



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

MAYANE TEIXEIRA DE LIMA

**A EXTENSÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: A OBSERVÂNCIA DE PRECEITOS DO DIREITO
PROCESSUAL PENAL**

SOUSA – PB

2018

MAYANE TEIXEIRA DE LIMA

**A EXTENSÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: A OBSERVÂNCIA DE PRECEITOS DO DIREITO
PROCESSUAL PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guerrison Araújo Pereira de Andrade

SOUSA – PB

2018

MAYANE TEIXEIRA DE LIMA

**A EXTENSÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: A OBSERVÂNCIA DE PRECEITOS DO DIREITO
PROCESSUAL PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guerrison Araújo Pereira de Andrade

Aprovado em: 07 de dezembro de 2018

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Guerrison Araújo Pereira de Andrade (UFCG)

Orientador

Prof. Dr. Francivaldo Gomes Moura

Examinador

Prof. Me. João Bosco Marques de Sousa Junior

Examinador

AGRADECIMENTOS

O livro de Provérbios, capítulo 16, diz que o homem pode fazer seus próprios planos, mas a resposta vem do Senhor. Desta forma, qualquer sonho para se concretizar necessita de autorização divina. Então, em primeiro lugar, agradeço a Deus por ter me proporcionado a realização deste meu sonho.

Dedico esse trabalho aos meus pais que são exemplos de companheirismo, simplicidade, e por me orientarem nessa dura jornada. Mesmo que preferissem outro caminho, eles não mediram esforços para me apoiar e incentivar quando eu pensava em desistir.

Agradeço imensamente a toda minha família que, direta e indiretamente, me acompanhou nos momentos, principalmente, de aflição, dando-me a palavra amiga e a força necessária para continuar nesse caminho.

Não poderia deixar de expressar a minha gratidão também ao meu namorado que, durante esses anos, foi sinônimo de paciência e estímulo, tornando a distância mais amena.

Agradeço ainda aos servidores da 5ª Vara de Sousa nas pessoas de Jonatas Fragoso, Francimário Furtado, Amauri Mendes, Adriana Pontes e Juliana Lucena que me auxiliaram no estágio não só profissionalmente, mas humanamente.

Quero também deixar registrado os meus agradecimentos aos professores da Universidade Federal de Campina Grande, por inspirarem e conduzirem sonhos, em especial, ao meu orientador Guerrison Araújo, a Lourdinha Mesquita e Giliard Targino.

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir, a espada com a mesma habilidade que manipula a balança. (IHERING, 2009)

RESUMO

A corrupção é um fenômeno mundial que tem devastado a economia e a credibilidade nas relações públicas. Os constantes escândalos que marcam a história brasileira, principalmente no âmbito da Administração Pública, ensejaram a aderência às convenções e tratados internacionais e a criação de mecanismos que prevenissem e reprimissem esse problema. Nesse sentido, a Lei 12.846/13 foi elaborada e representou um importante avanço na responsabilização objetiva, nos âmbitos civil e administrativo de empresas que praticam atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Esta lei passou ainda a prever a possibilidade de celebração do acordo de leniência com a finalidade de identificar os demais envolvidos nas condutas ilícitas, com a obtenção célere das provas necessárias para a apuração. No entanto, o acordo não alcança a Lei 8.429/92 diante da vedação contida no artigo 17, §1º. Assim, o presente trabalho tem como objetivo estudar a corrupção pública, os avanços legislativos e a contradição existente no referido dispositivo, diante da aplicação do consensualismo em face dos princípios aplicáveis às relações administrativas. Em seguida, analisa-se o instituto do acordo de leniência e sua aplicação no ordenamento jurídico, bem como a vedação nas ações de improbidade administrativa. Posteriormente, explora-se a possibilidade da utilização do acordo no combate à improbidade administrativa, sob o prisma dos princípios processuais, do *non bis idem* e da razoabilidade e proporcionalidade, de modo a demonstrar que os efeitos da atuação prática na celebração de acordos de leniência se estendem à Lei de Improbidade. Por meio da análise bibliográfica e estatística, nota-se que a referida norma possui inúmeros obstáculos para de forma efetiva tutelar o patrimônio público, necessitando a sua adequação às atualizações legislativas e à integração de instrumentos que viabilizem a persecução da moralidade de maneira mais célere e eficiente na administração da justiça, com a eliminação da contradição e estabilização das normas.

Palavras-chave: Corrupção. Acordo de Leniência. Improbidade Administrativa. Lei Anticorrupção. Consensualismo.

ABSTRACT

Corruption is a worldwide phenomenon that has devastated the economy and credibility in public relations. The constant scandals that marked the Brazilian history, mainly in the field of Public Administration, they gave adherence to international conventions and treaties and the creation of mechanisms to prevent and relieve this problem. In this sense, the law 12.846/13 was elaborated and represented an important advancement in objective accountability, in the fields administrative and civil companies who practice harmful acts against national or foreign public administration. This law still predict the possibility of conclusion of the leniency agreement with the purpose to identify the others involved in the malfeasance, by obtaining the evidence necessary for the expeditious determination. However, the agreement does not reach the law 8.429/92, on the fence contained in article 17, §1º. Thus, the present work aims as to study the public corruption, legislative advances and the contradiction in that device, on the application of consensus in the face of the principles applicable to administrative relations. Then analyses whether the leniency agreement and Institute your application the legal system, as well as the seal on the actions of administrative misconduct. Afterwards, explores whether the possibility of using the deal to combat administrative misconduct under the prism of the procedural principles of *non bis idem* and the reasonableness and proportionality, in order to demonstrate that the effects of performance practice on leniency agreements extend the law of misconduct. Through the bibliographical and statistical analysis, noted that the referred norm has many obstacles in order to effectively protect the public patrimony, needing its adequacy to legislative updates and the integration of instruments that enable the pursuit of morality more quickly and efficient administration of justice, with the eliminating of the contradiction and stabilization of norms.

Keywords: Corruption. Leniency agreement. Administrative Misconduct. Anti-corruption Law. Consensus.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|---------|---|
| ADIN | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| AG/RES | Assembleia-Geral/Resolução |
| AREsp | Agravo em Recurso Especial |
| CAPEMI | Caixa de Pecúlio dos Militares |
| CGU | Controladoria Geral da União |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CPMI | Comissão Parlamentar de Inquérito |
| CRFB | Constituição da República Federativa do Brasil |
| EC | Emenda Constitucional |
| IPC | Índice de Percepção de Corrupção |
| JBS | José Batista Sobrinho |
| LAC | Lei Anticorrupção |
| LAI | Lei de Acesso à informação |
| LIA | Lei de Improbidade Administrativa |
| MESICIC | Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana Contra a Corrupção |
| MP | Medida Provisória |
| MPF | Ministério Público Federal |
| OCDE | Convenção pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico |
| OEA | Organização dos Estados Americanos |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| PECs | Projetos de Emenda à Constituição |
| PPS | Partido Popular Socialista |
| SNI | Serviço Nacional de Informação |
| SPCI | Secretária de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TJMT | Tribunal de Justiça de Mato Grosso |
| TJPA | Tribunal de Justiça do Pará |
| TJRN | Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte |
| TJSP | Tribunal de Justiça de São Paulo |

TRF Tribunal Regional Federal

UNDOC Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 A CORRUPÇÃO PÚBLICA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA | 15 |
| 2.1 ANÁLISE HISTÓRICA SOBRE A CORRUPÇÃO PÚBLICA E ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA | 17 |
| 2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS INSTRUMENTOS LEGAIS DE COMBATE À CORRUPÇÃO | 21 |
| 2.3 A ADESÃO DO BRASIL ÀS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS | 23 |
| 2.3.1 A Convenção dos Funcionários Públicos Estrangeiros da OCDE | 24 |
| 2.3.2 A Convenção da Organização dos Estados Americanos (OEA) | 27 |
| 2.3.3 A Convenção das Nações Unidas no Combate à Corrupção | 29 |
| 3 O DIREITO ADMINISTRATIVO E OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ATUAÇÃO ESTATAL PROBA | 32 |
| 3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE | 34 |
| 3.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE | 37 |
| 3.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE | 40 |
| 3.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE | 43 |
| 3.4.1 Aspectos Gerais da Lei de Acesso à informação | 44 |
| 3.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA | 46 |
| 3.6 ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA PAUTADA NO CONSENSUALISMO E UMA RELEITURA DOS PRINCÍPIOS | 48 |
| 4 O ACORDO DE LENIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO | 52 |
| 4.1 ASPECTOS GERAIS DA LEI ANTICORRUPÇÃO E APLICAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA | 54 |
| 4.1.1 Participação do Ministério Público e Tribunal de Contas da União | 58 |
| 4.1.2 O Sigilo no Acordo de Leniência | 60 |
| 4.2 VIGÊNCIA DA LEI 13.655/18: VINCULAÇÃO DO ENTE ESTATAL NA CELEBRAÇÃO DO ACORDO | 62 |
| 4.3 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O CONTRASSENSO NA PROIBIÇÃO DE ACORDOS | 64 |
| 4.3.1 Estudo da MP 703/15 não convertida em lei: Acordo de Leniência nos atos de Improbidade Administrativa | 67 |

| | |
|---|-----------|
| 5 O ACORDO CELEBRADO NA LEI ANTICORRUPÇÃO E AS IMPLICAÇÕES DA SUA VEDAÇÃO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA | 71 |
| 5.1 A AMPLITUDE DO <i>NON BIS IN IDEM</i> EM FACE DA PROBLEMÁTICA DE RESPONSABILIZAÇÃO | 74 |
| 5.2 A AUTOINCRIMINAÇÃO NAS DEMAIS ESFERAS | 77 |
| 5.3 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE | 80 |
| 5.4 OS OBSTÁCULOS DA LEI DE IMPROBIDADE E O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO | 83 |
| 6 CONCLUSÃO | 89 |
| REFERÊNCIAS | 93 |

1 INTRODUÇÃO

A corrupção pública e a prática de atos de improbidade administrativa encontram-se enraizadas na sociedade, desde a época do descobrimento do Brasil. A falta de distinção entre o público e o privado demonstra este aspecto.

A Constituição Federal de 1988 representou um marco no que tange o combate à corrupção, pois trouxe consigo normas de conduta que devem orientar a consecução do interesse público; por meio dela diversas outras leis surgiram com a finalidade de reforçar a proteção ao patrimônio público, alvo constante de lesões.

Em decorrência disso, alguns tratados e convenções internacionais foram celebrados, buscando a inserção interna de normas jurídicas que punam com mais veemência a corrupção brasileira que, diante da globalização, passou a se articular de maneira que os esforços para sua repressão só poderão ser alcançados se houver uma cooperação entre os Estados signatários.

Em face de todo esse contexto de preocupação nacional e internacional visando reprimir e prevenir a corrupção pública, entendida de forma ampla, e que o sujeito passivo das condutas delituosas é a própria Administração Pública, a interpretação dos princípios que regem a atuação no seio administrativo se mostra necessária, mas sempre os adequando ao consensualismo e uma visão pós-positivista do princípio da legalidade.

A atuação administrativa pauta-se em princípios que dispõem como determinado ente deve gerir seus recursos para atingir o bem comum. A Supremacia do interesse público é tido como um princípio geral do Direito por estar intrinsecamente ligado à sociedade, embora não expresso na Constituição Federal, é um dos pilares do regime jurídico-administrativo em que se pauta nas prerrogativas especiais que dispõem a administração para atingir as finalidades descritas na Carta Magna e nas leis.

O princípio da Indisponibilidade do Interesse Público vem atuar juntamente com o anterior, mas de forma a limitar tais atuações estatais, pois não se pode em nome das prerrogativas administrativas a prática de quaisquer atos que impliquem em renúncia de direitos do poder público ou que venham injustificadamente onerar a sociedade.

A legalidade é outro postulado basilar do Estado de Direito, em que todos estão sujeitos ao rigor da lei, embora no direito administrativo a administração pública não se baseia na autonomia da vontade, como os particulares. Para a consecução das finalidades públicas é necessária a existência de uma lei que estabeleça o modo de atuação ou autorização para a realização da atividade administrativa de maneira legítima.

Algumas áreas da atividade administrativa mostram-se receptivas à aplicação da consensualidade e a relativização dos princípios basilares da Administração Pública, principalmente com a edição de leis que inserem dentro do seu contexto a priorização de autocomposição na solução de litígios, a exemplo da Lei 13.140/15 que dispõe sobre a instituição de câmaras de mediação e conciliação na esfera de cada ente político com as mesmas funções na seara administrativa.

No entanto, a lei no âmbito administrativo não é completa na sua atuação, o que demonstra um obstáculo à concretude de direitos e contrasta por vezes com os princípios. Essa visão pode ser comprovada no artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que impede a celebração de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa, não deixando margens para a substituição da lei pela vontade das partes.

A entrada em vigor da Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção) trouxe consigo uma reanálise sobre esse instituto, pois as condutas nela descritas são semelhantes as da Lei de Improbidade Administrativa. No entanto, aquela passa a prever expressamente a utilização de acordos de leniência entre as pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção contra a administração pública.

A Lei de Improbidade ao vedar a celebração de transação, acordo ou conciliação obstaculiza que na Lei Anticorrupção (LAC) as pessoas jurídicas pactuem o Acordo de Leniência, tendo sua eficácia comprometida no que tange a matéria sancionatória. Além da violação do princípio do *bis in idem*, ao admitir a dupla punição pelo mesmo fato, levando em consideração que a pessoa jurídica deve abdicar seu direito a não autoincriminação, embora seja feita de maneira espontânea, prejudica o próprio acordo. Dessa maneira, a empresa envolvida acaba produzindo as provas contra si mesma que afastam as sanções da Lei Anticorrupção, mas ocasionam a responsabilização dos delitos pela Lei de Improbidade Administrativa, o que gera um contrassenso, pois os princípios da razoabilidade e proporcionalidade direcionam que a punição deve ser efetivada por meios coerentes e adequados, sob pena de fugir a própria essencialidade do devido processo legal.

Dessa forma, a problemática pauta-se em analisar a possibilidade do acordo de leniência, celebrado na Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção), alcançar a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), considerando a vedação contida no artigo 17, §1º do referido diploma legal. Ademais, são estudadas as implicações jurídicas e as controvérsias existentes na Lei 8.429/92 diante da proibição e as consequências nos âmbitos social, político, econômico e jurídico.

Nesse sentido, este trabalho tem como objetivo primordial buscar uma nova leitura do dispositivo normativo da Lei 8.429/92 que veda qualquer acordo, em face da perspectiva do Direito Administrativo Consensual que prioriza o diálogo em suas relações antes da aplicação de quaisquer penalidades. Sendo feita a análise da atuação estatal, diante da lei em destaque, dos princípios processuais e das alterações sociais que passam a compor o ordenamento jurídico, visualizando por meio de precedentes e correntes do Direito a celebração de acordos, mesmo com a proibição normativa, e a sua eficiência no combate à corrupção.

Como metodologia de abordagem, foi usado o método dialético, tendo em vista que o objetivo aqui traçado por este trabalho não é necessariamente tangível por se tratar de uma argumentação racional e consistente. Como método de procedimento, utilizaram-se os métodos bibliográfico e estatístico, pois o primeiro permite uma utilização das teses doutrinárias, sedimentando o entendimento sobre o assunto; já o segundo possibilita o uso de dados e informações combinados com argumentos científicos.

Empregaram-se como método de pesquisa os meios direto e indireto, tendo em vista a análise de normas, documentos expedidos pelo Ministério Público Federal e dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça, além da utilização das cartilhas fornecidas pelas convenções de combate à corrupção nas quais o Brasil é signatário.

Para se alcançar o tema principal, inicialmente realiza-se um estudo sobre a corrupção pública e a improbidade administrativa, por meio da análise dos antecedentes históricos desse assunto, bem como compreender a nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988 que passou de forma efetiva a disciplinar a atuação da Administração Pública por meio de seus agentes, traçando uma base principiológica. Deve ainda ser compreendida a adesão do Brasil às convenções internacionais de combate à corrupção e de que forma elas passaram a influenciar o ordenamento jurídico interno.

No segundo capítulo, são tratados os princípios que orientam a busca pelo interesse público de forma proba que, embora concebendo a relação vertical entre Estado e particular e a vinculação ao princípio da legalidade, o Direito Administrativo deve ser analisado de acordo com os avanços legislativos e o consensualismo que geraram repercussões no seu âmbito, através de uma reanálise de princípios.

Posteriormente, são analisados os principais aspectos do acordo de leniência na Lei Anticorrupção, o sigilo na elaboração do acordo, bem como compreender a participação do Ministério Público Federal e Tribunal de Contas na celebração do acordo, indispensável para garantir a segurança jurídica desse instituto. Nesse capítulo também se abordam a Lei de Improbidade Administrativa e a vedação contida em seu texto, com análise da medida

provisória 703/2015 que, embora não seja o instrumento apto a retirar a vedação, demonstrou a necessidade de uma adaptação normativa.

