eventuais outras provas relacionadas à apuração com a colaboração plena e permanente com as investigações e com eventual processo judicial.

Em consequência, em havendo simultânea prática de atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção e de Improbidade Administrativa, para além dos benefícios sancionatórios

---

[294] DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa** A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

[295] BRASIL, Ministério Público do Paraná, Resolução CSMP nº 01/2017; Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Resolução CSMP nº 03/2017.

previstos no art.16, §2º, da Lei nº 12.846/13, que consistem na isenção da pena de publicação extraordinária da decisão condenatória e da 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, bem como da redução em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável, se fará possível transacionar acerca das cominações previstas no art.12 da Lei nº 8.429/92, isentando a pessoa jurídica e seus responsáveis de uma ou alguma das sanções ali cominadas.

9. EXTINÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

9.1 Prescrição e corrupção

A natural complexidade de fatos envolvendo esquemas de corrupção aliada às notórias dificuldades e carências institucionais dos órgãos de controle encarregados da dissuasão e repressão a tais práticas sempre trouxeram um quadro desalentador no tocante à impunidade que sempre se fez presente nessa seara.

A percepção geral da impunidade associada à corrupção, que de alguma forma vem sofrendo alguma paulatina transmutação, tem sido demonstrada empiricamente em estudos levados a efeito sobre o tema, tendo se pontuado resultados pífios do ponto de vista punitivo-judicial, de casos de servidores públicos demitidos em processos administrativos por corrupção. Com efeito, estudo de pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas apontou, nesse prisma, que a eficácia do sistema criminal, em feitos já devidamente instruídos no âmbito administrativo, girava em torno de 3%.

É dizer, apenas 3% de servidores condenados administrativamente por corrupção foram condenados criminalmente de forma definitiva pelos mesmos fatos. A mesma pesquisa ainda revelou que o quadro na perspectiva cível era ainda menos alentador, tendo sido apontado o percentual de 2% de punições em tais casos quando os fatos eram levados à apreciação do Poder Judiciário.[296]

Forçoso reconhecer, portanto, que se assim o é em casos em que há de alguma forma a descoberta e punição do ilícito, ainda que na seara administrativa, a efetiva punição em geral é algo menos que ilusória.

Não há dúvidas de que existem explicações multifatoriais para tais pífios resultados na persecução de tais práticas, dentre elas as já mencionadas carências institucionais, a natural complexidade dos esquemas engendrados e o comprometimento políticos de Tribunais Superiores e Tribunais de Contas. No mais, certamente a prescrição também se alinha entre as causas principais de impunidade.

Nessa linha, ainda que a prescrição cumpra relevante papel estabilizador das relações jurídicas, especialmente em virtude da necessidade de se endereçar definitivamente certas questões, o fato é que o uso distorcido do instituto tampouco pode ser aceito de forma acrítica em contradição ao interesse público.

---

[296] ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; JÚNIOR, Ivo Gico, **Corrupção e Judiciário: A (in) Eficácia do Sistema Judicial no Combate à Corrupção**, Revista Direito GV, São Paulo, p. 075-098, Jan-Jun. 2011.

A propósito, como nos noticia Cheker, pesquisa do CNJ datada do ano de 2013 indica que, àquela altura, a quantidade de processos em tramitação sobre corrupção, lavagem de dinheiro e improbidade chegou a 25.799 e que, de 1º janeiro de 2010 a 31 de dezembro de 2011, foi declarada a prescrição de 2.918 ações, ou seja, mais de 10% do total de casos, o que bem denota o acentuado grau de ineficiência da persecução.[297] No âmbito do Supremo Tribunal Federal o quadro é ainda mais desalentador, havendo notícia de prescrição para um percentual aproximado de 22% dos casos envolvendo políticos com foro por prerrogativa de função envolvidos na prática de delitos.[298]

Sem embargo, cumpre ver que que a Lei Anticorrupção consagrou dinâmica própria para a prescrição, reproduzindo, inclusive o disposto na Lei nº 8.112/90, que trata do regime jurídico dos servidores públicos da União.

Por certo, no entanto, que surgirão inúmeras perplexidades e controvérsias acerca do disposto na legislação anticorrupção, mormente em face da falta de uniformidade com outros diplomas previstos no microssistema de combate à corrupção.

9.2 Regime Legal da Prescrição – Início e interrupção do prazo prescricional

Impõe-se, de início, frisar que a prescrição, no âmbito da Lei Anticorrupção, consiste na perda do direito à pretensão sancionatória em virtude do transcurso de um prazo normativamente delimitado no qual houve a inércia da Administração genericamente considerada.

Trata-se, pois, de instituto que conjuga a ideia de transcurso do tempo e inércia do titular do direito e que traz como consequência a perda de uma pretensão que, outro modo, seria juridicamente exigível.

Nessa toada, o regime legal da prescrição na Lei Anticorrupção vem consagrado em seu artigo 25, dispondo-se o prazo prescricional quinquenal para a persecução cível ou administrativa dos ilícitos ali previstos.

Estabeleceu-se, outrossim, regramento bifronte para a fixação do termo *a quo* da contagem, sendo regra geral da ciência do ilícito e, em se tratando de infrações continuadas ou permanentes, da data em que cessar a permanência ou continuidade.

---

[297] CHEKER, Monique. **Pelo MP: Modelo prescricional brasileiro: um incentivo à impunidade,** disponível em https://www.jota.info/especiais/pelo-mp-modelo-prescricional-brasileiro-um-incentivo-impunidade-02052016, acesso em 07/06/2018.