Por último, busca-se demonstrar por meio da análise dos princípios processuais a possibilidade de celebração do acordo de leniência alcançar a Lei de Improbidade Administrativa, porque o direito administrativo sancionador não pode violar princípios processuais para garantir a responsabilização das pessoas jurídicas, tendo em vista a natureza das duas leis bem como a similitude das sanções. São analisados também os sujeitos envolvidos e o baixo ressarcimento ao erário, ensejando que os acordos passam a não conceber essa vedação, tendo como fim maior buscar a probidade administrativa.

Em face do que foi exposto, este trabalho busca demonstrar, por meio de dados e a aplicação de princípios processuais, que o acordo de leniência celebrado na Lei Anticorrupção deve se estender a Lei de Improbidade Administrativa para garantir o devido processo legal, a celeridade e eficiência no combate à corrupção.

2 A CORRUPÇÃO PÚBLICA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Diante das inúmeras notícias que têm permeado o cenário político brasileiro, umas das palavras que aparecem paulatinamente é o termo improbidade administrativa. Em um primeiro momento, remete-se a assemelhá-la com a corrupção pública, uma concepção mais restrita, em que o direito penal estabeleça distinções.

A corrupção deriva do latim *rumpere* que significa corromper, deturpar, macular, tornar impuro. O termo em comento é uma espécie dos atos de improbidade que se configura de maneira ampla. O legislador tratou em diferenciar diversos delitos que indiretamente ou diretamente tratam de corrupção, de maneira que somente alguns crimes são tidos como corrupção propriamente dita, a citar: corrupção passiva e corrupção ativa.

A improbidade administrativa, por sua vez, pode ser conceituada como o desvirtuamento no exercício de função pública e afronta os princípios nucleares do ordenamento jurídico, dos quais podem ter ou não consequências de cunho patrimonial, ensejando responsabilidade de natureza não criminal, conforme dispõe o artigo 37, §4º da Constituição Federal, embora o próprio dispositivo faça uma ressalva quanto à possibilidade de uma ação penal a depender da situação concreta.

A corrupção correspondente à improbidade administrativa é mais ampla, abrangendo não apenas a conduta do funcionário público que exige ou aceita vantagens, como também toda forma que viole princípios norteadores da administração pública. A corrupção atribuída nesse sentido significa deturpação, desvio. Essa visão é a mais próxima da realidade, sendo correto até certo ponto tratar a corrupção administrativa como sinônimo de improbidade administrativa. Por este motivo, são utilizadas indistintamente tais expressões, mesmo que implique em algum sacrifício quanto à precisão do termo.

Trata-se de um dos temas que vem ganhando repercussão no cenário mundial, uma vez que toda conduta praticada com o intuito de obtenção de vantagens por meio desonestos, violando preceitos legais e bens jurídicos importantes do ponto de vista moral ou material, enseja responsabilização.

Ao tratar da corrupção sempre houve referência da sua ocorrência no âmbito público, pois pressupõe o envolvimento da Administração Pública em um dos polos. No entanto, a corrupção privada elencada como crime na França e em outros países europeus não possui normatização no Brasil. Portanto, há uma lacuna ao descrevê-la e que a depender da conduta poderá se enquadrar em outros delitos que não esse, o que representa um grande retrocesso na

punição de atos que visem burlar no setor privado a livre concorrência necessária para o desenvolvimento de qualquer país.

Diante do contexto, explica Pedro Machado (2017, p.65)

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

O setor privado no que tange ao tema sempre foi relegado a um segundo plano, porque a preocupação maior sempre foi proteger o interesse público. No entanto, na sociedade contemporânea se vislumbra a necessidade de compreender que a corrupção também tem causado impacto na esfera privada. Conforme dito anteriormente, ela vem para distorcer a concorrência leal e as regras de mercado, enfraquecendo as perspectivas de investimento econômico e, conseqüentemente, o desenvolvimento.

A responsabilização de todos aqueles que se utilizem de qualquer forma de corrupção, em sentido amplo, deve ser uma preocupação a ensejar punição. Ademais, em face da inobservância do interesse público e das conseqüências lógicas da corrupção pública, essa é analisada de maneira mais categórica. Diante disto, se mostra evidente a necessidade de compreender a corrupção pública no Brasil bem como suas facetas, entre elas podemos destacar a política e judicial.

Em consonância com o que defendem Garcia e Alves (2013, p. 204), a corrupção pública pode ser compreendida como a conduta do agente público que ao agir ou se omitir, por meio do poder conferido pela lei, busca locupletar-se ou em alguns casos auferir benefícios a terceiros, relegando no plano secundário os fins legítimos da Administração Pública.

A corrupção política é um termo amplo que envolve desde as práticas de atividades ilícitas, financiamento irregular dos partidos políticos, a compra de votos – embora seja um instrumento antigo ainda perdura – até o tráfico de influências pelos titulares de cargos públicos eleitos. Há ainda a corrupção no sistema judicial que vem a macular a imparcialidade, independência e equidade, características indispensáveis para sua atuação perante a sociedade.

Embora a Democracia – ao conferir a titularidade do poder ao povo e o exercício da atividade aos representantes – seja um regime que garanta a vontade da maioria e o respeito à minoria, ela não está isenta do fenômeno social da corrupção que se alastra em decorrência da falta de ética e respeito na condução de interesses não somente coletivos, pois é um mal que acompanha a sociedade.

O portal da Transparência Internacional passou a analisar esse mal social por meio do Índice de Percepção de Corrupção (IPC) que, com base em um relatório anual, classifica os países em categorias de corrupção. Os países que obtêm pontuação mais elevada (dez pontos) são tidos como aqueles que possuem uma menor percepção de corrupção, conseguindo os primeiros lugares e, em contrapartida, os que obtêm menor pontuação (cinco pontos) são classificados como mais corruptos, em decorrência disto, ocupam os últimos lugares da pesquisa que avalia um total de 180 (cento e oitenta) países. O Brasil, em 2016, ocupava a 79º (septuagésima nona) posição e era tido como um país altamente corrupto e, em 2017, passou a para 96º (nonagésima sexta) posição no ranking mundial.

Nesse cenário assustador em que a corrupção aparece não como a consequência de problemas, mas como a raiz de todos eles, necessita-se de mecanismos que reprimam os delitos praticados por todas as esferas de poder, porém respeitando o devido processo legal sem fugir do seu objetivo.

Diante disto, pode-se vislumbrar que a improbidade acompanha a sociedade brasileira, devendo ser estudada de maneira mais efetiva a fim de promover uma compreensão e delinear soluções condizentes com a realidade do Brasil. Não se trata tão somente de aplicar a norma como também buscar a sua finalidade e efetividade, devendo ser vista como um problema que necessita ser prevenido e reprimido, posto que impede a atuação de qualquer ajuda externa e da própria economia de mercado, além de reduzir a base tributária que afeta o sistema financeiro-tributário, acarretando o aumento do nível de pobreza.

2.1 ANÁLISE HISTÓRICA SOBRE A CORRUPÇÃO PÚBLICA E ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A história da corrupção brasileira começa bem antes dos dias atuais. Desde o período da colonização do Brasil, a Corte portuguesa, a fim de obter os súditos necessários para a exploração do “Novo Mundo”, oferecia cargos que proporcionavam não só prestígio social como também econômico, garantindo assim o domínio da Corte na exploração das riquezas.

Na carta enviada por Pero Vaz de Caminha, responsável por relatar a descoberta do novo território, ele escreve à Corte sobre suas observações quanto ao continente e, no final do próprio texto, solicita ao rei português D. Manuel I um cargo público para um de seus sobrinhos – figura conhecida nos dias de hoje como nepotismo, o que diante da época era uma prática corriqueira – além de pedir a libertação de seu genro da prisão acusado de roubar uma igreja e ferir um padre.

A corrupção, embora não considerada um ato ilícito naquela época, representava a ampliação de círculos políticos e pessoais pautados na “troca de favores”. Não havia uma distinção entre o público e o privado. Com a distribuição dos cargos, o seu detentor utilizava-o em proveito próprio de seus familiares e amigos.

Conforme preleciona Sergio Buarque de Holanda (1995, p.145-146):

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente [organização patriarcal de sociedade], compreenderem a distinção fundamental entre público e privado. [...] a própria gestão pública apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. [...]. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático.

Dessa forma, os mandonismos locais se converteram no patrimonialismo, termo que advém dos estudos de Max Weber, mas foi aplicado no Brasil por uma série de autores como, por exemplo, Raymundo Faoro e Sérgio Buarque de Holanda que buscavam explicar esse fenômeno, atribuindo como um contexto inerente à própria sociedade.

O patrimonialismo pode ser entendido como o uso das esferas públicas para negociações que são privadas, ou seja, é tomar uma esfera que é da lógica pertencente ao coletivo fazendo uso dela para práticas individuais.

Tal prática se perpetuou por mais de três séculos durante o período colonial, tendo em vista que as mesmas pessoas continuaram a fazer parte do quadro político com a independência de 1822.

O rei D. João VI nos primeiros anos em território brasileiro distribuiu mais títulos de nobreza do que em 700 anos de monarquia portuguesa. Em decorrência disto, surgiram na época ditados populares como: “Quem furta pouco é ladrão, quem furta muito é barão e quem furta mais e esconde passa de barão a visconde”, demonstrando que para se alcançar o poder e possuir valor econômico bastava se apropriar indevidamente de bens. Engana-se quem pensa

que somente as elites se corrompiam, pois os pobres também eram incentivados a coadunar com tais práticas diante da burocratização para a obtenção, por exemplo, de alvarás de funcionamento.

Em consonância com o exposto, José Murilo de Carvalho (2012) elenca que com a proclamação da independência e a instauração da República modificou-se apenas a forma de governo, pois os mesmos mecanismos de manutenção do poder permaneceram. Dessa maneira, alguns crimes ainda continuavam a integrar o contexto social e político, a saber: a corrupção eleitoral e a fraude na obtenção dos contratos de concessão e execução de obras públicas.

No que se trata de fraudes em contratos, percebe-se que já no período do Império à Proclamação da República a transferência de obras a um terceiro que não havia celebrado contrato era prática corriqueira. Inclusive o Visconde de Mauá, tido por muitos como responsável pela industrialização brasileira, se utilizou de tal procedimento quando ao receber a licença para exploração de cabo submarino transferiu-a para uma companhia inglesa.

A corrupção eleitoral representa uma das faces que mais se apresentou no contexto político brasileiro. Na época do Brasil Império, período compreendido de 1822 a 1889, o direito ao voto era atribuído aos homens maiores de 25 anos de idade e que possuíssem determinada renda anual, ficando excluída grande parcela da população, a citar: mulheres, escravos, índios e assalariados. A comissão eleitoral era responsável por analisar e aprovar a listagem de novos eleitores, havendo discricionariedade para considerar quem seria eleitor, ocorrendo desvios nessa atuação.

Mesmo com a República de 1889, a corrupção eleitoral continuou introduzida no cenário político por meio do “voto de cabresto” em que os proprietários de grandes extensões de terras impunham sua vontade aos seus subordinados, ou muitos que não possuíam emprego se vinham obrigados a vender seu voto, tendo em vista que no contexto daquele período o desemprego era frequente.

Inúmeros direitos foram ceifados ou silenciados no cenário da ditadura militar, além do medo e ausência de liberdade. Por isso, esse período é considerado um dos mais obscuros da história política do Brasil. O desvio de dinheiro e enriquecimento ilícito eram pontos poucos divulgados, uma vez que a censura impedia que denúncias envolvendo militares fossem a público. Mesmo os casos que eram descobertos não possuíam instrumentos de repressão, tendo em vista que a sociedade estava impedida de se organizar democraticamente e ainda não existiam órgãos de controle efetivo sobre atos do governo, propiciando a proliferação de atos de corrupção.

A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPMI), na década de 1980, apurou que a CAPEMI (Caixa de Pecúlio dos Militares) havia sido beneficiada para explorar madeira do Pará, uma vez que a empresa era dirigida por militares. Segundo os dados da investigação, cerca de 10 milhões de dólares foram entregues ao órgão de inteligência do regime do qual os agentes do Serviço Nacional de Informação (SNI) foram beneficiados.

Outros casos ocorridos no regime ditatorial como, por exemplo, o caso do grupo de empresas Coroa Brastel que, atuava no ramo de eletrodomésticos e estava em dificuldades financeiras, solicitou a Caixa Econômica Federal um empréstimo em que os agentes do regime foram acusados de desviar os recursos do banco. Tem-se ainda o famoso caso do superfaturamento na obra pública da Ferrovia do Aço ou ainda o desvio de verba pública na construção da Transamazônica.

O governo de Collor, tido como o primeiro da Nova República, também não fugiu à regra no que tange à corrupção pública, pois denúncias feitas pelo seu irmão Pedro Collor acusavam o referido presidente de manter uma sociedade com o empresário e tesoureiro de sua campanha Paulo César Farias, utilizando-o como interposta pessoa em negociações para transações financeiras fraudulentas, ensejando a sua renúncia.

Diversos outros esquemas de corrupção surgiram nesse ínterim até os dias atuais. A operação Lava-jato, por exemplo, culminou na prisão de diversas pessoas, visando investigar crimes de corrupção passiva, corrupção ativa, organização criminosa, obstrução da justiça, entre outros. A investigação Carne Fraca também buscou apurar crimes de corrupção, através da colheita de elementos probatórios contra as empresas do gênero alimentício, da JBS (José Batista Sobrinho) e de outras pessoas jurídicas acusadas de comercializar carne estragada para que fosse comercializada no mercado interno e externo. Essa organização criminosa ainda contava com a participação de agentes do governo acusados de liberar as carnes para consumo.

Mesmo diante dos inúmeros instrumentos de controle que há atualmente, eles não têm sido um obstáculo para a prática de tais atos. Embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha evoluído muito no intuito de combater a cultura da corrupção, as organizações criminosas encontram meios cada vez mais sofisticados para burlar a lei e garantir a impunidade. O Brasil, através de seu ordenamento jurídico República, ainda não conseguiu acompanhar a malversação do dinheiro público, os desvios de conduta, a adulteração e tantos outros crimes contra a administração pública que permeiam a sociedade contemporânea.

Portanto, a corrupção devassa a República, demonstrando por meio de um símbolo maior como as esferas públicas têm sido usadas para atender os anseios pessoais,

configurando o patrimonialismo, compreendido do período monárquico ao da República Velha, aplicável ainda em pleno século XXI.

2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS INSTRUMENTOS LEGAIS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é a lei fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. Ela determina a organização política de uma nação soberana ao delimitar sua forma de governo, institui poderes públicos, regula as suas diretrizes e estabelece os direitos e deveres dos cidadãos. Diante disto, suas normas se estendem a várias áreas do Direito. Trata-se de uma constituição dirigente, pois estabelece programas, projetos ou políticas para o governo, além de ser classificada como rígida, uma vez que não pode ser reformada com facilidade, exigindo, para tanto, a votação de Projetos de Emenda à Constituição, as PECs, por maioria qualificada nas duas casas legislativas. Isto limita o próprio poder, o arbítrio e o interesse individual dentro do Estado Democrático de Direito.

A Carta Magna de 1988 trouxe em seu bojo o capitalismo moderno pautado na proteção aos direitos do consumidor, ao meio ambiente e estabeleceu um Código de Ética à Administração Pública, exteriorizado pelo artigo 37 do dispositivo legal em comento, em que pela primeira vez previu atos de improbidade e a sanção de inabilitação para o exercício de cargos públicos. Em face disso, pôde-se editar a Lei da Ficha Limpa, buscando uma evolução não só nessa área, mas também conferiu o maior número de direitos humanos se comparada com as constituições anteriores, prosperando na teoria de direitos fundamentais.

Nenhuma constituição desde o período republicano garantiu tamanha estabilidade – o fortalecimento das instituições, principalmente aquelas ligadas à defesa das normas jurídicas, possibilitou o combate à corrupção – pois através de seu texto diversos outros instrumentos legais foram editados visando coibir práticas corruptas. Restam-se ressaltar a responsabilização disciplinar dos servidores públicos, a organização dos órgãos responsáveis pelo controle interno e externo das contas públicas, a definição de tipos penais que configurem práticas atentatórias aos princípios da administração pública. Têm-se, ainda, dois grandes marcos legais nesse combate: a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) que regulamentou o artigo 37, §4º, da CRFB/88 e a Lei nº 12.846/13, ambas objetos de estudo do presente trabalho em capítulo específico.

Não cabem somente às esferas de poder o combate à corrupção. Mas toda a sociedade, através do texto constitucional, pode utilizar de determinados “remédios” constitucionais

visando anular atos e decisões administrativas eivadas de ilegalidade. Um dos maiores exemplos é a Lei nº 4.717/65, referente à Ação Popular (art. 5, LXXIII, CRFB/88), que confere a titularidade a todo cidadão a possibilidade de anular ato lesivo ao patrimônio público, a moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A Constituição da República, ao dispor que a sociedade também pode auxiliar no controle e fiscalização do poder público, garante o exercício da democracia participativa, permitindo uma intervenção efetiva nas decisões do poder público como na elaboração e implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, Bresser-Pereira (2008, p.176) compreende que:

A democracia participativa que muita gente pensa ser mera utopia é algo possível se a pensarmos não como uma alternativa à democracia representativa, mas como uma forma de democracia na qual os cidadãos, organizados em entidades públicas não-estatais de advocacia política ou de responsabilização social, têm um papel muito maior na definição de políticas públicas e na sua fiscalização do que na simples democracia representativa.

De acordo com o artigo 1º da Constituição Federal, o povo é o detentor do poder, atribuindo o exercício a seus representantes. Dessa forma, poderá haver a participação da população na vida política do Estado, exercendo tal direito, principalmente, por meio do voto, plebiscito, referendo e projetos de iniciativa popular.

Para assegurar os direitos e garantias individuais, alcançar os objetivos e fundamentos do Estado Democrático previstos no texto constitucional, o combate à corrupção é uma das medidas necessárias, pois a prática de tais atos além de deslegitimar as instituições enfraquecendo-as gera elevados custos, impossibilitando um desenvolvimento social e político.

Inúmeros outros instrumentos com escopo de traduzir maior transparência nos gastos com o dinheiro público e garantir o respeito aos princípios constitucionais foram criados. Pode-se citar a lei complementar 131/09, chamada de Lei da Transparência ou Lei Capiberibe, que dentre os seus objetivos busca garantir a publicidade através da vinculação dos entes políticos e a divulgação de seus gastos na internet em tempo real, abrangendo tanto as despesas compreendidas desde a discriminação da pessoa física ou jurídica beneficiária com o pagamento, procedimentos licitatórios e tantos outros. No que tange as receitas estão inseridas o lançamento e o recebimento das unidades gestoras, inclusive quando se tratar de recursos extraordinários.

2.3 A ADESÃO DO BRASIL ÀS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

A globalização é um fenômeno social que promove as integrações econômica, social, cultural e política, além de propiciar a união de um mercado mundial com o fortalecimento das relações internacionais, o aumento da produção e do consumo de bens e serviços promovidos pelo avanço tecnológico e dos meios de comunicação. Todavia, com a intensificação das relações internacionais, a prática de atos que visem o favorecimento pessoal, em detrimento ao pagamento de propina, se tornou recorrente, restando a evidente necessidade de ampliar os mecanismos de prevenção e repressão à corrupção brasileira, em conjunto com a liga das nações e organismos internacionais.

O principal aspecto dessa integração é aprimorar e fazer uma releitura dos instrumentos jurídicos nos âmbitos técnico e contábil, bem como analisar a implementação de políticas públicas indispensáveis para combater a corrupção na seara internacional, além de promover a adesão às novas Convenções internacionais no seu plano interno.

Os tratados e convenções internacionais têm impulsionado a cooperação internacional, com a adesão dos países a essas diretrizes que buscam a normatização interna com a incorporação desses instrumentos jurídicos para a promoção do desenvolvimento integral dos Estados, através do auxílio mútuo.

Os corruptores se utilizam do jogo político do poder para realizar atos ilegais contra a comunidade. Desta forma, o sujeito passivo imediato disto é a própria sociedade, demonstrando a necessidade de todos os Estados em protegê-la e evitar que tais condutas corrompam a sua própria estrutura.

Diversos países sofrem com esse fenômeno social da corrupção. Nos Estados Unidos, por exemplo, o julgamento do famoso caso de James Hoffa – líder sindical norte-americano, condenado por fraude e tentativa de suborno de um jurado – fez com que esse país reanalisasse a atuação prática no combate ao “Bribery”, que consistia no pagamento ou recebimento de propina nas formas ativa e passiva.

Em decorrência disso, em 1977, foi promulgada pelo Congresso americano a Lei sobre a Prática de Corrupção no Exterior para que não ocorresse mais suborno de funcionários públicos estrangeiros, a fim de restabelecer a credibilidade na integridade do sistema empresarial americano com o retorno dos investimentos. Tal norma ensejou a busca mundial na criminalização da corrupção transnacional, promovendo Convenções sobre o assunto.

Com a legislação de punição, a corrupção e o movimento de internacionalização do combate por meio de Tratados e Convenções demonstram que a sua prática ultrapassa os limites do próprio Estado para se configurar como um mal mundial.

Segundo Varella (2005), o movimento de nacionalização para internacionalização se realiza através de atos que se configuram como instrumentos jurídicos internacionais, por meio de tratados e convenções ou através de abstenções, transmitindo o silêncio de um Estado diante da gerência da sociedade internacional sobre um assunto que afeta o plano interno. Assim, fica evidente que a repressão utilizada pelos Estados Unidos, Brasil e outros países demonstra uma atuação através das normas jurídicas internacionais se dando mais por atos do que por abstenções.

Diante do movimento mundial de combate à corrupção, será feita uma análise das Convenções ratificadas pelo Brasil e sua importância para a normatização interna.

2.3.1 A Convenção dos Funcionários Públicos Estrangeiros da OCDE

Um dos temas inicialmente tratados na Convenção pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE se refere ao suborno de funcionários públicos nas transações internacionais, dando maior atenção as consequências e repercussões da corrupção nos negócios internacionais.

A Convenção de combate à corrupção de funcionários públicos foi ratificada pelo Brasil em 15 de julho de 2000, conferindo força executória através do Decreto nº 3.678/00.

Para a devida punição dos agentes envolvidos, a Convenção tratou de definir em seu artigo 1º, §4, “a” quem são os funcionários públicos, compreendendo qualquer indivíduo que ocupe cargo em uma das esferas de poder. Independente do vínculo jurídico que o une – seja por meio de nomeação, eleição ou concurso público ou representando empresas públicas e organismos públicos internacionais –, praticada a conduta delituosa e se enquadrando no conceito estabelecido deverá sofrer as devidas punições.

Além de abranger os três poderes dos Estados aderentes, a presente convenção passou a tratar que a expressão “país estrangeiro” compreende todas as subdivisões e categorias do governo, desde o nível federal ao municipal.

O acordo passou a dispor sobre normas tributárias e contábeis ensejando assim a responsabilização do “caixa dois” e operações financeiras irregulares explicitadas, além de vedar a prática de atos que visem a ocultação de despesas inexistentes, o lançamento de obrigações tributárias que não estão em consonância com o objetivo proposto. Todos eles

estão relacionados ao funcionário público como sujeito ativo em tais condutas. Visando conferir a efetividade das proibições, foi estabelecido que cada país integrante deve aplicar sanções civis, penais e administrativas diante das omissões e falsificações em livros e registros contábeis, contas e declarações financeiras.

A lavagem de dinheiro foi também um tema objeto do acordo em que se exigiu que as condutas vinculadas à corrupção transnacional fossem tratadas como crime pelo ordenamento jurídico interno, ensejando as devidas penalidades, pouco importando o local de ocorrência do delito. Através deste anseio, inseriu-se a criminalização transnacional na Lei 9.613/98 que passa a vigorar com as alterações promovidas pela Lei nº 12.683/12, tornando mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

Ademais o delito de lavagem de dinheiro, previsto no artigo 1º, da Lei nº 9.613/98, por ser classificado como um crime acessório necessita da ocorrência de uma infração penal anterior. A doutrina, por vezes, chamava de “crime anterior”, restringindo sua aplicação com a redação dada pela Lei nº 12.683/12. Trata-se agora de infração penal, abrangendo tanto crime quanto contravenção, ampliando o âmbito de incidência. Dessa forma, o “jogo do bicho”, descrito como uma contravenção penal pelo artigo 51 do Decreto-Lei nº 3.688/41, poderá ser punido como lavagem de dinheiro, segundo o novo artigo 1º da Lei nº 9.603/98, em que comprovada a infração e a utilização dessa atividade para adquirir casas, carros ou abrirem empresas de fachadas para esconder a origem ilícita configurada estará o crime.

O artigo 2º da Convenção prevê que estarão sujeitas à responsabilização as pessoas jurídicas que subornarem ou utilizarem documentos falsos com a finalidade de corromper os funcionários públicos. Nesse sentido, o artigo 3º do referido diploma elenca que quando não for possível a responsabilização criminal das empresas o Estado deverá assegurar que essas sejam punidas com sanções não-criminais, abrangendo penalidades de natureza pecuniária.

Dentre as sanções descritas no artigo 3º do acordo fica estabelecido que o funcionário público estrangeiro deverá sofrer a devida punição através de penas efetivas e ainda incluir a privação de liberdade por tempo suficiente para garantir a assistência jurídica recíproca e a extradição. Assim, cabe a qualquer interessado se utilizar das medidas necessárias para que a propina ou fruto da corrupção seja confiscado ou submetido a sanções financeiras.

No que tange a competência para o processamento e julgamento dos delitos cometidos por funcionário público estrangeiro, caberá a cada parte a implementação das medidas para sujeição a sua jurisdição, em se tratando de ato ilícito cometido integralmente ou parcialmente em seu território. Quando o delito for cometido no exterior, o país responsável pelo

funcionário estrangeiro deverá do mesmo modo se utilizar dos instrumentos necessários para submeter a sua atribuição, respeitando os princípios em todo caso.

Em se tratando de conflito entre países referente à autoridade processante, as partes deverão submeter-se à análise para averiguar qual o Estado é mais adequado para instauração do processo. O acordo ainda dispõe que os países devem fazer uma reanálise sobre seu ordenamento jurídico, principalmente, quando se tratar do combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros. Em caso de se observar a ausência ou inefetividade das normas, deverão ser implementadas medidas que disciplinem o assunto.

Na observância das suas próprias leis, tratados e acordos, o país solicitado a prestar assistência jurídica nas investigações e instauração de processos criminais ao país solicitante tem a obrigação de prestar a este as informações e documentos necessários sobre delitos abrangidos pela convenção, além de abarcar a condução de processos que não possuam natureza penal contra pessoas jurídicas.

Os Estados devem realizar uma avaliação sistemática aplicada pelo Grupo de Trabalho sobre Suborno da OCDE, que dentre as suas funções está a de fiscalizar a implementação das disposições do acordo pelos países signatários, buscando garantir eficiência no seu cumprimento.

O monitoramento realizado se restringiu em três fases. Na primeira, verificou-se a adequação da legislação interna em face da Convenção e o relatório brasileiro foi aprovado em agosto de 2004 nessa etapa. A segunda fase consistiu nos avanços promovidos e a estrutura do país avaliado em aplicar o comando normativo, de acordo com as recomendações da fase anterior e da própria Convenção. O relatório de avaliação brasileiro nesta fase foi aprovado em dezembro de 2007.

Depois do acompanhamento do processo após a execução da etapa inicial, a terceira fase consistiu em uma análise na implementação do acordo sobre duas perspectivas: da prevenção, detecção e conscientização; investigação, processamento e sanções. Levando-se em consideração os avanços promovidos pelas recomendações da segunda etapa, acrescentando os casos concretos que promoveram indagações decorrentes de mudanças legais ou institucionais e as necessidades de complementação na execução da Convenção, nesta fase ainda se analisaram temas como: lavagem de dinheiro, extradição e a cooperação internacional; tendo o relatório brasileiro obtido aprovação em outubro de 2014.

O órgão responsável por estabelecer as diretrizes das avaliações quando o Brasil for avaliado ou avaliador é de competência da Controladoria Geral da União-CGU que, também,

tem a função de direcionar a participação brasileira no Grupo de Trabalhos sobre suborno da OCDE.

2.3.2 A Convenção da Organização dos Estados Americanos (OEA)

Visando prestar auxílio às medidas de combate à corrupção, difusão da transparência nos atos de governo, assegurar a probidade da administração pública, como também aperfeiçoar a gestão pública, os Ministros das Relações Exteriores da América e os Chefes de Delegação dos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos – OEA celebraram a “Declaração de Belém do Pará”, instrumento importante para o aprofundamento do tema. Em decorrência disto, a Assembleia-Geral emitiu a resolução AG/RES 1294 (XXIV/94), que dentre as determinações estipulou como atribuição do Conselho Permanente a criação do Grupo de Trabalho sobre Probidade Ética que culminou no projeto da Convenção Interamericana contra a Corrupção, ocorrida em Caracas, Venezuela, sendo aprovada em 29 de março de 1996. A inclusão desse acordo no Brasil ocorreu por meio do Decreto Legislativo nº 152 de 2002, com promulgação através do Decreto Presidencial nº 4.410 de 2002.

O artigo II estabelece entre os propósitos da referida Convenção:

1. promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção; e
2. promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.

A Convenção foi o primeiro dispositivo a trazer em seu texto medidas de prevenção, classificação de atos de corrupção, com a cooperação entre os países aderentes ao acordo. As medidas adotadas abrangem a criação de normas de condutas que direcionem o exercício das funções públicas, a utilização de sistemas que garantam a transparência pública, equidade e eficiências na contratação de funcionários públicos e procedimentos licitatórios, com a criação de setores de controle superior para a prevenção, punição e extinção desse mal social, conferindo a participação da comunidade em geral e das organizações não governamentais como atores principais nesse processo.

No artigo VI há a descrição de alguns dos atos como crimes de corrupção, ocorrendo a cominação de penalidades para os delitos de suborno transnacional e enriquecimento ilícito. O

crime de suborno transnacional foi inserido pela Convenção da OCDE e pela Lei nº 10.467, que foi revogada pela Lei nº 12.683/12, de acordo com o artigo VIII da Convenção OEA. No que tange ao enriquecimento ilícito, elencado no artigo IX da Convenção, que diante do aumento patrimonial injustificado, tendo em vista que ultrapassa a renda do funcionário público, restará configurado o crime. Vale salientar que não há responsabilização penal pelo delito de enriquecimento ilícito, ocorrendo apenas no seio da Lei de Improbidade administrativa uma sanção de natureza cível.

De acordo com o artigo XV passa a dispor sobre as medidas a serem adotadas para o confisco, apreensão, bloqueio em decorrência dos delitos abrangidos pelo tratado. Cabendo ao país que executar suas próprias sentenças ou decisões provenientes de outro Estado-parte, determinar como será feita a disposição segundo a sua legislação, podendo ainda mediante respaldo normativo transferir no todo ou em parte os ativos para outro país que tenha prestado assistência nas investigações e diligências.

O sigilo bancário também foi um tema inserido no acordo que, dentre outros aspectos, elenca que nenhum Estado-parte poderá utilizá-lo com escusa para prestar assistência quando solicitada. No entanto, devem ser observadas as normas de direito interno, disposições processuais e acordos bilaterais ou multilaterais que o vinculem ao país requerente. As informações protegidas por sigilo bancário somente serão utilizadas para o processo que ensejou a solicitação, não podendo ser usadas para fim diverso, salvo quando houver autorização do Estado requerido.

Um dos pontos marcantes do acordo é a criação do “Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana Contra a Corrupção” (MESICIC), que dentre as suas funções está a de avaliar a dedicação dos países no combate à corrupção por meio do auxílio entre os Estados-partes, aliado aos avanços produzidos pela convenção.

Em face das diretrizes expostas no tratado firmado entre Brasil e os membros da OEA, em 2003, deu-se a criação do Conselho da Transparência Pública e Combate à Corrupção por meio do Decreto nº 4.293/03, da participação de representantes de órgãos públicos e da sociedade organizada. Além disso, houve a criação da Secretária de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), integrante da Controladoria Geral da União (CGU).

Assim, pode-se inferir que a presente Convenção é um dos mecanismos de combate à corrupção, através dos avanços de técnicas e na tipificação de condutas que anteriormente não possuíam previsão legal, por meio da cooperação da América que se mostra relevante, pois possibilitará eventuais extradições de criminosos, investigações de crimes referentes à lavagem de dinheiro e crime organizado.

2.3.3 A Convenção das Nações Unidas no Combate à Corrupção

A corrupção se mostrou um tema relevante nos mais diferentes países que, por meio de tratados e convenções restritos a determinadas áreas aderentes, promoveram ações conjuntas nesse aspecto. No entanto, não abrangia todos os países do mundo, deixando ao relento regiões da Ásia e do Oriente Médio, referindo-se, especificamente, a determinadas matérias como, por exemplo, o suborno. Em consequência disto, diversos outros países manifestaram o interesse em celebrar um acordo global que fosse apto a prevenir e combater a corrupção em todas as suas subespécies, não se limitando somente a um único ou alguns aspectos.

A Convenção trata dos mais diversos temas nos seus 71 artigos, divididos em 8 capítulos, entre os quais se destacam como mais relevantes os que tratam de temas relacionados a prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional. Cabe destacar que estas matérias requerem adaptações legislativas integradas por meio de ações em conjunto com a aplicação da convenção a cada país.

No capítulo que dispõe sobre prevenção à corrupção, o dispositivo em comento trata da obrigação dos países na introdução de políticas contra a corrupção que garantam a efetivação no seu cumprimento com a participação da comunidade global, com a utilização de princípios que compõem o ordenamento jurídico, tais como a integridade, transparência, entre outros.

A cada Estado compete a adoção de critérios para escolha e contratação baseada em aspectos objetivos de mérito, não havendo discricionariedade. Dessa forma, os procedimentos licitatórios, que buscam obter a melhor proposta e garantir o desenvolvimento nacional, devem propiciar a concorrência a todos que se enquadrem nas disposições. Além disso, devem garantir a transparência no custeio de campanhas eleitorais dos partidos políticos e seus candidatos.