[298] SALCEDO, Gabriela; SARDINHA, Edson; RESENDE, Sara. EL PAÍS. **STF investigou 500 parlamentares desde 1988, mas condenou apenas 16,** 23 ago 2015, disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/22/politica/1440198867_786163.html, acesso em 07/06/2018.

Dificuldade que se impõe, pois, de início é a de delimitar o exato instante em que há a ciência do ilícito, em especial se considerada a questão da distribuição funcional orgânica da Administração Pública. É dizer, a falta de um marco claro que delimite a ciência da Administração pode gerar insegurança jurídica, chegando alguns mesmo a cogitar de eventual inconstitucionalidade do dispositivo.[299]

Aponta-se, outrossim, a clara falta de uniformidade com outros diplomas componentes do microssistema de combate à corrupção, o que evidentemente trará problemas de aplicabilidade sancionatória em casos de persecução simultânea por atos corruptivos e de improbidade e mesmo por violação à Lei de Licitações.

Com efeito, embora a Lei n*º* 8.666/93 não disponha acerca da prescrição, tem-se entendido, por meio de uma interpretação sistêmica, que o prazo prescricional para as sanções previstas, inclusive as dos arts. 87 e 88, é o quinquenal, o qual tem início de contagem a partir da prática da infração.[300] De outra linha, o art.1º da Lei nº 9.873/99 estabelece o prazo de cinco anos, contados da ciência do fato, para o exercício de ações punitivas pela Administração Pública Federal.

De sua vez, a Lei de Improbidade Administrativa prevê, em seu art.23, que a prescrição se dá em até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança e dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Sem embargo, como alhures consignado, a Lei Anticorrupção traz dispositivo semelhante ao consagrado no art.142, 1º, da Lei nº 8.112/90, que trata do Estatuto dos Servidores Públicos da União, já que ali se prevê que o prazo da prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

Assim, ainda que a falta de uniformidade de prazo prescricional efetivamente traga problemas de aplicabilidade uniforme da legislação e não seja o ideal, tem-se que não há como sustentar a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Anticorrupção no que concerne ao seu termo *a quo*, em especial porque opção legislativa se deu em consonância com valores caros à Carta Magna, em especial a probidade administrativa, a qual qualifica até mesmo o direito fundamental à uma boa administração pública.

---

[299] GALVÃO, Leonardo Vasconcellos Braz. **A inconstitucionalidade do art. 25 da Lei Anticorrupção**. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n. 173, p. 23-30, jul. 2015.

[300] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 769.942/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 1º.12.2009, *DJe*, 15 dez. 2009.

Ademais, ao estabelecer a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em casos de improbidade administrativa (art.37, §5º, da CF), a Constituição Federal efetivamente consagrou um regime jurídico diferenciado para a persecução por atos corruptivos em geral.

Questão, pois, que se coloca é a de efetivamente determinar o que constitui a ciência da Administração para fins de verificação de sua inércia e para o início da contagem do prazo prescricional.

Nesse particular, impende observar que há mais de um legitimado para promover a apuração e consequente responsabilização da pessoa jurídica. De fato, de uma parte, no concernente à responsabilização administrativa, exsurge como legitimado para promover a apuração a autoridade máxima de cada órgão ou entidade que sofreu o ato lesivo e, no âmbito da União, a Controladoria Geral da União. De outro, no relativo à responsabilização civil, destacam-se a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial e o Ministério Público.

Nessa linha, no relativo à responsabilidade administrativa, para a delimitação da ciência da Administração, basta o recebimento formal de eventual denúncia ou representação dando conta do ilícito corruptivo no âmbito administrativo da entidade lesada, sendo desnecessário que se comprove que o fato chegou efetivamente ao conhecimento da autoridade competente, mesmo porque se não houver o devido encaminhamento da notícia poder-se-á cogitar de eventual responsabilidade funcional do servidor público omisso[301]. Esse, inclusive, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no tocante às infrações administrativas de servidores públicos da União.[302]

No tocante à responsabilização judicial, em sendo as respectivas advocacias das entidades lesadas as competentes para a tomada de providências de sua alçada, o prazo em relação a elas se inicia juntamente com o prazo para a apuração administrativa.

Já no tocante ao Ministério Público o marco inicial de contagem há de ser aquele em que teve a efetiva ciência, não bastando a ciência documentada no âmbito da Administração, eis que poderá haver a sonegação de tais informações do Ministério Público pelo prazo prescricional, alijando-se assim o aludido órgão da tomada de providências de sua alçada.

Basta ver, a esse propósito, que o art.15 da Lei nº 12.846/13 apenas determina que se dê conhecimento ao Ministério Público após a conclusão do processo administrativo para a

---

[301] A esse propósito, a própria Lei Anticorrupção é expressa ao estabelecer em seu art.26 que a autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável.

[302] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 14.446/DF - 2009/0121575-7. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 13/12/2010.

apuração de eventuais delitos, ao passo que o art.20 da mesma lei autoriza o Ministério Público a até mesmo reclamar sanções administrativas pela via judicial na hipótese de omissão da Administração.