Ainda de acordo com o estabelecido, os Estados devem primar por um código de ética que insira em seu texto o incentivo a denúncias de crimes de corrupção relacionados a servidores públicos, com desestímulo ao recebimento de presentes de qualquer natureza que possam ocasionar divergência de interesses. Também devem admitir políticas de acesso e transparência às contas públicas para que os cidadãos possam participar do processo democrático de combate à corrupção, além de adotar medidas que tenham por objetivo obstar a lavagem de dinheiro. Sublinha ainda o acordo que a independência do Poder Judiciário e do Ministério Público é indispensável para o combate à corrupção.

O setor público não foi o único abrangido pelas medidas do acordo, pois o setor privado também foi contemplado com medidas de efetivação para prevenir atos de improbidade, entre elas: desenvolver padrões de auditoria e de contabilidade para empresas, prevenir conflito de interesses, aplicação de sanções civis, administrativas e criminais que obstem futuras ações.

No que se trata da penalização e aplicação da lei, consiste em atribuição dos Estados-partes a inclusão no ordenamento jurídico de crimes de corrupção, não só aqueles tidos como tradicionais, como suborno e desvio de recursos públicos, como também as condutas que favoreçam a corrupção, entre eles a obstrução da justiça, tráfico de influência e lavagem de recursos provenientes da corrupção. A aplicação de sanções está restrita a existência de meios que possibilitem a realização de ações de detenção, processo, punição e reparação.

Obedecendo aos preceitos, é de observância obrigatória a tipificação como crime: o suborno a funcionários públicos, a corrupção ativa a oficiais estrangeiros, a fraude e a apropriação indébita, a lavagem de dinheiro e a obstrução da justiça. Na medida do possível, devem buscar também inserir na legislação sancionatória as condutas de corrupção passiva de oficiais estrangeiros, tráfico de influências, abuso de poder, enriquecimento ilícito, suborno e desvios de recursos no setor privado.

O acordo indica que os Estados devem tratar do suborno como todo ato delituoso de quem, no exercício legítimo de função, cargo público ou em razão dele, exige, ou aceita diretamente ou por interposta pessoa, qualquer vantagem ou recompensa para faltar ao cumprimento do seu dever, praticando ou se abstendo de praticar certo ato, em prejuízo de terceiro.

Nos crimes de fraude, apropriação indébita ou qualquer outro desvio de recursos por parte de funcionário público, em benefício próprio ou de terceiros, envolvendo patrimônio público ou privado, bem como qualquer outro bem dotado de valor, a ele confiado em decorrência do cargo, devem ser estabelecidos como crimes pelos Estados-partes, desde que sejam cometidos intencionalmente.

Um dos grandes passos da presente Convenção se comparada com os tratados anteriores foi introduzir, em suas disposições, a assistência mútua mesmo em casos que não existam a dupla incriminação. De acordo com o princípio da dupla incriminação, só poderá haver extradição quando o crime praticado no exterior também for crime no país ao qual se requer a extradição. Entretanto, com a adesão ao acordo, mesmo que os delitos não sejam conceituados com a mesma categoria, mas equivalentes, abre-se a possibilidade para extradição.

A convenção poderá ser utilizada como base legal sempre que se condicionar a extradição à existência de acordos, mas é importante acrescentar que os Estados envolvidos devem buscar consonância nas suas leis nacionais em meio aos tratados. Os países envolvidos não devem considerar os crimes de corrupção com crimes políticos.

O pedido de extradição poderá ser recusado em caso de fundada perseguição em decorrência do gênero, raça, religião, nacionalidade, etnia ou opiniões políticas. No entanto, recomenda-se que seja feita uma consulta ao país que solicitou a extradição para conhecimento de informações adicionais que influenciem a tomada de decisão.

A assistência legal mútua em investigações, processos e procedimentos quando se tratar de crimes previstos na Convenção devem abranger medidas amplas que possibilitem a solução do caso concreto.

A recuperação de ativos é um princípio fundamental, pois busca o apoio entre os países envolvidos para que sejam resguardados os interesses das vítimas e os donos dos recursos usurpados. Assim, os Estados poderão instaurar uma ação civil em outro país para confirmar o direito de propriedade aos bens adquiridos por meio de corrupção. Os tribunais podem impor aos culpados a obrigação de ressarcir o outro país e reconhecer, em decisões de perda de bens, o pedido da parte adversa no processo como legítima dona dos bens. O confisco poderá ser utilizado mesmo que não haja uma condenação no âmbito criminal, o que ocorre, por exemplo, quando o condenado foi declarado ausente ou faleceu.

O Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes (UNDOC) é o órgão responsável pela proteção da convenção. Dentre algumas de suas funções estão a de prover assistência técnica, assistir os Estados-partes na implementação integral do que foi estabelecido e propiciar a ratificação por todos os países.

O estudo desta convenção se mostra perceptível para compreensão dos cenários político, econômico e social, por meio da interação do direito nacional e o direito internacional, uma vez que os acordos firmados buscam inovar o direito nacional prestando auxílio por meio da participação internacional no combate e controle à corrupção.

3 O DIREITO ADMINISTRATIVO E OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ATUAÇÃO ESTATAL PROBA

O Direito encontra-se dividido em dois ramos: direito público e direito privado. O primeiro possui como característica primordial a desigualdade nas relações jurídicas, tendo em vista a prevalência do interesse público sobre os interesses privados, incidindo nas condutas individuais de forma reflexa. Para garantir a tutela do interesse público, o Estado dispõe de prerrogativas que o colocam em posição jurídica de superioridade, no entanto essa atuação deve respeitar as disposições legais e as garantias individuais estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Em decorrência disto, o artigo 5º, XXIV, da Constituição Federal, assegura o direito de propriedade a qualquer cidadão, no entanto, restringe-o facultando ao Poder Público efetuar desapropriações por necessidade, utilidade pública ou para garantir o interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Dessa forma, se mostra evidente que em determinadas situações o interesse privado é superado diante do anseio social.

O direito privado, por sua vez, busca a realização dos interesses particulares, possibilitando o convívio em sociedade e a fruição dos bens. No seu âmbito de incidência, em um primeiro momento, não existe uma relação de subordinação entre as partes. Mesmo que o Estado esteja em um dos polos de uma relação jurídica regida pelo direito privado, deve-se garantir a igualdade jurídica entre as partes em conflito.

Cabe ressaltar que eminentemente nenhuma relação se sujeita exclusivamente ao direito privado, em que há determinadas relações entre particulares que afetam toda uma coletividade ensejando, assim, a aplicação de algumas normas de direito público a limitar a vontade das partes. De outro modo, no âmbito do direito público pode haver a aplicação subsidiária de normas de direito privado diante da situação concreta.

Assim, o Estado quando atua, independente do ramo, não aplica puramente as normas de direito privado, necessitando de complementação do âmbito público, ou seja, nunca as normas públicas em todos os seus aspectos serão afastadas de aplicação, quando o Estado for uma das partes.

O Direito Administrativo pertence ao ramo do direito público, uma vez que trata da coordenação e o desenvolvimento de políticas de Estado para satisfazer as necessidades coletivas. Em decorrência disto, vislumbrou-se a necessidade do estudo de tal área do conhecimento jurídico e sua conceituação.

Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2016, p.3) é possível explicitar que:

[...] o conjunto de regras e princípios que, orientados pela finalidade geral de bem atender ao interesse público, disciplinam a estruturação e o funcionamento das entidades e órgãos integrantes da administração pública, as relações entre esta e seus agentes, o exercício da função administrativa – especialmente quando afeta interesses dos administrados – e a gestão de bens públicos.

Para compreender como é organizado e desenvolvido esse ramo do Direito é necessário ter em vista o sistema administrativo adotado em nosso país para o controle de seus atos administrativos ilegais ou ilegítimos, realizados por qualquer um dos poderes em todos os âmbitos.

O Brasil adotou o sistema inglês ou de unicidade da jurisdição, por meio do qual todos os conflitos administrativos, ou que estejam relacionados a interesses exclusivamente privados, devem ser submetidos ao Poder Judiciário, órgão responsável para apreciação da *lide* e detentor de competência para aplicar o direito ao caso concreto, de forma definitiva, com força de coisa julgada.

O sistema francês não foi adotado pelo Estado brasileiro, tendo em vista que proíbe o conhecimento pelo Poder Judiciário dos atos administrativos, já que serão analisados por uma jurisdição contenciosa, composta por tribunais de caráter administrativo. Ocorrendo nesse caso uma dupla jurisdição: jurisdição administrativa (tribunais que detêm competência para tratar de matérias administrativas) e a jurisdição comum (organizada pelos órgãos que compõem o Poder Judiciário, com atribuições de solucionar os demais casos).

Esse último sistema não foi inserido no Estado Democrático de Direito, pois a própria Carta Magna, em seu artigo 5º, XXXV, assegura o princípio da inafastabilidade da jurisdição, expresso como uma garantia individual caracterizando-se como cláusula pétrea, tendo em vista que qualquer lesão ou ameaça ao direito não poderá ser retirada de apreciação do Poder Judiciário.

Deve ainda ficar claro que embora o controle de legalidade da atividade administrativa seja realizado pelo Poder Judiciário, não se retira da autoridade administrativa o poder de controlar e rever os seus próprios atos. Entretanto, as decisões proferidas pelos órgãos administrativos não possuem aptidão para fazer coisa julgada, sujeitando-se a revisão judicial.

Para compreender as normas que permeiam o Direito Administrativo é necessário conhecer as regras e princípios. Além disso, é muito importante estabelecer que, embora haja diferenças, tanto as regras quanto os princípios fazem parte das normas jurídicas e, portanto, obrigam os destinatários quanto a sua observância.

As regras jurídicas referem-se aos relatos descritivos de determinadas condutas por meio das quais, através da subsunção, com a devida correspondência do fato a previsão abstrata, chega-se a uma conclusão, sendo vislumbrada por meio da dimensão da validade, especificidade e vigência. Por isso, quando se trata de um conflito entre regras, uma delas será afastada de acordo com a especificidade ou será declarada inválida.

Os princípios são normas jurídicas de observância obrigatória, são mandamentos de otimização que podem ser aplicados de diversas formas, com a análise abstrata de casos concretos cabendo ao intérprete conferir o valor entre os eventuais princípios em choque.

Os princípios fundamentais que orientam a atuação estatal encontram-se descritos implicitamente ou expressos no texto constitucional. Algumas leis reproduzem diversos outros princípios aplicáveis à administração pública, como decorrência da atuação de órgãos, entidades e agentes administrativos e, em alguns casos, são reproduções dos princípios constitucionais expressos.

O artigo 37, *caput* da Constituição Federal, elenca os princípios norteadores da atividade administrativa: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (este foi inserido pela EC 19/98). Tais princípios estão introduzidos no Capítulo VII acerca da Administração Pública, na seção das “Disposições Gerais”, demonstrando a sua importância e observância obrigatória para todas as esferas de Poder no momento do exercício das atividades administrativas, abrangendo também a administração direta e indireta.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Estado Democrático de Direito visa, por meio do artigo 5º da Constituição Federal, assegurar os direitos fundamentais individuais e coletivos, tutelar a sociedade contra os abusos cometidos pelo poder do Estado, assegurando a liberdade individual.

O princípio da legalidade possui sua formulação mais genérica descrita no artigo 5º, II da Carta Política, explicitando que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, para os particulares é lícito fazer tudo aquilo que a lei não vede, encontrando respaldo na autonomia da vontade. No entanto, quando se trata da administração pública este postulado não encontra embasamento, pois toda atuação administrativa pressupõe a gestão de coisa alheia, pertencente ao povo. Dessa forma, o exercício de qualquer atividade administrativa depende de autorização por meio de lei para que ela possa ocorrer.

O princípio da legalidade em matéria administrativa não possui dispositivo específico na Constituição Federal, todavia na busca do interesse público a administração só poderá atuar quando a lei assim determinar, caracterizado como ato vinculado, e por meio de atos discricionários. Quando a lei autorizar, buscando a harmonia nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ao passo que a conveniência e oportunidade nesses tipos de atos não sejam desmedidas. Assim, não há possibilidade de atuação administrativa quando não houver previsão legal.

Desta maneira, segundo Hely Lopes Meirelles (2006, p.87), esse princípio pode ser compreendido de modo que:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Em conformidade com o exposto, o autor não se referiu a restrição do princípio da legalidade do agente no caso em destaque do administrador, mesmo que o tenha mencionado expressamente. Tal princípio diz respeito a própria Administração e ao desenvolvimento da atividade administrativa, em seu aspecto amplo, sendo incluído seus agentes, uma vez que para produzir os efeitos dos atos administrativos, a Administração Pública necessita atender a lei e ao Direito.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2013), o Estado moderno possui duas funções primordiais: a de criar a lei e a de executá-la, ao passo que esta última só poderá ocorrer com exercício da primeira, de modo que a atividade administrativa somente existirá em meio aos parâmetros estabelecidos anteriormente pela atividade legislativa.

Com a compreensão do real sentido do princípio da legalidade, não significa nem tão pouco elimina o fato da administração criar mesmo que em nível sublegal atos normativos diante da utilidade pública, o que será uma consequência da atuação discricionária. Em muitas das situações, a própria lei, dado o seu caráter amplo, ao regular matérias confere ao administrador a obrigação de escolher a solução para casos concretos que se amoldem às finalidades da normas, devendo fazer um juízo de valor quanto a conveniência e oportunidade na situação em concreto.

Os atos normativos expedidos pela administração pública devem observar os limites da lei, para garantir o cumprimento desta. A normatização administrativa típica não pode vim

a criar direitos ou obrigações novos que não estejam previamente definidos em lei ou emanem dela.

A vinculação ocorre quando objetivamente há a subsunção do fato com a previsão esculpida na lei. Sendo evidente que é praticamente impossível a previsão exata de todas as situações dado o seu caráter de generalidade, característica nata da própria norma. Isso confere à Administração incontáveis situações, não somente a faculdade, mas também o dever de analisar discricionariamente as situações, para que possa aplicar a finalidade como também limitar essa aplicação ao princípio da legalidade.

A indisponibilidade do interesse público está estritamente ligada com este princípio, pois o administrador não pode, em regra, tomar nenhuma decisão de disposição do interesse público. Assim, esse fica adstrito à autorização do titular desse poder, o próprio povo. Mesmo que a produção legislativa seja feita pelos representantes destes, a possibilidade de transação não pode ser realizada de toda forma.

A legalidade é um postulado basilar na gestão do interesse público, possui um caráter restritivo do que a legalidade aplicável às relações entre particulares, limitando a atuação discricionária do gestor público e garantindo a busca do interesse público. Quando não se respeita as disposições estabelecidas, os atos administrativos são inválidos e, por meio da autotutela, a administração pública pode declará-los anulados, podendo inclusive o Poder Judiciário nos limites estabelecidos suprimi-los.

Ainda ligado ao princípio da legalidade, encontra-se o princípio da proporcionalidade ao ato que ensejou a expedição, porque quando a lei outorga competências com determinada finalidade, qualquer conduta que exorbite a previsão legal se distancia do interesse público esculpido na norma, devendo ser declarada inválida por não atender a finalidade normativa. Por isso, que, em alguns casos, o Judiciário, ao anular os atos administrativos que contenham tal vício, apenas retira o excesso de atuação.

O princípio da motivação também é um postulado do princípio da reserva legal, posto que impõe à Administração Pública a obrigação de demonstrar as razões não só de direito, mas também de fato por meio das quais tomou determinada decisão, ou seja, justificando os motivos que levaram a praticar o ato administrativo.

É importante enfatizar que o princípio da legalidade não se confunde com o princípio da reserva legal, pois este estatui que determinada espécie normativa deva ser aplicada para a atuação definida na Carta Política, ou seja, determinadas matérias possuem um comando normativo a ser utilizado diante da expressa dicção legal. É o que ocorre, por exemplo, com a edição de medidas provisórias pelo chefe do executivo em meio a situações excepcionais,

devendo ainda observar os demais pressupostos do artigo 62, da CRFB/88, exigindo o respeito à lei e às espécies normativas.

As leis e os diplomas legais não são as únicas fontes de direcionamento da gestão do interesse público, como também os princípios inseridos no ordenamento jurídico. Mostra-se também importante ressaltar que a administração se encontra vinculada aos atos normativos gerais que guardam conexão com o caso concreto. Destarte, o exercício das atividades no âmbito administrativo deve buscar a observância às leis específicas e ao conjunto normativo.

O princípio da legalidade, embora seja indispensável na proteção do interesse público, não possui caráter absoluto, em que diante de muitas situações conflita com o princípio da segurança jurídica, necessitando de juízo de ponderação. Não obstante, em alguns casos, a própria lei passa a fazê-lo, não dando margem a administração pública para substituí-la. É o que ocorre, por exemplo, em atos administrativos eivados de ilegalidade que beneficiem terceiros, ou seja, não poderão ser anulados decorridos cinco anos de sua prática, disposição esta contida no artigo 54, da Lei 9.784/99. A doutrina e a jurisprudência costumam atribuir a tal postulado o “princípio da proteção à confiança legítima”.