Haveria, assim, uma incoerência sistêmica interna se a ciência da Administração Pública deflagrasse o prazo prescricional também para o Ministério Público. Isso porque, a própria omissão da Administração Pública, que a legislação quis coibir conferindo atribuição suplementar ao órgão ministerial para pugnar por sanções administrativas, tornaria inviável eventual persecução ministerial, acaso esse órgão tivesse ciência do ilícito apenas após a consumação da prescrição para a Autoridade Administrativa.

Alguma perplexidade certamente também haverá de ser observada para os casos de infração continuada ou permanente, para os quais a legislação estabelece que o marco inicial para a contagem prescricional é o do dia em que a infração cessar.

A regra em testilha, por óbvio, há de ser interpretada de forma harmônica com a primeira parte do dispositivo. Assim é que, em tendo a Administração ciência da infração e esteja a apurá-la, porém a pessoa jurídica continue a praticar ilícitos corruptivos durante as apurações, o prazo prescricional somente terá início quando cessação das infrações.

De outra senda, na hipótese de a Administração ter sido vítima de atos ou infrações continuadas que ainda não chegaram ao seu conhecimento, por óbvio que o marco inicial não poderá ser o da prática da última infração, pois assim estar-se-ia a beneficiar o infrator contumaz em nítida contradição com a teleologia legal. Em casos tais, por óbvio, o marco inicial da contagem prescricional somente poderá ser o da ciência da Administração.

Em suma, a regra que prevê o início da contagem do prazo prescricional para casos de infrações permanentes ou continuadas quando da cessação destas somente terá incidência para casos em que a Administração já tenha tido ciência do ilícito e continue a ser lesada pelas práticas corruptivas. Em casos diversos, ainda que se trate de infrações continuadas ou permanentes, o termo inicial de contagem do prazo prescricional deverá seguir a regra geral, qual seja, o da ciência formal da prática do ilícito.

A legislação estabeleceu, outrossim, dois marcos interruptivos da prescrição, o primeiro é o da instauração do processo administrativo ou judicial (art.25, parágrafo único, da Lei nº 12.846/13). Assim, o ajuizamento de ação civil pública visando a aplicação das sanções capituladas no art.19 da legislação anticorrupção ou a instauração de processo administrativo para a aplicação das sanções administrativas constituem marcos interruptivos autônomos da prescrição, podendo, pois, ocorrer sucessivamente.

Têm-se ainda a interrupção da prescrição quando da celebração de acordo de leniência (art.16, §9º, da Lei nº 12.846/13). Em tal caso, a interrupção da prescrição se dá tanto em relação à responsabilização administrativa quanto judicial, mormente em virtude da imprescindibilidade da participação do Ministério Público para a formalização de tais acordos.

9.3 Imprescritibilidade das ações ressarcitórias

Sem embargo da previsão legal acerca da prescritibilidade das sanções administrativas e judiciais previstas na Lei nº 12.846/13, o fato é que o ressarcimento ao erário em função da prática de atos corruptivos é matéria imprescritível por força de disposição constitucional.

A Constituição Federal é de clareza solar, nesse contexto, ao estabelecer em seu art.37, §5º, que a lei somente poderá estabelecer prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, com exceção das respectivas ações de ressarcimento.

O dispositivo, portanto, assinala para o estabelecimento de duas regras. A primeira, é que a legislação deve estabelecer a prescrição para a persecução de ilícitos praticados por agentes públicos ou não que causem prejuízos ao erário. A segunda é que as ações de ressarcimento ao erário não estão sujeitas a prazo prescricional, pois essas foram devidamente ressalvadas.

É dizer, a Magna Carta apenas admite a previsão legal de prescrição no tocante a eventuais sanções pela prática de ilícitos que importem prejuízo ao erário, sendo clara ao inadmitir a prescrição para a recomposição, a qual sequer constitui uma sanção.

Ainda que seja cristalina a disposição constitucional, o tema tem enfrentado aguda controvérsia, tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial. Com efeito, vozes há que sustentam a prescritibilidade inclusive das ações de ressarcimento[303], sendo certo que o tema ganhou repercussão geral e em breve há de ser pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.[304]

Há que se ponderar, nesse particular, que o Supremo Tribunal Federal já vem reconhecendo de há muito a imprescritibilidade das ações de ressarcimento derivadas de

[303] GRINOVER, Ada Pelegrini. **Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição**.Interesse Público, Belo Horizonte, ano 7, n.33, set./out.2005.
[304] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 897, RE 852.475, Rel. Ministro Alexandre de Moraes.

improbidade administrativa ou ilícitos correlatos, somente admitindo a prescrição para ilícitos cíveis que não derivam para essa seara, tal como um mero acidente de trânsito.[305]

Portanto, como não poderia deixar de ser, também os ilícitos corruptivos previstos na Lei Anticorrupção estão sujeitos à imprescritibilidade no tocante ao ressarcimento ao erário, somente se sujeitando ao prazo prescricional as efetivas sanções cominadas.

Nem se diga, de outra senda, tal como alardeado por parcelas da doutrina, que tal importaria em violação à segurança jurídica e ampla defesa, mormente porque a norma que assegura a imprescritibilidade possui estatura constitucional, de modo que há ela de conviver com as outras de igual posição hierárquica. A imprescritibilidade, aliás, é reconhecida em outros domínios sem maiores questionamentos, tais como em casos de racismo e de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLII e XLIV).

Assim, afigura-se legítima a opção constituinte pela imprescritibilidade, mesmo porque não se cogita de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. Além disso, é por meio do erário que se propicia a concretização de outros valores constitucionais, inclusive e especialmente direitos fundamentais de natureza social, tais como aqueles concernentes à saúde, educação, habitação e etc., sendo de todo inconveniente se privilegiar a segurança jurídica daquele que se locupletou indevidamente às custas do restante da sociedade.