3.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade quando foi inserido no texto constitucional causou estranheza para muitos estudiosos, uma vez que em seus trabalhos científicos não o empregavam. O termo impessoalidade deriva da palavra “impessoal”, que pode ser entendida como algo que não pode ser destinado a uma pessoa em específico ou a determinados indivíduos.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p.84) aduz:

O princípio da isonomia da Administração não necessita, para seu fundamento, da invocação de cânones de ordem moral. Juridicamente se estriba na convincente razão de que os bens manipulados pelos órgãos administrativos e os benefícios que os serviços públicos podem propiciar são bens de toda comunidade, embora por ela geridos, e benefícios a que todos igualmente fazem jus [...].

Esse princípio pode ser analisado sobre duas perspectivas diferentes que estão descritas no artigo 2º, parágrafo único, inciso III, da Lei 9.784/99. A primeira concepção é a mais clássica quando se trata do princípio da impessoalidade, pois atribui que a atuação administrativa deve visar constantemente a satisfação das necessidades públicas. Muitos

doutrinadores caracterizam-no como princípio da finalidade que, embora implícito na Constituição Federal, encontra previsão expressa por meio da impessoalidade.

A lei possui comando geral e abstrato que acaba vinculando a tomada de decisões na seara administrativa. Dessa forma, não poderá o administrador beneficiar, prejudicar ou perseguir os administrados, pois estaria buscando um fim diverso do que aquele que a lei estabeleceu, ensejando a nulidade do ato por desvio de finalidade.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), a impessoalidade constitui um pressuposto lógico da isonomia que reflete nos dispositivos constitucionais do artigo 37, II, que estabelece a realização de concurso público para ingresso efetivo nos quadros da administração pública, ou ainda na regra estabelecida pelo artigo 37, XXI, que obriga a realização de licitações públicas que garantam a igualdade de condições aos concorrentes.

A finalidade administrativa pode ser geral ou específica, mas sempre estará contida na lei ou no ordenamento jurídico. Entende-se por finalidade geral a satisfação do interesse público, enquanto que a finalidade específica encontra disposta no fim direto ou imediato que a lei pretende atingir.

Para simplificar, quando se trata de uma finalidade específica basta vislumbrar a hipótese de remoção de servidor público para compor um órgão que necessita de pessoal. No entanto, o servidor foi removido como uma forma de punição em decorrência das irregularidades cometidas por esse, assim, o ato deverá ser considerado nulo. Isto ocorre, porque, embora não seja contrária ao interesse público de forma ampla, havia a necessidade de remoção do servidor para o local em que foi lotado. O ato de remoção não serve de parâmetro para punição, havendo um desvio de finalidade específica que enseja a nulidade do ato.

Pode ocorrer ainda o desvio tanto na finalidade genérica quanto na específica. Imagine que determinado Policial Federal solicite uma licença, prevista no artigo 87 da Lei 8.112/90, para se capacitar em um curso de designer de joias. O dispositivo legal estabelece que: “Após cada quinquênio de efetivo exercício, o servidor poderá, no interesse da administração, afastar-se do exercício do cargo efetivo, com a respectiva remuneração por até três meses, para participar de curso de capacitação profissional”. Nesse caso, a licença uma vez concedida violará o interesse público (remuneração concedida para fazer um curso que não está entre suas atribuições) e a finalidade específica da lei (designer de joias não é “capacitação profissional”).

No que tange ao uso dos serviços públicos, a Administração está da mesma forma obrigada, sempre baseada no princípio da impessoalidade, em prestá-los a todos indistintamente.

O princípio da impessoalidade encontra-se resguardado implicitamente pela Lei 4.717/65 que regula a Ação Popular que, embora utilizando a expressão “desvio de finalidade”, com a cominação de sanção de invalidade sobre esse ato, aplica-se ao presente princípio.

A segunda concepção descrita na Lei 9.784/ 99, em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso III, dispõe sobre a vedação de promoção pessoal do agente público, ou seja, todo aquele que se utiliza da administração pública para vincular a sua imagem pessoal, utilizando a propaganda oficial para a sua identificação, desatende ao comando normativo. A Carta Política estabeleceu, em seu artigo 37, § 1º, que a publicidade administrativa deve buscar educar, informar ou orientar socialmente, não podendo ser utilizada com símbolos, nomes ou imagens que identifiquem com promoção pessoal de autoridades e servidores públicos.

A doutrina mais moderna, diante dos avanços legislativos na proteção do princípio da impessoalidade, incluiu como violação a esse postulado a nomeação de parentes e cônjuge para ocuparem cargos públicos, que se insiram dentro das competências de assessoria, chefia ou direção, com a finalidade de beneficiar um particular sem analisar o real interesse público.

Em decorrência disso, foi editada em 2008 a Súmula Vinculante nº 13 que passa a dispor sobre a proibição de nomeações recíprocas indiretas. Por exemplo, se determinado promotor nomear a esposa de um juiz para assumir a função de assessoria de seu gabinete e, em contrapartida, ele garantir a nomeação da esposa do promotor para exercer uma função em seu gabinete, ambos estarão violando o princípio da impessoalidade, caracterizando o “nepotismo cruzado”, prática essa vedada pela súmula, pois, o cargo ou função ocupada é qualificado como administrativo.

A jurisprudência da Suprema Corte, no entanto, já se manifestou no sentido de não aplicar a vedação contida na súmula quando se tratar de nomeação para cargos políticos (secretários, ministros de estado), desde que o sujeito nomeado possua condições técnicas para ocupar o cargo. A justificativa para esse caso importa ao reconhecer que a nomeação se caracteriza como ato político, pois possui uma discricionariedade ampla com a não incidência da súmula.

Portanto, a Administração ao conduzir o interesse público não possui sobre os bens a discricionariedade de dispor, de modo que trate desigualmente os administrados que dela necessitem. A atuação da autoridade ou agente público não se baseia na vontade, mas na

atenção a uma finalidade maior de satisfação das necessidades públicas, tendo inclusive se sedimentado pelos dispositivos legais que o elevaram a categoria pública, devendo promover o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico a todos.

3.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

A atuação administrativa impõe que na busca do interesse público, o administrador deve pautar a sua conduta em preceitos éticos de não somente observar os requisitos de conveniência, oportunidade e justiça, como também diferenciar o que é honesto ou não. Essa conduta deve existir em relação aos administrados como também em relação aos agentes públicos que a integram.

O constituinte ao inserir tal princípio expressamente no texto constitucional buscou reprimir a imoralidade que se encontra enraizada na Administração. Assim, um ato contrário a moral administrativa será analisado sob o aspecto da legitimidade, em que uma vez praticado o ato, em desacordo com os preceitos morais, ele é nulo. A observância desse postulado está ligada ao fato da autoridade ou agente público possuir o dever de conhecer as leis e os princípios éticos que respaldam a função administrativa.

A probidade, embora, possua conteúdo diverso da legalidade, aquele está correlacionado a este. Isto porque a imoralidade configura uma ofensa direta a lei e, como consequência, a violação do princípio da legalidade. Em outras circunstâncias estará inserido no tratamento discriminatório conferido aos indivíduos, em que nesse caso ocorrerá a transgressão também do princípio da impessoalidade, requisito utilizado para análise da legalidade da conduta administrativa. Por essa razão, o princípio da moralidade vem a integrar e garantir a efetividade material do princípio da legalidade.

Nesse sentido, não cabe tão somente aos administradores a função de decidir entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto, levando em consideração parâmetros objetivos, embora se trate de um conceito jurídico indeterminado que necessita de valoração.

Para compreensão do real aspecto desse princípio não é prescindível a concepção pessoal de moral que o agente possua, ou seja, são irrelevantes as convicções de foro íntimo do agente público sobre a atividade administrativa que deve ser considerada ética.

A moral administrativa exigida do agente público deve buscar seu conteúdo, através dos valores que são obtidos por meio das normas referentes à atuação da administração pública, inserindo também a conduta daqueles que exercem função pública. Os princípios,

regras legais e infralegais, a doutrina também passa a inseri-los nesse rol das práticas lícitas que de maneira reiterada são observadas nos órgãos e entidade, conhecida como praxe administrativa.

A obrigatoriedade da atuação, conforme os padrões éticos e designado pela doutrina como “moralidade administrativa”, estabelece que a moralidade no trato com a coisa pública é indispensável para o desenvolvimento de uma boa administração, de maneira que a sua disciplina interna é distinta da moral social.

Enquanto a moral social se fundamenta na diferenciação entre o bem e o mal, certo ou errado, conforme o senso comum da coletividade; a “moral jurídica” se encontra atrelada à conduta de um bom administrador, pautado na consecução das finalidades públicas de maneira legal.

A doutrina usualmente relaciona a moralidade administrativa com a noção de boa-fé (assimilada por muitos doutrinadores como princípio), que pode ser compreendida como as normas de conduta que orientam como o indivíduo deve agir, gerando deveres de conduta.

Portanto, trata-se de uma noção de moral objetiva em que não depende das opiniões do agente, pois a sua não observação pode ser objeto de controle pela administração pública, mediante provocação ao Poder Judiciário.

A atividade jurisdicional é precípua do Poder Judiciário que pode ser exercida sobre os atos administrativos, por meio do controle de legalidade ou de legitimidade. No entanto, não adentra ao mérito administrativo, ou seja, a oportunidade e conveniência dos atos discricionários obedecem aos limites legais. Nesse tipo de controle, a correspondência da atuação administrativa se dá com a observância de uma lei formal e dos princípios jurídicos, a exemplo, o postulado da moralidade.

O artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, dispõe sobre a lesão ao princípio tratado, diante do dever de probidade que é imposto ao agente público. O dispositivo legal versa sobre atos de improbidade administrativa com a aplicação de severas sanções aos responsáveis, conforme se entende da leitura abaixo:

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

As práticas desses atos também ensejaram a criação da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) que passa a tratar das penalidades aplicáveis aos agentes

públicos, nas situações em que ocorrer enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública, tanto direta quanto indireta.

Dessa forma, a afronta a quaisquer dos princípios da atividade administrativa pode configurar atos de improbidade administrativa, em decorrência disso, a exigência de probidade ultrapassa os demais postulados administrativos. É importante destacar que a Carta Política tipifica como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que violem o princípio da probidade (art. 85, V).

Diversos instrumentos encontram-se a disposição da sociedade com o condão de provocar o controle da atividade administrativa, para que os princípios que norteiam a sua atuação sejam obedecidos. São exemplos de alguns dos mecanismos adequados a proteção da Administração Pública: o direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”) e a garantia de acesso ao Poder Judiciário, por meio do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV). O controle judicial dispõe de um meio importante para garantir a probidade administrativa que é a ação popular, descrita no artigo 5º, LXXIII, da CRFB/88.

A ação popular, anteriormente direcionada a tutela do patrimônio público econômico, passou com o tempo a proteger outros bens jurídicos com notável destaque social, como o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural e a moralidade administrativa. O instrumento processual passou a ser regulamentado pela Lei nº 4.717/65, que confere a qualquer cidadão portador do título de eleitor (art.1º, § 3º, da Lei 4.717/65) a possibilidade de deduzir sua pretensão de direito e buscar a anulação de atos da administração contaminados de imoralidade administrativa. A condição de lesividade daquele que causou o dano efetivo ou em potencial ao patrimônio público restou atenuado em meio ao cenário constitucional, pois a ação se torna cabível mesmo que não seja uma efetiva lesão patrimonial, mas ocorra ofensa ao princípio.

A Ação Civil Pública, prevista no artigo 129, III, da CRFB/88 e regulamentada pela Lei nº 7.347/85, também é um importante mecanismo de combate à imoralidade administrativa, tendo estabelecido que se insira dentre as atribuições institucionais do Ministério público a sua propositura, além de atribuir a outros legitimados a propositura da ação, conforme descrição do artigo 5º da Lei 7.347/85. Essa lei passa a proteger não somente o patrimônio social como também os interesses difusos, indispensáveis para o desenvolvimento de uma sociedade mais compromissada com o futuro.

3.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Os atos administrativos devem ser divulgados entre os administrados, porque constitui fundamento do princípio da publicidade, além de possibilitar o controle de legitimidade. A transparência é, portanto, indispensável para mensurar a legalidade ou não, e o grau de eficiência que envolve o exercício legítimo das funções atribuídas à administração pública.

A publicação desses atos ocorre por meio de órgãos de imprensa ou são afixados em determinados locais das repartições públicas, ou por meio de outros instrumentos modernos de tecnologia, como é o caso da internet.

Esse princípio é uma decorrência do princípio da transparência que assegura que devem encontrar explicitados os motivos que ensejaram a prática de determinado ato administrativo, possibilitando, assim, o efetivo controle de legalidade pelos órgãos e pela sociedade. A cidadania é elementar para a motivação, tendo em vista que por meio dessa poderá limitar a atividade administrativa.

A atuação transparente de toda a administração pública encontra-se descrita no artigo 5º, XXXIII, da CRFB/88, por meio do qual a todos é conferido o direito de obter informações de interesse particular ou de toda sociedade, devendo ainda ser prestadas no prazo da lei, sujeita a responsabilização pelo não cumprimento, ressalvadas as situações em que o sigilo se mostre indispensável para a segurança tanto da comunidade quanto do Estado.

Esse postulado poderá ser concretizado por meio de mecanismos específicos como, por exemplo, o direito de petição previsto no artigo 5º, XXXIV, “a” da CRFB/88, por meio do qual os indivíduos podem se dirigir aos órgãos administrativos para expor sua pretensão. Outro exemplo é o direito de obter certidões que são expedidas por órgãos que atestam a veracidade de fatos administrativos, em que mediante a publicidade confere aos administrados a defesa de seus direitos ou esclarecimento de certas situações (art. 5º, XXXIV, “b”, CRFB/88). E também como corolário desse princípio, tem-se que administração pode atuar *ex officio* para divulgar informações de interesse da coletividade.

No mesmo sentido, o artigo 37, § 3º, II, da Constituição Federal, dispõe que a lei deve determinar os meios de participação do usuário na administração, seja ela direta ou indireta, facilitando o acesso àqueles que necessitem obter registros e informações sobre atos de governo, no entanto, devem ser observadas as limitações impostas pela Carta Política.

Uma vez negado o exercício de tais direitos, ou quando a informação veiculada não condiz com a realidade ou ainda quando transmitida de maneira incorreta, ocorrerá ofensa aos direitos constitucionais, possibilitando ao prejudicado a utilização de meios legais para

garantir a legalidade, por meio do mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da CRFB/88) e o *habeas data* (art. 5º, LXXII, CRFB/88).

O artigo 216, § 2º, da CRFB/88, merece também menção, pois disciplina que na forma da lei cabe à administração o gerenciamento e documentação de informações e os instrumentos que permitam a consulta de todos aqueles que dela necessitarem.

Assim, a publicidade é um pressuposto de eficácia do ato e não um requisito de validade, ou seja, enquanto o ato não for levado a conhecimento público não poderá produzir os efeitos que lhe são próprios.

De acordo com o artigo 2º, parágrafo único, V, da Lei nº 9.784/99, deve-se observar no âmbito dos processos administrativos federais a divulgação dos atos praticados no âmbito administrativo, salvo alguns casos em que a Constituição Federal assegura o sigilo.

No mesmo entendimento, o artigo 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), explica que para que um contrato tenha eficácia é indispensável a publicação de maneira resumida do instrumento na imprensa oficial. Esta na seara administrativa encontra-se disposta no artigo 6º, inciso XIII da presente lei, que a caracteriza como meio de transmissão oficial de informações sobre a administração pública, no caso da União se dará por meio do Diário Oficial da União; para os Estados, Distrito Federal e os Municípios será o veículo que for estabelecido pelas respectivas leis.

O legítimo titular da coisa pública é povo, o que demonstra a necessidade de colocar a sua disposição meios de controle da atuação administrativa, em que esta será apenas uma gestora dos bens e interesses. É de salutar que só poderá haver o controle eficaz se os atos forem publicados de maneira que todos tenham conhecimento sobre eles, principalmente nos casos em que ocorra oneração do patrimônio público.

Com o intuito de conferir ainda mais transparência na prestação de informações, foi criada a Lei de Acesso à Informação que será estudada sobre os pontos mais relevantes a seguir, em tópico próprio.

3.4.1 Aspectos Gerais da Lei de Acesso à informação

A Lei nº 12.527/11, conhecida como Lei de Acesso à informação (LAI), passou a disciplinar o artigo 5º, II; o § 3º do artigo 37 e o §2º do artigo 216, da Carta Política. Essa lei tem como objetivo disciplinar os procedimentos a serem adotados pelos entes, com a finalidade de garantir o acesso à informação, previsto nos dispositivos acima citados, e conferir aos cidadãos a participação na administração pública por meio de controle,

apresentação de reclamações quanto à prestação do serviço público ou ainda através de avaliações periódicas efetuadas não só pela administração como também pelos administrados.

O seu texto trata de normas gerais e de caráter nacional, ou seja, vincula todos os entes federados, como também estão subordinados a ela como os órgãos integrantes da administração direta, dos poderes Executivo e Legislativo, inclusive as Cortes de Contas, Poder Judiciário e o Ministério Público. A administração indireta, entidades privadas sem fins lucrativos que obtenham recursos públicos para o desenvolvimento de ações do interesse público também são sujeitas a transparência.

A referida lei trata do conjunto mínimo de informações que devem ser disponibilizadas na internet quanto à competência, estrutura organizacional, horário de atendimento ao público, o registro de repasses ou transferências de recursos financeiros, assim como as despesas. Também devem ser informados as licitações e contratos em andamento. A autenticidade das informações prestadas deve ser assegurada pelo órgão. O pedido pode ser feito por qualquer cidadão, desde que coloque identificações básicas do requerente, não se fazendo necessário apresentar os motivos que ensejaram o pedido.

A Lei, em seu artigo 11, § 1º e § 2º, elenca que uma vez disponível a informação, ela deverá ser prestada imediatamente. Não havendo possibilidade, a sua prestação será feita no prazo máximo de 20 dias, prorrogável uma vez desde que seja apresentado o motivo que justifique o retardamento na prestação da informação.

A negativa do acesso poderá ocorrer, todavia necessita que a entidade exponha os motivos por escrito e informe ao requerente a possibilidade de recurso, bem como os prazos e a entidade apta a julgá-lo.

Os formatos de documentos submetidos à referida lei são tanto aqueles que possuem formato físico quanto os eletrônicos. Poderá haver a cobrança para a emissão das informações fornecidas. As pessoas hipossuficientes, desde que comprovem tal condição, estarão isentas do pagamento.

O agente público que se recusar a fornecer as informações, retardar o acesso, fornecer dados não condizentes com a realidade ou a prestação de informações sigilosas, comete infração administrativa, cuja sanção é, na melhor das hipóteses, a suspensão. Faz-se oportuno explicitar que a depender do caso poderá ocorrer a responsabilização por ato de improbidade administrativa.

As entidades privadas também possuem a obrigação de divulgar as informações e, dessa forma, estarão sujeitas as penalidades de advertência ou multa à rescisão do vínculo e a proibição de contratar com o poder público caso não atendam as exigências.

Poderá, ainda, ser criada uma Comissão Mista de Reavaliação de Informações que terá entre as suas atribuições classificar as informações como secretas e ultrassecretas, e prorrogar nos limites impostos pela lei a identificação de informações como ultrassecretas.

Aplica-se subsidiariamente a Lei 9.784/99 aos procedimentos previstos na Lei 12.527/11 no que tange a apresentação, instrução e decisão dos pedidos referentes a informações.

3.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A eficiência foi inserida como princípio expresso na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional (EC) 19/98, em decorrência da implementação em 1995 do modelo de “administração gerencial” para substituir o modelo até então adotado conhecido como “administração burocrática”, em que esse pautava precipuamente no princípio da legalidade.

É importante distinguir a eficiência da efetividade e eficácia, para uma maior compreensão do princípio. A eficiência está ligada ao modo por meio do qual a administração pública desempenha sua atividade. De outra forma, a eficácia guarda conexão entre os meios e instrumentos adotados para o exercício da atividade administrativa; ao passo que a efetividade está voltada para os resultados que são alcançados com as ações administrativas. Os três termos deveriam caminhar em conjunto, no entanto, no âmbito administrativo pode ocorrer que algumas condutas possuam eficiência, embora sejam desprovidas de eficácia e efetividade.

A morosidade, a baixa produtividade e o desperdício sempre foram uma preocupação do estado brasileiro, pois muitas vezes são obstáculos para o desenvolvimento eficiente da Administração Pública. O modelo ideal de Administração pública deve ser aquele que busca resultados, aproximando-se mais das empresas privadas nesse aspecto.

Em face disto, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2016, p.237) explicam que:

[...] É esse modelo de administração pública, em que se privilegia a aferição de resultados, com ampliação da autonomia dos entes administrativos e redução dos controles da atividade-meio (controle de procedimentos), que se identifica com a noção de “administração gerencial”, a qual tem como postulado central exatamente o princípio da eficiência.

O artigo 37, § 8º, da CRFB/88, incluído também pela EC 19/98, estipulou a necessidade de atingir mais resultados por meio da ampliação da autonomia da administração

aliada à redução de controle das atividades-meios, com a atuação prática desse dispositivo nos contratos de gestão.

A doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009) entende o princípio da eficiência sob duas perspectivas: a primeira relativa à forma de atuação do agente público que deve buscar o melhor desempenho para alcançar os melhores resultados; a segunda referente à organização da administração pública que deve ocorrer de maneira que melhore os resultados na prestação do serviço.

O princípio da eficiência analisado sob o primeiro aspecto tem como atuação prática a realização de avaliação especial de desempenho para que o servidor adquira estabilidade ou para que perca o cargo, conforme se extrai do artigo 41 da CRFB/88.

O artigo 169 da Constituição Federal também implantou o princípio da eficiência em que definiu os limites com gasto de pessoal e prevê corte nos gastos, em situações que o poder público extrapole os limites orçamentários com gasto de pessoal, devendo adotar algumas medidas como: redução de ao menos 20% (vinte por cento) das despesas com cargos em comissão e funções de confiança, exoneração de servidores não estáveis e, caso não seja reestabelecido o equilíbrio econômico-orçamentário, deverá exonerar os servidores estáveis. No entanto, o ato normativo deve ser fundamentado e com a especificação da atividade funcional, o órgão ou a unidade administrativa que está sujeita a redução de pessoal.

Por isso, a eficiência é indispensável na busca do interesse público, pois disciplina que os serviços públicos prestados atendam às necessidades do grupo social que os custeia. Inclusive tal princípio se insere dentro do conceito legal de serviço público, segundo o artigo 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95. O dever de garantir uma célere resolução de controvérsias também se insere dentro do contexto da eficiência, em que está diretamente ligado ao princípio da celeridade nos processos administrativos, fundamento esse descrito no artigo 5º, LXXVIII, da Carta Política.

A economicidade também é um pressuposto que guarda relação com o princípio da eficiência, aquele descrito no artigo 70, da CRFB/88, que visa o controle financeiro da administração pública. Nesse sentido, essa prestação deve ocorrer o mais rápido, de forma simples e que não seja muito dispendiosa. Assim, na busca do interesse público, o administrador deve analisar as possibilidades e escolher aquela que se adeque as necessidades, mas que também assegure um ótimo aproveitamento dos recursos que estão em disponibilidade, caracterizando uma análise criteriosa entre os benefícios advindos da escolha de determinada solução.

A positivação desse princípio foi de extrema importância, pois através disso a sociedade pôde exigir que o serviço fosse prestado de maneira que atenda às suas necessidades de boa qualidade ou ao menos da melhor forma possível. A eficiência também pode ser vislumbrada na construção pública, seja ela efetuada pela própria administração ou por delegatários.

O princípio da eficiência alcança não apenas os serviços públicos oferecidos à coletividade, devendo ser observado no âmbito interno da administração pública e das pessoas a ela vinculadas; pautando-se, assim, no uso da tecnologia e métodos que assegurem a qualidade da execução das atividades pelos agentes públicos.

Uma vez não observado por se tratar de um princípio expresso, enseja controle de legitimidade ou legalidade, mas nunca quanto ao mérito administrativo. Isso porque a atuação eficiente não depende da oportunidade e conveniência do administrador em prestá-la, mas de uma obrigação legal.

O Poder Judiciário, desde que provocado, e a administração poderão apreciar a eficiência da prestação dos serviços dos atos que violem a eficiência, caracterizando-os como ilegais e ensejando a sua anulação, mas poderão ser mantidos quando o seu desfazimento onere ainda mais administração Pública. Destarte, toda conduta dolosa ou culposa do agente público envolvido que macule esse princípio está sujeita a responsabilidade.

A administração deve ser reformada para atender às necessidades e mudanças sociais que ocorrem constantemente. O pilar para o desenvolvimento dessa nova estrutura deve ser o comportamento consciente dos administradores públicos que, nos dias de hoje, possui padrões éticos baixos. É inegável que a eficiência guarda relação com diversos outros princípios que são indispensáveis para a condução e certificação que os interesses públicos estão sendo atendidos.

3.6 ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA PAUTADA NO CONSENSUALISMO E UMA RELEITURA DOS PRINCÍPIOS

O princípio da legalidade sempre consistiu na pedra angular, segundo a visão tradicional da doutrina administrativista, deixando pouca margem para a adoção de soluções consensuais.

O princípio da Supremacia do Interesse Público aliado ao princípio da legalidade também colaboram para essa visão, porque os interesses privados devem se submeter às

escolhas feitas pelos governantes, não se fazendo necessário à sua anuência, pois, em regra, essa tomada de decisões foi em busca do interesse público.

O apego demasiado à legalidade só parece convencer no primeiro momento, isto porque diante do contexto político, a atividade legislativa do nosso país é incompleta e não conseguiu acompanhar a própria necessidade da sociedade. A manifestação de vontade do governante, dependendo de uma norma que o autorize para tanto, pode significar uma burocratização indesejada na atividade administrativa.

A Supremacia do Interesse Público também, embora indispensável para a efetivação de direitos, não deve ser analisada sob uma visão autoritária da lei, posto que pode se tornar incompatível com a ordem constitucional que tutela os direitos fundamentais. Embora pareça que exista um único interesse público, ele é decorrente de vários outros anseios, devendo o administrador buscar a solução mais harmônica e proporcional no caso em concreto.

Com o ativismo judicial, buscou-se a fiscalização das decisões feitas pelo administrador público contra o desvio de finalidade e abuso de poder, proporcionando a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo considerada uma imposição quando se busca o interesse público, possibilitando a normatização desse para que a intervenção judicial ocorra também na seara política dos atos administrativos.

As decisões proferidas no âmbito da administração pública sempre se basearam em uma visão unilateral da norma jurídica, pois essa deve ser compreendida em seu conjunto, não somente analisada estritamente em um único aspecto.

Com a insurgência da globalização iniciada no século XX que alcançou e modificou em muitos aspectos a sociedade global, inúmeras transformações trouxeram consigo a necessidade de maior eficiência e celeridade não só no cenário internacional, mas também no âmbito interno da Administração, sem deixar de lado a segurança jurídica.

A administração passou por uma releitura da sua atuação e dos resultados produzidos, para chegar ao estágio da busca alternativa para solucionar conflitos de seu interesse. A legislação brasileira elencou alguns exemplos por meio dos quais o Direito Administrativo buscou a solução amigável das lides, entre eles estão: os acordos firmados nos contratos administrativos, as desapropriações amigáveis descritas no artigo 10 do Decreto-Lei nº 3.365/41, além dos casos em que há possibilidade de celebração dos Termos de Ajustamento de Conduta com a Administração com previsão no artigo 5º, §6º da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública).

Algumas leis surgiram com o objetivo de desburocratizar a máquina pública e o próprio Poder Judiciário para atender às demandas sociais e jurídicas. Em decorrência disso, a

Lei 13.140/15 que estabeleceu no âmbito administrativo o uso da mediação como meio de solução de conflitos, envolvendo particulares no âmbito administrativo, passou a tratar também da autocomposição.

Dessa forma, os entes da federação poderão criar câmaras de mediação e conciliação no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública, para dirimir conflitos nos casos que envolverem controvérsias entre o particular e a pessoa jurídica de direito público. A lei ainda atribui como competência a solução de conflitos entre órgãos e entidades da administração pública e assegura, quando possível, a celebração de termo de ajustamento de conduta. Os casos só serão submetidos às câmaras se houver ajuste entre as partes e se estiver diante das hipóteses estabelecidas pela lei do ente federado.

O Código de Processo Civil trouxe também avanços significativos que instigam a autocomposição, fazendo com que todos os Tribunais organizem centros judiciários de solução consensual de conflitos, com a finalidade de dar celeridade a resolução dos conflitos por meio das audiências de conciliação e mediação, ressaltando ainda mais a necessidade de implementação desse instituto na concretização de direitos.

O ordenamento jurídico brasileiro já demonstrou o compromisso, diante de uma nova ordem, de buscar a solução consensual dos conflitos, evitando um retardamento demasiado para obter uma prestação jurisdicional. No entanto, essa visão encontra óbice para se concretizar quando se trata da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), pois seu artigo 17, § 1º, veda a transação, acordo ou conciliação em ações desse tipo, sob a justificativa de que os direitos protegidos por essa lei são indisponíveis.

Deve-se observar que há diversos graus de interesse público que justifica uma disponibilidade motivada nas ações coletivas, por exemplo, quando versa sobre direitos indisponíveis não se deve utilizar este termo na integralidade. Isso porque há uma obrigatoriedade temperada, baseada na conveniência e oportunidade para ajuizar a ação coletiva. Assim, em ações tidas eminentemente indisponíveis, conforme a doutrina majoritária, o titular da ação pode avaliar a pertinência para sua propositura.

A edição da Lei Anticorrupção demonstra expressamente, em seus artigos 16 e 17, a possibilidade de celebração de acordo de leniência, conferindo às empresas investigadas dos delitos, descritos em seu texto, afastar ou reduzir as penalidades que são impostas mediante o cumprimento de alguns requisitos, que são analisados detalhadamente em capítulo próprio. Essa abertura consensual no campo do direito administrativo sancionador é evidente, devendo ainda analisar tal possibilidade em face de outros princípios, de modo que o acordo firmado pelas pessoas jurídicas privadas deveria ser estendido à Lei de Improbidade Administrativa.

O Direito Administrativo Sancionador na sua função precípua de apurar o ilícito e aplicar a devida sanção deve observar a lei em seu aspecto amplo, obedecendo aos princípios e ao devido processo legal, em conformidade com a necessidade social de proteção contra a improbidade administrativa disposta no artigo 37, §4º, da CRFB/88. Embora a ação para apuração de atos ímprobos seja de natureza cível, conforme a Lei 8.429/92, definida pela Carta Política, não exclui a responsabilização penal.

A negativa na possibilidade de acordo poderá comprometer as duas leis, além de que ao se analisar o rito do Código de Processo Civil (CPC) para averiguar um ilícito é diferente de apurar um ilícito civil em uma ação de caráter punitivo, violando, portanto, o devido processo legal substantivo com o desrespeito aos princípios processuais e negando aos investigados as garantias que são intrínsecas ao processo sancionador.

Para se alcançar a legitimidade e a participação da sociedade por meio do diálogo, perante a nova concepção do Direito Administrativo Consensual, é indispensável fazer o uso das formas alternativas de conflitos que constitui um mecanismo democrático para buscar o cumprimento não somente na lei, mas também atender as necessidades da atual sociedade.

4 O ACORDO DE LENIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O acordo de leniência foi criado nos Estados Unidos por meio da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça, no ano de 1978. Esse instituto possibilitava a qualquer participante de cartel, antes de iniciada as investigações e cumprido alguns requisitos, a denúncia das práticas ilícitas no mercado e uma vez aprovado, obteria os perdões judicial, administrativo e penal. No entanto, esse acordo tinha pouca efetividade porque a anistia não era automática, visto que o Departamento de Justiça Americano tinha discricionariedade para a celebração desse ajuste.

Com a edição do Programa de Leniência Corporativa (*Corporate Leniency Policy*), reformulado por meio do Programa de Anistia (*Amnesty Program*) em 1993, passou a prevê a isenção automática das empresas que resolvessem delatar antes de instaurado o procedimento administrativo de investigação das irregularidades, bem como garantiu a proteção da empresa que delatou em processos de natureza criminal efetuada por meio da colaboração.

Esse modelo inspirou inúmeros países a introduzirem em seu ordenamento jurídico a possibilidade de celebração do Acordo de Leniência. O Brasil, diante do cenário de corrupção, alterou e acrescentou, por meio da Lei nº 10.149/00 à Lei nº 8.884/94, os artigos 35-B e 35-C, que orientam a viabilidade de pactuar o acordo de leniência entre os particulares investigados por cometer infrações contra a ordem econômica e a União. Posteriormente, o advento da Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste), que passou a dispor sobre o abuso do poder econômico e defesa da concorrência, revogou a Lei nº 8.884/94. No entanto, permaneceram os artigos 86 e 87 que tratavam do acordo de leniência.

Diante da necessidade de combater a corrupção, não somente no mercado econômico, foi criada a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) que estendeu a pessoas jurídicas a possibilidade de celebração de acordos, diante dos crimes cometidos contra a Administração Pública.

O acordo de leniência da Lei Anticorrupção possui alguns requisitos similares àqueles adotados pela Lei Antitruste, no entanto, este instrumento se diferencia daquele quanto a sua contextualização.

Conforme Modesto Carvalhosa (2015) preleciona, o acordo de leniência aplicado na Lei Antitruste pode ser entendido como um pacto entre o membro do cartel ou qualquer outra pessoa componente dele com poder de mando e dos funcionários com o Estado, em que os investigados demonstram, por meio de provas convincentes, os atos ilícitos e levam ao desmantelamento da prática cartelizada, sendo conferida imunidade penal e administrativa.

Em contrapartida, o acordo de leniência aplicado à Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) consiste em pactos firmados pela Administração e pessoas jurídicas acusadas de praticar atos ilícitos no âmbito administrativo, em que estes cooperam para que as investigações tenham mais embasamento probatório e promova por meio do devido processo legal a devida responsabilização dos demais agentes envolvidos. No entanto, para que essa colaboração seja feita as pessoas envolvidas devem obter algum benefício, como a extinção ou redução das sanções que lhe seriam aplicadas por praticar condutas ilícitas contra o Estado.