[305]BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Relator Teori Zavascki, Rel. Teori Zavascki, RE 669.069.

10. CONCLUSÕES

A corrupção, como visto, dado o seu caráter multifatorial e sua onipresença na cena brasileira, constitui tema que vem suscitando inúmeros debates, sendo inequivocamente um mal que necessita ser, quando não debelado, minorado a níveis sustentáveis a fim de que se viabilize um projeto de País que efetivamente cumpra com os objetivos da República estampados na Carta Magna.

No mais, ainda que nossa trajetória histórica e cultural tenha indicado para uma perenidade e um incrustramento profundo de tais práticas, a irresignação coletiva e o despertar cívico indicam um caminho para a reversão do ciclo perverso, o que há de ser feito principalmente pela transparência e pela conscientização acerca dos males sistêmicos provocados pela corrupção nos domínios econômico, político, social e jurídico.

A impunidade, nota fundamental de estímulo no cálculo estratégico à continuidade de tais práticas, há também de ser objeto de atenção crítica, mormente para que não seja embalada em uma bela retórica que embaralhe a efetiva defesa dos direitos fundamentais inerentes à uma Administração Pública proba.

A Lei Anticorrupção, nessa esteira, surge como mais um instrumento normativo orientado a reverter arraigadas culturas empresariais forjadas na ambiência de um capitalismo de compadrio, apresentando-se o *compliance* como o primeiro passo nessa direção de um caminho difícil e tortuoso.

Ainda assim, a falta de uniformidade legislativa existente no microssistema de combate à corrupção, especialmente no tocante a aspectos sancionatórios e alinhamento institucional, certamente imporão relevantes desafios aos operadores do direito.

Propôs-se, por isso, o ensaio de respostas preliminares para tais questões, em especial no que diz com a compatibilização sancionatória entre diplomas diversos e articulação em agências para uma maior eficiência persecutória e para a formalização de acordos.

De início, concluiu-se que o art.7º da Lei Anticorrupção estabelece critérios para a dosimetria que podem ser utilizados tanto para a fixação de sanções administrativas quanto judiciais em relação a todos os diplomas legais componentes do microssistema de combate à corrupção. Desta feita, têm-se que a gravidade da infração, vantagem auferida, consumação do intento ilícito, grau de lesão, efeitos negativos, situação econômica do infrator, cooperação nas apurações, adesão à *compliance* e valor de contratos, são critérios dosimétricos universalizáveis para um adequado apenamento.

Ademais, em sendo possível a aplicação isolada ou cumulativa das sanções, bem como havendo diferentes escalonamentos de gravidade no interior de uma mesma sanção, cabe ao aplicador se orientar sob o prisma da proporcionalidade e razoabilidade e pelos imperativos de prevenção e repressão para a seleção daquela mais adequada em cada caso concreto.

Importa assinalar, outrossim, que algumas sanções judiciais são mutuamente excludentes, tais como a de suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica e a sua respectiva dissolução; ou a dissolução da pessoa jurídica com a proibição de recebimento de benefícios financeiros ou tributários do Poder Público, o que afasta, por inviabilidade lógica, a sua aplicação cumulativa.

De outra parte, sanções outras existem que comportam aplicação complementar integrando-se sistemas sancionatórios na forma como juridicamente autorizado, tudo evidentemente a depender da situação concreta, participação de agente público e dimensão do ilícito.

É o caso, por exemplo, da proibição de contratação pelo Poder Público de pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos de corrupção por um dado período. Tal possibilidade sancionatória, ainda que não prevista na Lei Anticorrupção, remanesce plenamente aplicável, integrando-se o microssistema sancionatório de forma complementarmente funcional na linha da previsão expressa do art.30, I, da Lei nº 12.846/13.

Também a multa civil e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos do poder público, são sanções prevista em ambos os diplomas, variando, apenas, em função de sua intensidade e critérios de fixação. Desta feita, em caso de interação sancionatória, pode se cogitar da aplicação judicial da multa civil prevista na da Lei de Improbidade Administrativa, ainda que já aplicada administrativamente, porém desde que adequada sob o prisma da necessidade. Já no que toca à proibição de recebimento de benefícios do Poder Público também a Lei de Improbidade Administrativa deverá orientar o patamar máximo da sanção, na medida em que mais dilatado o período em seus dispositivos, conferindo-se uma maior elasticidade sancionatória ao aplicador.

Propôs-se, outrossim, a superação de velhos dogmas para a admissão de acordos envolvendo a prática de improbidade administrativa e atos lesivos da Lei Anticorrupção, já que variados diplomas legais, inclusive no âmbito penal, têm levado à uma releitura dogmática que questiona a perspectiva de uma atuação engessada que não prime pela lógica utilitária da eficiência.

Bem por isso, ainda que se afigure necessária uma premente alteração legislativa para a delimitação legal precisa dos acordos em matéria de corrupção, o próprio Conselho Nacional do Ministério Público tem admitido que sejam celebrados.

Impõe-se, no entanto, que se articule os variados órgãos públicos envolvidos na tarefa anticorrupção a fim de que se propicie a aplicação célere e proporcional das respectivas sanções, ainda que eventualmente minoradas, bem como a inafastável recomposição do erário, dando-se particular ênfase à produção de resultados.

Imprescindíveis, assim, cláusulas prevendo o completo ressarcimento ao erário, o compromisso de cessação em práticas de caráter ilícito, a transferência de recursos obtidos eventualmente de forma ilícita para o Poder Público, o estabelecimento de multa cominatória para a hipótese de descumprimento do acordo, bem como a oferta de garantias mínimas que atendam a possibilidade de atendimento do quanto acordado, sem prejuízo de eventuais outras sanções que se entendam por adequadas.

Para a adequação do acordo compositivo impõe-se também a confissão quanto à participação nos fatos ilícitos, a identificação de outros eventuais envolvidos e o fornecimento de eventuais outras provas relacionadas à apuração com a colaboração plena e permanente com as investigações e com eventual processo judicial.

Em consequência, em havendo simultânea prática de atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção e de Improbidade Administrativa, para além dos benefícios sancionatórios previstos no art.16, §2º, da Lei nº 12.846/13, que consistem na isenção da pena de publicação extraordinária da decisão condenatória e da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas, bem como da redução em até 2/3 (dois terços) do valor da multa aplicável, se fará possível transacionar acerca das cominações previstas no art.12 da Lei nº 8.429/92, isentando a pessoa jurídica e seus responsáveis de uma ou algumas daquelas sanções ali cominadas.

A articulação interinstitucional, imprescindível em um cenário de multiplicidade orgânica de controle, desponta também como necessária para conferir segurança jurídica e eficácia para eventuais acordos celebrados, garantindo-se segurança ao colaborador.

Propôs-se, por derradeiro, na perspectiva da extinção da pretensão punitiva, uma exegese axiologicamente orientada a conferir primazia aos bens tutelados na Lei Anticorrupção, admitindo-se os critérios previstos como materialmente compatíveis com a Carta Magna. De sua vez, delimitaram-se respostas para a contagem do início do prazo para a prescrição em deferência às distintas hipóteses e respectivos destinatários dos comandos legais.

Tudo dito, em sendo as leis um primeiro passo para a mutação de padrões socioculturais, há ainda esperança na superação de velhos paradigmas, culturas arraigadas e imemoriais privilégios. Aguardamos, assim, o alvorecer de um novo Brasil que se cansou de esperar o seu futuro.

BIBLIOGRAFIA

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*, tradução: Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____; VERDIER, Thiery. *The Choice between Market Failures and Corruption,* The American Economic Review, vol. 90, pp. 194-211, 2000.

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; JÚNIOR, Ivo Gico, *Corrupção e Judiciário: A (in) Eficácia do Sistema Judicial no Combate à Corrupção*, Revista Direito GV, São Paulo, p. 075-098, Jan-Jun. 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, tradução e notas: Luciano Ferreira de Souza, São Paulo: Martin Claret, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDRES, Antonio Rodriguez; DOBSON, Carlyn Ramlogan. *Corruption, privatisation and the distribution of income in Latin America,* Discussion Papers in economics, Nottingham Trent University, Nottingham, 2008.

ANTONIK, Luis Roberto. *Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática*, Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos, in *Revista de Informação Legislativa*, jul/set 2005, vol. 42, n. 167.

ARENDT, Hannah. *Crises da República*. Tradução de José Volkmann, São Paulo: Perspectiva, 2015.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª edição atualizada por Rosolea Miranda Folgosi, 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção e controles democráticos no Brasil*, Brasília, DF: CEPAL. Escritório no Brasil/IPEA, 2011.

_____;. *Governabilidade, sistema político e corrupção no Brasil, in Corrupção e sistema político no Brasil,* org. AVITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

BARBOSA, Rui. *Obras Completas.* v. 41, t. 3, Senado Federal, Rio de Janeiro, 1914, p. 86

BARROSO, Luís Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim*. Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/4/art20170410-01.pdf.

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*, 1ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. Revista Brasileira de Direito Público - *RBDP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, p. -, jul./set. 2006.

BLOK, Marcella. *Compliance e governança corporativa: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e Decreto- Lei 8.421/2015*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco; *Dicionário de Política*, tradução dde Carmen C. Varrriale [et al.}, 4ª ed./Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1992.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política: uma patologia social.* Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BONAVIDES. Paulo. *A decadência da democracia representativa no Brasil*. In: PINTO, Hélio Pinheiro; LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos; DIAS, Luciana Raposo Josué Lima (Coords). *Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BUENO, Eduardo. *A coroa, a cruz e a espada*: *Lei, ordem e corrupção no Brasil*, Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva.

CAMBI, Eduardo. *A Atuação do Ministério Público no Combate à Corrupção na Lei 12.846/2013*, Revista do CNMP – n.4, p.11-43, 2014.

_____;. Dos Atos Lesivos à Administração Pública Nacional ou Estrangeira, Comentários ao art.5º, In *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*, Coords. Eduardo Cambi, Fábio André Guaragni, 1ªed. – São Paulo: Almedina, 2014.

CAMPOS, Pedro Henrique Pereira. *A Ditadura dos Empreiteiros: as empresas nacionais de construção pesada, suas formas associativas e o Estado ditatorial brasileiro, 1964/1985*, Tese, Doutorado em História Social – Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Departamento de História, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

_____; *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRINGTON, Paul D. *Law and transnational corruption: the need for Lincoln's Law abroad*, 2007, disponível em http://www.law.duke.edu/journals/lcp.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*: *Lei n.12.846 de 2013*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem; Teatro das Sombras*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

_____; A *formação das almas: o imaginário da República no Brasil*, 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

_____; *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 23ªed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CARVALHO, Victor Aguiar de. *Restrições à concorrência em contratações públicas: uma preocupação global*, R. bras. dir. Eleit. – RBDE | Belo Horizonte, ano 8, n. 14, jan./jun. 2016, p. 115-140.