Além disso, em ambos os institutos admitem-se a atenuação e a celebração de acordo de crimes cometidos por pessoas jurídicas que gerem prejuízos econômicos a terceiros, desde que a parte envolvida colabore para o esclarecimento das investigações referentes às infrações. Entretanto, resta observar que quando se trata da defesa da concorrência, as infrações necessitam da existência de um cartel organizado entre duas ou mais empresas.

No que tange a Lei Anticorrupção para configurar a infração, segundo doutrina majoritária, basta apenas que a pessoa jurídica cometa crime contra a Administração pública sem a necessidade de estar em conluio com agente público. Todavia, Carvalhosa (2015) entende que para estarem caracterizadas as condutas puníveis nessa seara pressupõe o envolvimento de pessoas jurídicas com o agente público.

A presente pesquisa não concorda com tal posicionamento, tendo em vista que as condutas descritas, por exemplo, no artigo 5º, IV e alíneas da Lei 12. 846/2013 – que trata das fraudes nas licitações e contratos, também dispostas na Lei nº 8.666/93 –, não necessitam da participação de agente público para a sua ocorrência, pois as fraudes ocorridas nesse tipo de procedimento podem ser praticadas somente entre os licitantes, como no caso em que as partes combinam preços e condições de fornecimento entre si, com a finalidade de frustrar a igualdade de competição no certame.

Ademais, o acordo de leniência aplicado na Lei Anticorrupção visa tratar das relações entre o Estado e o particular, com a destruição de esquemas que violem os princípios administrativos buscando reascender a moralidade. Em contraponto, o acordo ao ser inserido no âmbito da Lei Antitruste passa a regular as relações privadas, com a finalidade de desmontar práticas anticoncorrenciais e recompor a moralidade do mercado na ordem econômica.

É importante destacar que a leniência da Lei Antitruste se aplica às demais pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico e também às pessoas físicas que tenham contribuído para a ação delituosa, havendo a possibilidade de afastar a aplicação de penalidades. Na Lei Anticorrupção, por sua vez, o acordo de leniência não alcança as pessoas

físicas, embora possa se estender as empresas do mesmo grupo econômico, mas não isenta de sanções na esfera penal.

Muito se indaga sobre a natureza jurídica do acordo de leniência. Pode-se dizer que é um meio de prova em que se buscam os elementos convincentes e elucidativos para a instrução processual penal-administrativa, fornecendo à autoridade processante os indícios para averiguar as demais pessoas jurídicas envolvidas. A acusação deve buscar outros instrumentos de provas que não se fundamentem somente nas informações obtidas por meio do acordo de leniência, para conferir maior segurança jurídica e submeter ao princípio da verdade real. Além de probatória, o pacto celebrado possui caráter contratual, tendo em vista que os investigados devem cumprir o acordo de boa-fé para somente, então, obter a atenuação de sanções.

Em meio às diferenciações, pode-se conceituar o acordo de leniência da Lei Anticorrupção como o instrumento responsável por apurar ilícitos, descritos no artigo 5º da presente lei, cometidos por pessoas jurídicas isoladamente ou em conjunto com outras que ajudem o Estado a esclarecê-los para que, assim, obtenham a redução das penalidades.

O fator decisivo para o sucesso do acordo de leniência na Lei Anticorrupção está atrelado à diminuição do grau de discricionariedade da autoridade pública responsável por celebrá-lo e quanto aos efeitos gerados quando aceitos e homologados. Ou seja, não encontra no arbítrio do órgão competente a aplicação ou redução das penalidades, pois uma vez cumpridos todos os requisitos, a pessoa jurídica possui direito a obter as benesses.

4.1 ASPECTOS GERAIS DA LEI ANTICORRUPÇÃO E APLICAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA

A corrupção encontra-se sistematizada no Brasil contando com a participação das pessoas jurídicas que celebram parcerias com o Poder Público, fato que pode ser vislumbrado diante dos incontáveis escândalos que têm chegado ao conhecimento público, como as operações: “Lava-jato”, “Carne Fraca”, “Mensalão”, “Privataria” e tantos outros esquemas de corrupção.

Nesse sentido, Modesto Carvalhosa (2015) afirma que essa problemática para a grande maioria da população está atrelada a celebração de contratos viciados, que se pautam em concorrência desleal e desvio de dinheiro público pelas empresas ao firmarem parcerias com o Poder Público com a intermediação ou não de agente público, o que passa a contaminar os entes da federação e a administração direta e, em alguns casos, os Poderes da República.

A falta de regulamentação jurídica e a pressão popular, para que houvesse uma atuação mais incisiva na punição de crimes cometidos por empresas contra a Administração pública, ensejaram a criação da Lei Anticorrupção ou como também ficou conhecida Lei da Empresa Limpa (Lei nº 12.846/2013).

A lei tem como finalidade suprir a omissão normativa no ordenamento jurídico brasileiro quanto à responsabilização, nos âmbitos penal e administrativo, das pessoas jurídicas envolvidas em crimes cometidos contra o patrimônio público, seja ele nacional ou estrangeiro.

A presente norma entrou em vigor no dia 29 de janeiro de 2014 e seu texto passou a ser composto por normas que disciplinavam o combate à corrupção pública no país. Sua organização foi desenvolvida em sete capítulos que tratam: I – Disposições Gerais, II – Dos atos lesivos a Administração Pública nacional e estrangeira, III – Da responsabilização administrativa, IV – Do processo administrativo de responsabilização, V – Do acordo de leniência, VI – Da responsabilização judicial, VII – Disposições Finais.

Uma das grandes inovações introduzidas pela lei foi a atribuição de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas que tenham cometido ilícitos contra o Poder Público, isso porque todos aqueles que detenham funções de chefia e direcionamento nas empresas deverão avaliar os riscos que tais ações possam ocasionar quando se trata das finanças e liberdades das suas instituições. Ou seja, bastará que sejam comprovados a prática da corrupção e o nexo de causalidade entre ela e a conduta dos representantes das empresas envolvidas para ser submetido à obrigação de reparação do dano. Trata-se, portanto, da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas que cometem crimes contra a Administração Pública.

Os responsáveis pela administração das pessoas jurídicas envolvidas terão sua responsabilidade avaliada de acordo com a sua culpabilidade, com a observância do devido processo legal traduzido pelo artigo 3º, § 2º, da Lei 12.846/2013.

De um modo geral, a responsabilidade descrita nessa lei implica na solidariedade entre as empresas controladoras e consorciadas, essas entendidas como resultado das fusões e aquisições, abrangendo também como sujeito ativo as terceiras empresas que, de alguma forma, concorram para a prática de corrupção. Assim, as penalidades que são descritas pela Lei nº 12.846/2013 geram repercussões em todos os setores do Estado, tanto na administração direta quanto indireta, nas esferas dos Poderes Legislativo e Judiciário, como também no Governo federal, estadual e municipal.

A lei ainda traz consigo a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica diante da prática de crimes de corrupção, definidos no artigo 5º da “Lei Anticorrupção”. O artigo 14 da Lei 12.846/2013 dispõe que:

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei 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.

A nova lei, quando trata das punições aplicadas às instituições envolvidas, é mais severa, impondo sanções às condutas ilícitas como a extinção da própria pessoa jurídica, que para fins jurídicos seria a “pena de morte” para as empresas.

No que tange a indenização, o artigo 6º da Lei 12.846/2013 elenca um rol de mecanismos aptos a recuperar o patrimônio público desviado, diante do elevado grau de valores pecuniários que deverão ser pagos a título de punição.

Em leitura mais aprofundada, as sanções administrativas abrangem as multas correspondentes a valores que variam de 0,1% a 20% do faturamento bruto do período compreendido do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, com ressalva aos tributos que não poderão ser cobrados em valor inferior ao proveito obtido (art. 6º, I, da LAC), e a publicação extraordinária da decisão proferida que pode ter sua aplicação cumulada ou isolada. No entanto, deve-se buscar sempre a motivação de tal decisão e a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade exigida pelo caso concreto.

Com a publicação da decisão no Cadastro Nacional de Empresas punidas, a sociedade e o próprio Poder Público nas demais esferas terão condições para avaliar as pessoas jurídicas envolvidas em atos ilícitos.

Conforme se depreende, muitas foram as inovações introduzidas pela Lei Anticorrupção que busca responsabilizar severamente pessoas jurídicas envolvidas em crimes contra a Administração Pública. No entanto, o artigo 16 da Lei em destaque tem sido um ponto de debate por toda a sociedade, pois seu dispositivo passou a prever a possibilidade de celebração do Acordo de Leniência com as empresas envolvidas em atos ilícitos na seara administrativa, bem como os requisitos para sua celebração.

O artigo 16, § 1º, “I”, da LAC exige como condição para a sua assinatura que, em caso de haver mais de uma pessoa jurídica envolvida em crimes, somente obterá o benefício àquela

que primeiro revelá-lo e deverá celebrá-lo sem nenhum tipo de coação. Quanto às demais empresas envolvidas, não haverá a possibilidade de celebrar novo acordo, sendo admitida somente quando se tratar de novos delitos que não tenham sido abrangidos anteriormente.

A empresa deverá ainda cumprir um segundo requisito previsto no artigo 16, § 1º, inciso II, da LAC, ou seja, cessar a sua participação nos atos ilícitos contados a partir da data da propositura do acordo. É importante destacar que existem infrações que não podem cessar tendo em vista que já se consumaram, é o que ocorre com a conduta descrita no artigo 5º, I, da LAC que trata do suborno que se consuma no mesmo instante. Assim, só poderá ocorrer a cessão da conduta criminosa quando se tratar de crimes continuados que ainda estejam em execução.

O último requisito descrito no artigo 16, § 1º, III, da LAC trata da cooperação da pessoa jurídica investigada que deverá também confessar a prática de crimes contra a Administração Pública. O auxílio deve ser regular e constante, de modo que propicie o descobrimento dos demais envolvidos por meio de documentos e provas (art. 30, V), além de ficar sobre a pessoa jurídica delatora a obrigação de custear os gastos decorrentes do seu comparecimento quando solicitado (art. 30, IV, segunda parte).

Ainda de acordo com o artigo 16, caput, da LAC é de competência da autoridade máxima do órgão ou entidade a celebração do acordo. Há muita crítica nesse dispositivo, porque se trata de uma expressão muito vaga e genérica, deixando margem a discricionariedade.

De acordo com Victor Alexandre Pereira (2016), a competência atribuída a esses órgãos poderia comprometer a finalidade da Lei nº 12.846/2013, porque as “autoridades máximas” são susceptíveis a se envolverem em esquema de corrupção.

Uma das soluções propostas por Modesto Carvalhosa (2015) seria a desconsideração parcial do artigo, atribuindo à Controladoria Geral da União (CGU) a competência para firmar os acordos de leniência nos âmbitos estadual e municipal do Legislativo e do Executivo e não somente no Poder Executivo Federal, quando se tratar de atos praticados contra a administração pública estrangeira, conforme estatuído pelo artigo 29 do Decreto Regulamentar nº 8.420/2015.

Outra possibilidade seria que os demais entes da federação complementassem a Lei Anticorrupção nesse aspecto, indicando qual o órgão correcional e disciplinar, autônomo e independente, integrante da estrutura administrativa, conferindo competência para homologar o acordo de leniência.

O acordo de leniência é, portanto, uma decorrência do princípio do consensualismo que substitui a imperatividade do Estado nas suas relações com os particulares, de modo a promover a celeridade na elucidação de fatos de interesse público.

Dessa forma a Lei Anticorrupção representou um grande avanço no combate à corrupção, atendendo aos anseios sociais que há muito tempo clamavam punição para as práticas delituosas envolvendo pessoas jurídicas. Buscando, assim, restaurar a moralidade e dignidade das relações que devem pautar quando se trata do recebimento de dinheiro público.

4.1.1 Participação do Ministério Público e Tribunal de Contas da União

A celebração do acordo de leniência é de competência da Controladoria Geral da União (CGU), no entanto, há uma grande celeuma sobre a participação do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Como justificativa estaria o fato de que as investigações promovidas pela CGU poderiam ser comprometidas, além de afetar as punições dos crimes praticados e a estipulação dos danos causados quando não houvesse a sua intervenção.

Mesmo diante dos muitos questionamentos sobre a segurança jurídica advinda pela celebração do acordo de leniência pela Controladoria Geral da República, o Advogado Geral da União, de 2009 a 2016, Luís Inácio Adams, por meio de nota pública, demonstrou que:

O acordo de leniência é uma solução para uma penalização administrativa, não tem nenhuma função na área penal, não isenta o criminoso, não impede a produção de provas. É um instrumento que na verdade potencializa a investigação porque coloca a empresa como agente colaborador para o Estado. Esse é o requisito para o acordo. Se a empresa não colaborar com a investigação, o acordo cai.

Diante dessa declaração, alguns Procuradores da República, Auditores e Procuradores de Contas ficaram receosos quanto à incidência no âmbito judicial de acordos firmados pela CGU sem a devida fiscalização. Embora se tenha reconhecido a competência desse órgão para a celebração do acordo, a depender do modo como foram pactuados poderá ser contraditório com o interesse público.

Por meio de nota oficial, o Ministério Público reconheceu ainda que só deverão ser pactuados esses acordos quando houver o reconhecimento de culpa, ressarcimento ao erário e indicação de fatos e provas novas, assim como ocorre na delação premiada. Sendo possível que a Controladoria atribua fatos novos e provas àqueles que já tenham sido documentados na investigação efetuada pelo *parquet* e que estão sob sigilo, em que muitas das condutas

delatadas já estão comprovadas nessas investigações. Ainda de acordo com a nota oficial, o *parquet* afirma que preza por acordos que contribuam para elucidação de fatos, mas desde que cumpridos os requisitos legais e em análise das circunstâncias que para o Ministério Público esses pressupostos não estão sendo cumpridos.

Dessa forma, percebe-se que a CGU, embora seja o órgão competente para homologação dos acordos, não poderia avaliar as novidades fornecidas pelas empresas porque as investigações promovidas pelo Ministério Público Federal são sigilosas.

Em consoante com o exposto, Victor Alexandre Pereira (2016) mostra que quaisquer problemas relacionados aos avanços das investigações criminais podem gerar insuficiência de prova, e que não possuindo lastro probatório mínimo, o Ministério Público Federal não poderá oferecer a denúncia.

Além do que foi apresentado, o artigo 19, IV, da Lei Anticorrupção apresenta uma afronta à separação dos Poderes posto que se o acordo for celebrado antes da ação ter sido proposta pelo Ministério Público, o juiz não poderá aplicar a multa de 0,1% a 20% do faturamento obtido pelas empresas sem as devidas deduções, englobando a proibição de receber benefícios fiscais nesse caso.

A lacuna descrita na norma pela ausência de fiscalização do Ministério Público poderia gerar a insegurança jurídica. O projeto de lei nº 105/2015 tentou condicionar a celebração dos acordos por meio do consentimento do Ministério Público, todavia esse projeto foi alterado por um substituto e não confere mais essa possibilidade.

O artigo 127 da Constituição Federal assevera que:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, percebe-se o papel indispensável do Ministério Público na defesa do interesse público individual, sendo oportuna a sua atribuição juntamente com a Controladoria Geral da União para fiscalizar o cumprimento da norma.

A Constituição Federal atribuiu ao Tribunal de Contas da União a função de auxiliar o Congresso Nacional (art. 71 da CRFB/88), para que por meio do controle externo na Administração Pública busque a reparação dos danos causados ao erário, utilizando-se, por exemplo, de medidas como multas e declaração de inidoneidade. Dessa forma, o TCU possui a qualidade técnica para realizar a fiscalização juntamente com o Ministério Público,

delimitando os danos aos cofres públicos resultantes de condutas ilícitas provocadas por pessoas jurídicas e quantificando as multas.

Por meio da Instrução Normativa nº 74/2015, o Tribunal de Contas da União passou a tratar da sua competência para averiguar e aplicar sanções mesmo diante de acordos firmados pelo Poder Executivo Federal. O ato ainda prevê a maneira como os acordos devem ser celebrados e a submissão das condições impostas para análise do tribunal, entre outros aspectos.

4.1.2 O Sigilo no Acordo de Leniência

A Administração Pública deve primar pela transparência de seus atos, devendo publicá-los oficialmente, sendo uma decorrência do princípio da publicidade comentado anteriormente.

Conforme estabelece Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), a publicidade é de extrema importância em um Estado Democrático de Direito, pois o poder pertence ao povo (art. 1º, parágrafo único, da CRFB/88). Assim, os administrados devem ser informados de todos os assuntos que lhe digam respeito e, mesmo nos casos em que os atos administrativos afetem sujeitos individualizados, não poderá ocultar da sociedade a sua aplicação. Todavia, esse princípio não possui caráter absoluto, pois o artigo 37, caput, da CRFB/88 traz algumas restrições quando se tratar de atos que gerem risco a segurança do Estado (art. 5º, XXXIII, da CRFB/88), segurança da sociedade (art. 5º, XXXIII, da CRFB/88) e intimidade dos envolvidos (art. 5º, X, da CRFB/88).