CASCIONE, Fabio de Souza Aranha; RIBEIRO, Bruno Salles Pereira (organizadores), *Lei anticorrupção: uma análise interdisciplinar*, 1ª edição, São Paulo: LiberArs, 2015.

CECCATO, Marco Aurélio. *Cartéis em contratações públicas: fundamentos, atuação e sancionamento administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CHAYES, Sarah. *Thieves os state: why corruption threatens global security*, W.W. Norton & Company, Inc, New York: 2015.

CHEKER, Monique. *Pelo MP: Modelo prescricional brasileiro: um incentivo à impunidade*, disponível em https://www.jota.info/especiais/pelo-mp-modelo-prescricional-brasileiro-um-incentivo-impunidade-02052016.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo – Normas Gerais, in *Tratado de Direito Administrativo* 1, Coords: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva, São Paulo: Saraiva, 2013, p.518.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACHINATTO, Renan Marcondes. *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013*, Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DEMATTÉ, Flávio Rezende, *Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção*: A Lei nº12.846/2013 segundo o direito de intervenção, 1ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DIAS, Bruno Fernandes. *Responsabilidade de pessoas jurídicas e físicas em matéria de corrupção: o regime jurídico da Lei nº 12.846/2013*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 167, p. 20-35, jan. 2015.

DIAS, Jefferson Aparecido. Atos de Corrupção relacionados com Licitações e Contratos, in *Lei Anticorrupção*, Orgs. SOUZA, Jorge Munhos Souza e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Editora JusPODIVM, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 8: direito da empresa, 2ª ed. reformulada, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Volume 7, Responsabilidade Civil, 23ª edição, Editora Saraiva.

DINIZ, Cláudio Smirne. Do Processo Administrativo de Responsabilização, Comentários aos artigos 8º ao 15. In *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*, Coords. Eduardo Cambi, Fábio André Guaragni, 1ªed. – São Paulo: Almedina, 2014.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer. *Comentários sobre a Lei Anticorrupção,* São Paulo: Saraiva, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coordenadores). *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____; Comentários ao art.6º. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____; Comentários ao art.18. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____; Comentários ao art.19. In; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA. Thiago, Lei Anticorrupção comentada. Belo Horizonte. Fórum, 2017.

DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. *Glória incerta: A Índia e suas contradições*, 1ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, 3ª ed., São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*, 1ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FAVOREAU, Louis. La constitutionnalisation du droit, in Jean Bernard Auby et al., *L' unité du droit*: *Mélange en hommage à Roland Drago*. Paris, Economica, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos diretos e dos bens fundamentais*; trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérigo Cadermatori, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FILHO, Marçal Justen, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 12.ed, São Paulo: Dialética, 2008.

_____;. *Curso de Direito Administrativo*, 9ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FILHO, José dos Santos Carvalho, *Manual de Direito Administrativo*, 21ª edição, Editora Lumen Juris.

FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n.12.846 de 1º de agosto de 2013*) – São Paulo: Saraiva, 2015.

FLACH, Leonardo. *O jeitinho brasileiro: analisando suas características e influências nas práticas organizacionais,* Revista Gestão e Planejamento, Salvador, v. 12, n. 3, p. 499-514, set/dez. 2012.

FRAZÃO. Ana. Respnsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação. In FORTINI, Cristina (Coord.), *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime patriarcal*. 51ª ed. São Paulo: Global, 2006.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à Boa Administração Pública*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

_____; Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos, in *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 276, set./dez. 2017.

FURTADO, Luca Rocha. *As Raízes da Corrupção no Brasil*: estudo de casos e lições para o futuro, 1ª edição, 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GALVÃO, Leonardo Vasconcellos Braz. *A inconstitucionalidade do art. 25 da Lei Anticorrupção*. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n. 173, jul. 2015.

GARCIA, EMERSON. *A cultura da sociedade enquanto fator de contenção de estímulo à corrupção, in Combate à corrupção na visão do Minstéiro Público*, Coords. AZAMBUJA; Edson, JUNIOR, Octahydes Ballan e SILVA, Vinícius de Oiveira, Leme (SP): JH Mizunho, 2018.

_____; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris.

_____; *A Nova Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas: Convergências e Divergências com a Lei de Improbidade Administrativa,* Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 58, out./dez. 2015.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; SANTOS, Julio Edstron S; FERRAS, Diná da Rocha Loures. *Iberismo, Patrimonialismo e Moralidade: fluxos e refluxos na história do Brasil*, Revista Jurídica, vol. 03, n°. 44, Curitiba, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *O jogo sujo da corrupção*. Bauru, SP: Astral Cultural, 2017.

GOMES, Laurentino. *1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil*, 2ª ed., São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

_____. *1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil*, 1.ed, São Paulo: Globo, 2013.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas*, São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição.*Interesse Público, Belo Horizonte, ano 7, n.33, set./out.2005

GUARAGNI, Fábio André. In *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*, Coords. Eduardo Cambi, Fábio André Guaragni, 1ªed. – São Paulo: Almedina, 2014.

GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. Da Responsabilização Administrativa, Comentários aos artigos 6º e 7º, In *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*, Coords. Eduardo Cambi, Fábio André Guaragni, 1ªed. – São Paulo: Almedina, 2014.

HARADA, Hiyoshi. *Incentivos fiscais. Limitações constitucionais e legais*, disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10645.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013*, 1ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 27ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

HOLMES, Leslie. *Corruption, A very short introduction*, New York: Oxford University Press, 2015.

HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*, Tradução Luiz Repa, 2ª Edição, Editora 34, São Paulo, 2011.

HOUGH, Dan. *Corruption, Anti-Corruption & Governance*, Palgrave Macmillan, 2013.

INTERNATIONAL, Transparency. *Corruption Perceptions Index 2016*, disponível em www.tranparency.org./cpi2015#results-table, acesso em 15 de julho de 2017.

JUNIOR, Arthur Pinto de Lemos. *O Instituto da Leniência na Lei nº 12.846/2013*, *in Apontamentos à Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13)*/ Ministério Público do Estado de São Paulo, Centro de Apoio Operacional Cível e de Tutela Coletiva, Patrimônio Público. São Paulo: MP-SP, 2015.

KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart. *Governance matters: Where are we, where should we be going*, World Bank Researcher Observer, Washington DC, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do direito e do Estado*; tradução Luís Carlos Borges – 4.ed, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*, 7ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEFF, Nathaniel H. *Economic development through bureaucratic corruption*. American Behavioral scientist, v. 8, n. 3, 1964.

LEVINE, D. H.; MOLINA, J. E. *The quality of democracy in Latin America: Another view*. Working Paper #342, Helen Kellogg Institute for International Studies, 2007, disponível em https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/342_0.pdf.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção – Incluindo a Lei Anticorrupção*, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOBO FILHO, Fernando Rissoli; GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. O compromisso de ajustamento de conduta como mecanismo de consenso em matéria de improbidade administrativa. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n. 174, 2015.

LOCKE, John. *Segundo tratado do governo civil,* Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, Editora Vozes, Petrópolis, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC, 2.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARRARA, Thiago. *Direito administrativo e novas tecnologias,* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.256, 2011.

_____; *O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação,* Revista Digital de Direito Administrativo -USP, vol. 3, n. 1, 2016.

_____; *Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes*, Revista Digital de Direito Administrativo -USP, vol. 2, n. 2, 2015.

_____; Comentários ao art.16. In: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARQUES, Silvio Antônio. *Harmonização entre a lei de improbidade administrativa e a lei anticorrupção empresarial. in Apontamentos à Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13)* / Ministério Público do Estado de São Paulo, Centro de Apoio Operacional Cível e de Tutela Coletiva, Patrimônio Público. São Paulo: MP-SP, 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Comentários ao art.30. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago, *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte; Fórum, 2017**.**

_____; *A Lei n.12.846/2013 e o panorama de "leis anticorrupção" no ordenamento brasileiro*, *in Apontamentos à Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13)* / Ministério Público do Estado de São Paulo, Centro de Apoio Operacional Cível e de Tutela Coletiva, Patrimônio Público. São Paulo: MP-SP, 2015.

MATTA, Roberto da. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*, 6ª ed.- Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

MATTIUZZO Marcela*, Concorrência e corrupção – programas de compliance no debate jurídico-institucional brasileiro*, RDC, Vol. 5, nº 1. Maio 2017.

MAURO, Paolo. *The effects of corruption on growth and public expenditure*. In: HEIDENHEIMER, Arnold; JOHNSTON, Michael (Ed.). Political corruption. Concepts and contexts. New Brunswick: Transaction Publishers, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Grandes temas de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____; *Curso de Direito Administrativo*, 18 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. *Compliance: concorrência e combate à corrupção*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MILESKI, Helio Saul. *O Estado Contemporâneo e a Corrupção*, 1.ed, Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MOISÉS, José Alvaro. *A corrupção afeta a qualidade da democraci*a? Em Debate, Belo Horizonte, v.2, n.5, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no Direito Administrativo Sancionador*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, 2013.

_____; Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 231, 2003.

MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao art.5º. In; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis,* tradução Jean Melville, São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Neoconstitucionalismo, constitucionalização e Direito Administrativo*. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 186, 2016.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil, O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, 3ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, Martins Fontes, 2013.

NETTO, Felipe P. Braga, Uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem Jurídica brasileira? O Estado como vítima de atos lesivos, In *Lei Anticorrupção*, Orgs. SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Salvador, Editora JusPodivm: 2015.

NIELSEN, R. P. *Corruption networks and implications for ethical corruption reform.* Journal of Business ethics, 42, 2003.

NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O'DONNELL, Guillermo. *Horizontal accountability in new polyarchies*. Working Paper n. 253, April 1998. The Helen Kellogg Institute for International Studies. University of Notre Dame. Notre Dame, Indiana, United States of America. Disponível em: <https://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/253.pdf>.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, Coleção Temas de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2006.

_____; Comentários ao art.2º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____; Comentários ao art.3º, In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ONU. *Competition policy and public procurement*. Note by the UNCTAD secretariat, disponível em: http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf.

NOHARA, Irene Patrícia. Comentários ao art.9º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____; Comentários ao art.8º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 5ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____; *Lei Anticorrupção dá margem a conceitos perigosos*. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorrupcao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador.

Ó SOUZA, Renee do. *O compliance como instrumento de política pública de combate à corrupção*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 15, 2017.

PAGOTTO, Leopolo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro, Elsevier- Campus, 2012.

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. *Acordo de leniência na Lei Anticorrupção* (Lei nº 12.846/2013). Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, 2016.

PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n.12.846/2013*, Barueri, SP: Manole, 2016.

PETTRELLUZZI, Marco Vinicíus; JUNIOR, Rubens Naman Rezek. *Lei Anticorrupção, origens, comentários e análise da legislação correlata*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

PILAGALLO, Oscar. *Corrupção: entrave ao desenvolvimento do Brasil,* Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial, 1ª edição, Rio de Janeiro: Elsevier: ETCO, 2013.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. *Reorganizações societárias e os limites da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).* Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 197, 2017.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. O combate global à corrupção e o direito internacional privado: primeiros esforços de uma sistematização necessária. In: FORTINI, Cristina (Coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PORTO, Vinicius; MARQUES, Jader (orgs) *O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

PRADO, Mariana Mota. *O paradoxo das reformas do estado de direito: quando reformas iniciais se tornam obstáculos para reformas futuras.* Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 21, n. 45, 2013.

PRADO JR., Caio, *Formação do Brasil contemporâneo*, 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Responsabilização judicial x responsabilização administrativa na Lei Anticorrupção: independência de instâncias, interferência de instâncias e intersecção entre instâncias*, *in Apontamentos à Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13)* / Ministério Público do Estado de São Paulo, Centro de Apoio Operacional Cível e de Tutela Coletiva, Patrimônio Público. São Paulo: MP-SP, 2015.

_____; Responsabilização Judicial da Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção, In *Lei Anticorrupção*, Orgs. SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro, Salvador, Editora JusPodivm: 2015.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*; tradução Jussara Simões, 3º ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____; *Justiça e democracia*; tradução Irene A. Paternot, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIBEIRO, Márcio Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoa jurídicas à luz da Lei anticorrupção empresarial*, 1ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ROBINSON, Vivian Qc; DEMING, Stuart H; BUTLER, Truman, *The FCPA and U.K. BRIBERY ACT: A ready reference for Business and Lawyers,* ABA Publishing, Chicago, 2013.

ROMEIRO, Adriana. *Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVII*, 1.ed. Belo horizonte: Autentica Editora, 2017.

ROSE- Ackerman, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*, 2 ed, New York: Cambridge University Press, 2016.

SANTIN, Valter Foleto. *Panorama da Lei 12.846/2013 em improbidade empresarial*, disponível em http://www.conjur.com.br/2014-ago-04/valter-santin-lei-pune-improbidade-empresarial-varios-aspectos.

SANTOS, Kleber Bispo. *Das sanções da lei anticorrupção à luz da ponderação de interesses,* Revista CEJ, Brasília, Ano XIX, n. 67, 2015.

SALCEDO, Gabriela; SARDINHA, Edson; RESENDE, Sara. STF investigou 500 parlamentares desde 1988, mas condenou apenas 16, El País, 23 ago 2015, disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/22/politica/1440198867_786163.html.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; *Constituição e Segurança jurídica*. Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade;* trad. Laura Teixeira Motta; São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENÃ, Jorge F. Maem. *La corrupción- Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, S/A, 2002.

SILVA, Adriana Campos; STUDART, Paulo Henrique de Mattos; BARCELOS, Júlia Rocha de. Corrupção e reforma política. In: FORTINI, Cristiana (Coord.), *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SILVA, Marcos Fernandes da. *The political economy of corruption in Brazil*, Revista de Administração de Empresas, v. 39, n. 3 Jul/Set, São Paulo: 1999.

_____; *A economia política da corrupção*, disponível em https://www.transparencia.org.br/docs/MFernandes1.pdf.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo, *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*, São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*, São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

SOUZA, Alan Lacerda. *A formação do Estado patrimonialista português e a gênese da corrupção no Brasil*. Revista da CGU, Edição Especial, Direito Disciplinar, Ano VI, Julho, 2011.

SOUZA, Amanda Morais de. *Corrupção: perspectivas para um problema internacional*, Curitiba: Conjuntura Global, Vol.3, n. 4, 2014.

STIGLITZ, Joseph E. *The great divide: unequal societies and what we can do about them*, New York, W. W. Norton & Company, 2015.

_____; *O preço da desigualdade*, Lisboa: Bertrand Editora, 2014.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Interpretação do artigo 30 da Lei nº 12.846/13*. Revista dos Tribunais, v.947, ano 103, 2014.

UBALDO, Flávia Safadi. Lei Anticorrupção: a importância do programa de *compliance* no cenário atual, In: MARQUES, Jader; PORTO, Vinícius (Org.). *O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*, 1ª Edição, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

WARREN, Mark. E. *Democratic Theory and Trust*. In: WARREN, Mark (ed). Cambridge; Cambridge University Press, 1999.

WOODRUFF, Ty. *The Effect of Corruption on Brazil's Economy,* International Economics, April 2012, disponível em http://em-journal.com/2012/04/the-effect-of-corruption-on-brazils-economy.html.

YOU, Jong-sung; KHAGRAM, Sanjeev. A *Comparative Study of Inequality and Corruption*. American Sociological Review, 2005, Vol. 70 (February: 136–157), disponível em https://ssrn.com/abstract=2505598.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013): uma visão do controle externo*, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____; ALVES, Francisco Sérgio Maia. Acordos de Leniência e o papel do TCU. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 107, 2018.