A publicidade é a regra na seara da Administração Pública e o sigilo é a exceção (art. 3º, I, da Lei de Acesso à Informação). Quando se trata do acordo de leniência, as regras da publicidade também são ampliadas para esse caso. Logo, celebrado o acordo é indispensável a sua publicação oficial para evitar qualquer abuso de poder ou desvio de finalidade pela autoridade responsável pelo processamento.

A proposta para concessão de acordo de leniência só será oficializada depois de celebrado o respectivo pacto. A Lei Anticorrupção abre uma exceção quando a publicidade ocorrer diante do interesse do processo administrativo e das investigações.

O artigo 16, § 6º, da Lei Anticorrupção diferencia o ato de “tornar público” e o sigilo. Nesse sentido, o emprego do termo “tornar público” é atribuído pela necessidade da publicação da assinatura do acordo de leniência e que não se confunde com o sigilo usado para preservar a instrução e garantir o devido processo legal.

A confidencialidade deve ser preservada no que diz respeito as transações e negociações preliminares à celebração do acordo efetuada pelo Estado e pessoa jurídica.

Em face dessa problemática, segundo Victor Alexandre Pereira (2016, p. 105):

a notícia de que a empresa está disposta a celebrar um acordo de leniência já retira desse ajuste todo seu valor, porque ele passa a ser pressionado pela opinião pública. De nada adianta não revelar de pronto os termos do acordo, mas divulgar sua negociação. (DAL POZO; FACCHINATO, 2015, p. 138 apud PEREIRA, 2016).

Com a finalidade de evitar o vazamento de informações que poderiam cancelar as negociações em curso e, em seguida, desfazer o acordo, poderá ser decretado o sigilo das cláusulas constantes no pacto, bem como os depoimentos e meios de provas. Esse tipo de sigilo não deve ter natureza absoluta e nem pode ser aplicado durante todo o processo, porque afetaria a segurança jurídica e corromperia o acordo.

Diante do contexto, Modesto Carvalhosa (2015, p. 376) explica que:

[...] o referido §6º do art. 16 da presente Lei, ao suspender a publicidade oficial na fase das entabulações do acordo de leniência, deixa claro que tal suspensão não prevalece no caso de haver interesse de imediatamente ser ele do conhecimento público. A proteção da pessoa jurídica acordante do regime de leniência não se refere aos procedimentos necessários à instrução do processo penal administrativo, mas sim remete às penas que lhe serão atenuamente impostas ou em parte relevadas no caso de seu cumprimento. Não há na presente Lei, como de resto também não há na legislação antitruste, o benefício do sigilo e muito menos a blindagem da pessoa jurídica acordante com respeito a outras medidas judiciais e administrativas que poderão ser promovidas pelo Estado contra ela.

Por conseguinte, a pessoa jurídica que celebra o acordo não pode se isentar das investigações decorrentes da esfera judicial sob a justificativa de manter a confidencialidade das informações prestadas anteriormente no acordo de leniência, porque as negociações não garantem a imunidade universal do investigado. Isso garante o exercício da atividade pelo Ministério Público, da Polícia Federal e demais entidades envolvidas que se utilizem de procedimentos investigatórios a serem efetuadas, concomitantemente com as negociações do acordo de leniência.

4.2 VIGÊNCIA DA LEI 13.655/18: VINCULAÇÃO DO ENTE ESTATAL NA CELEBRAÇÃO DO ACORDO

Inúmeros dispositivos legais foram criados visando frear o fenômeno social da corrupção, ocasionando uma pluralidade normativa. Assim, a falta de coesão entre os instrumentos normativos é evidente, pois as leis 12.846/2013 e 12.529/2011 permitem a celebração do acordo de leniência, mas a Lei 8.429/92 veda a sua realização. Isso acarreta uma verdadeira insegurança jurídica aos jurisdicionados, aos entes públicos envolvidos no acordo e aos possíveis beneficiários.

Com o advento da Lei Anticorrupção, as pessoas jurídicas passaram a ser sujeitos ativos dos crimes contra a Administração Pública. No entanto, o legislador se esqueceu de relacioná-las a outras normas, seja porque não estendeu os benefícios a pessoas físicas, ou pela falta de critérios que deveriam ensejar a possibilidade ou não de celebração do acordo de leniência. No que se refere à fixação objetiva de requisitos, o Decreto 8.420/2015 tentou complementar a omissão normativa, tornando obrigatória a realização das negociações quando estiver diante das hipóteses descritas em seu texto.

A Lei 13.655/2018 promoveu alterações significativas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto nº 4.657/1942), gerando repercussões nas decisões administrativas, controladoras e judiciais. A lei em destaque também buscou conferir às autoridades públicas a incumbência de garantir a segurança jurídica na aplicação das normas, atrelando sua amplitude também aos casos de acordo de leniência.

De acordo com o artigo 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é de competência das autoridades públicas a aplicação das normas ao acordo de leniência, com a finalidade de garantir o desenvolvimento do instrumento respaldado no Direito. Ademais, com a produção de seus efeitos, a nova lei deve evitar que as divergências entre os órgãos competentes para homologar o acordo sejam transferidas aos interessados.

A lei busca promover a cooperação interinstitucional das entidades públicas, de modo que gerem credibilidade ao instituto da leniência. Mesmo diante das discussões entre os órgãos competentes sobre a sua celebração, não deve ser atribuído ao particular a obrigação de suportar as consequências jurídicas. Ou seja, aquele que se adequar as medidas normativas adotadas no acordo de leniência vincula a autoridade estatal para que o celebre, conferindo as garantias decorrentes dos ônus exigidos, porque em nome do interesse público poderá a empresa ainda continuar prestando os seus serviços.

Um dos pontos que merece destaque está inserido no artigo 21 da Lei 13.655/18, que diz respeito à declaração de invalidação de ato, contrato ou qualquer outro pacto mencionado no acordo de leniência. O agente público ao invalidar tais atos deverá observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade que também devem servir de parâmetro na aplicação das sanções, conferindo as pessoas jurídicas afetadas que não lhes sejam impostos os ônus decorrentes do convênio celebrado.

Portanto, no que tange a aplicação das medidas de restituição ao erário, o valor devido será aquele que foi pago aos terceiros de boa-fé pela prestação do serviço ou venda de produtos a pessoas lenientes, porque se não ocorresse dessa maneira configuraria enriquecimento ilícito da Administração Pública. O legislador também procurou garantir que as invalidades dos atos citados anteriormente não gerem consequências de imediato na execução da prestação de serviço, tendo em vista o interesse público envolvido.

Diante do exposto, muitas vezes um contrato administrativo poderá ser declarado inválido em decorrência da celebração do acordo de leniência quando ainda estava em execução, importando em prejuízos maiores, desde econômicos até jurídicos. Nesses casos em que se mostra evidente o interesse público na sua manutenção, a própria Administração Pública poderá convalidar os atos administrativos, com a elaboração de termos que deverão ser efetuados no acordo, de modo que determine o prosseguimento da obra. No entanto, é importante observar que essa possibilidade não impede que seja feita uma consulta pública, conforme estabelece o artigo 26 da Lei 13.655/18.

Apesar de não existir um posicionamento uníssono na jurisprudência quanto ao acordo de leniência, é importante que os efeitos das decisões sejam modulados, principalmente quando se tratar de órgãos de controle externo (art. 23 e 24 da Lei 13.655/18). Em face da alteração de entendimento que possa ocorrer diante do acordo de leniência, deverão ser adotadas regras de transição. Assim, os efeitos do acordo poderão ser objeto de negociações que permitam a sua preservação diante das orientações presentes no momento em que se consolidou o ato, ou seja, mesmo que a análise dos pressupostos de validade se prolongue no tempo, a decisão que o julgar deverá levar em consideração as disposições contidas na época que foi celebrado, não devendo o julgador fazer um juízo de mérito nesse sentido.

O sistema de proteção à moralidade ainda não se encontra em total harmonia, pois muitos dos dispositivos se contrapõem entre si. No entanto, deve-se priorizar o uso de instrumentos normativos que atuem de maneira eficaz no combate à corrupção e que garantam a possibilidade de adquirir provas, para que outros ilícitos sejam apurados e o patrimônio público seja devidamente protegido.

A entrada em vigor da Lei 13.655/18 só veio fortalecer os argumentos de que o acordo de leniência é indispensável no contexto atual e, portanto, deve-se garantir a segurança jurídica na sua celebração, que só poderá ocorrer por meio de um ordenamento jurídico coeso que leve em consideração o contexto social e os princípios que regem o devido processo legal.

4.3 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O CONTRASSENSO NA PROIBIÇÃO DE ACORDOS

As leis infraconstitucionais que existiam antes da Constituição Federal tratavam da Improbidade Administrativa de forma tímida, sempre a relacionando com o sequestro e perdimento de bens dos agentes públicos envolvidos em condutas ilícitas contra a Administração Pública. Entre essas leis, pode-se elencar: o Decreto-Lei nº 3.240/1941, Decreto-Lei nº 359/1968, a Lei nº 3.164/1957 e Lei nº 3.502/1958.

Somente com a Constituição Cidadão de 1988, o tema improbidade ganhou novos contornos, esculpindo no texto constitucional o artigo 37 que buscou a normatização do princípio da moralidade que deve reger todas as atividades do Poder Público, e ainda passou a dispor no artigo 37, §4º, que os atos de improbidade administrativa terão como sanções: a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, podendo ocorrer a propositura de ações penais quando oportunas e cabíveis.

O referido artigo constitucional era uma norma de eficácia limitada, posto que só produziria seus efeitos quando houvesse uma regulamentação sobre o assunto. A sua regulamentação ocorreu com a edição da lei nº 8.429/92, rotulada como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), criada dentro de um contexto de grave preocupação com a corrupção pública e que necessitava de comandos normativos que gerissem com mais vigor a punição de agentes públicos que se utilizassem da sua condição para desviar o interesse público em favor do seu próprio interesse. Nesse diapasão, a lei não apresentou um conceito para a improbidade administrativa, uma vez que passou a diferenciar as espécies dos atos de improbidade, que se inserem em três categorias distintas: atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA), causem prejuízo ao erário (art. 10 da LIA) e atos que violam os princípios da Administração Pública (art. 11 da LIA).

A doutrina, mesmo com a caracterização das condutas que configuram atos de improbidade administrativa, não possui um conceito definido e dispõe que improbidade não se confunde com imoralidade administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa demonstra a preocupação com a honestidade que deve haver no trato do interesse público. Inúmeras são as ações que buscam a averiguação da corrupção, uma vez caracterizada gera consequências na esfera cível (ressarcimento ao erário, perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, multa civil), administrativa (perda da função pública, proibição de contratar com o Poder Público, proibição de receber benefícios fiscais do Poder Público) e política (suspensão dos direitos políticos).

Como os danos afetam diretamente o patrimônio público que pertence a um grupo de pessoas indeterminadas, a grande parcela da doutrina sustenta e a própria Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 17, § 1º, proíbe a transação, conciliação ou acordo na referida Lei.

A transação caracteriza-se pelas concessões mútuas que só poderá ocorrer nos casos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Assim, como a Lei de Improbidade Administrativa trata de direitos difusos, não poderia haver a sua celebração. A vedação a “acordos ou conciliações” também segue o mesmo sentido dada a indisponibilidade da tutela do patrimônio público. Através dos direitos difusos, dada a sua natureza e significação para a sociedade, os legitimados não poderão utilizá-lo como meio de concessões.

A vedação imposta pela lei representa uma faceta do princípio da obrigatoriedade, derivando também da legitimidade extraordinária em que o titular da ação não pode dispor do direito material envolvido. Os órgãos que possuem a competência para a persecução penal não podem utilizar critérios políticos ou de utilidade social para decidir, de acordo com a conveniência e oportunidade, se ofereceram ou não a denúncia.

De acordo com Didier Júnior e Zaneti Júnior (2015), no momento em que se editou a lei 8.429/1992, o Direito Penal Brasileiro não admitia qualquer solução que houvesse negociação. Por isso, nessa época, tratava-se da indisponibilidade da ação penal e na indisponibilidade do objeto do Processo Penal.

O legislador, no entanto, ao longo dos anos e diante do contexto social passou a tratar de algumas hipóteses que mitigam o princípio da obrigatoriedade, em que parte da doutrina passou a intitular de discricionariedade regrada.

A primeira hipótese trata dos crimes de menor potencial ofensivo previsto no artigo 76 da Lei 9.099/95 que, mediante o cumprimento de determinados requisitos, o Ministério Público, ao invés de denunciar, poderá propor a transação penal. O segundo exemplo de mitigação é o parcelamento do débito tributário, porque com a sua formalização antes que a denúncia tenha sido recebida é causa de suspensão da pretensão punitiva, conforme elencado

no artigo 83, § 2º, da Lei 9.430/96. Outra hipótese é o acordo de leniência, previsto nos artigos 86 e 87 da Lei 12.529/11 (Lei Antitruste), que impede o oferecimento da denúncia em relação ao agente colaborador e que uma vez cumprido o acordo, extingue-se a punibilidade. O último caso está previsto na Lei 12.850/13 que traz o instituto da delação premiada, em que o *parquet* poderá não oferecer a denúncia se a colaboração alcançar um dos resultados descritos no artigo 4º do referido diploma.

Dessa forma, o princípio da obrigatoriedade possui exceções trazidas pelo próprio Direito Processual Penal, não podendo negar que tal postulado sofre adequações diante do novo contexto e atribuí-lo caráter absoluto importaria na propositura de ações desmedidas.

A vedação na Lei de Improbidade Administrativa quanto às negociações consiste em um reflexo da proibição contida na seara penal. É ilógico aceitar que a proibição inserida no artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa ainda se aplicasse nos dias atuais, porque permitiria que sanções mais graves decorrentes de crimes, poderia haver transações enquanto que no âmbito da improbidade administrativa seria proibido.

Conforme dispõe Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2015, p. 316):

[...] Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção.

Há proximidade entre a ação penal e a ação de improbidade administrativa diante das sanções que são impostas, embora os regimes jurídicos sejam distintos, um de direito administrativo (civil, em sentido amplo) e outro de direito penal. A organização dos procedimentos na Lei de Improbidade Administrativa, com uma fase de defesa prévia em consonância com o que ocorre no processo penal, demonstra isso. Dessa forma, deveria haver mais garantias aos réus nesse tipo de ação.

Alguns doutrinadores, como Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2013), buscam adequar esse princípio à Lei de Improbidade Administrativa, de modo que haveria um resultado prático maior, ou seja, a possibilidade de transação nas hipóteses de atos de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo e que por meio da lei seriam traçados parâmetros objetivos para sua concretização.

Ainda de acordo com os autores, a sociedade também se beneficiaria porque nos casos em que fossem transacionados os danos, por exemplo, a solução seria rápida e evitaria um processo moroso e sob a perspectiva do agente, uma vez cumprido o avençado, afastaria a

aplicação de graves sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, quando se tratar de agente público.

Analisando sob uma nova perspectiva a proibição de acordos, transações ou conciliações na LIA, o instrumento limita a efetividade da Lei Anticorrupção, pois, conforme se verá adiante, muitos dos princípios do ordenamento jurídico são desrespeitados. Como o acordo de leniência na Lei Anticorrupção firmado pela empresa não abrange a Lei de Improbidade Administrativa, que trata praticamente das mesmas sanções, a pessoa jurídica poderá ser punida duas vezes pelo mesmo fato e ainda produzir provas contra si mesma, não obedecendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das sanções.

4.3.1 Estudo da MP 703/15 não convertida em lei: Acordo de Leniência nos atos de Improbidade Administrativa

No dia 18 de dezembro de 2015, longe da opinião pública e próximo das festas de fim de ano, o Presidente da República editou a medida provisória nº 703/2015. Esse instrumento normativo passou a fazer alterações significativas no instituto do acordo de leniência e na Legislação de Combate à Corrupção, mais precisamente na Lei 12.846/2013.

A Medida Provisória (MP) tinha como principais finalidades promover a rapidez na celebração dos ajustes, de modo a preservar a atividade econômica e salvaguardar os empregos, além de conferir ao Ministério Público e à Advocacia Pública a participação na celebração do acordo de leniência para que garantissem a segurança jurídica indispensável nesse tipo de transação, uma vez que os efeitos desse acordo geram repercussão nas esferas administrativa e civil.

No entanto, o referido dispositivo legal foi alvo de diversas críticas para a grande maioria dos estudiosos. Isto, porque a espécie normativa produzia mudanças praticamente em todos os dispositivos legais, distorcendo diversos outros e ainda possuía vícios de natureza formal. É verdade que a Lei Anticorrupção apresentava omissões quanto ao emprego do acordo de leniência e depende de uma atuação legislativa, contudo, esse tipo de correção deve obedecer a certos critérios e observar o ordenamento jurídico.

O primeiro vício que podia ser observado na Medida Provisória 703/2015 é quanto ao pressuposto de urgência, indispensável para sua edição, conforme descrito no artigo 62, caput, da CRFB/88 que: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso

Nacional”. Assim, seria pouco efetivo um acordo de leniência firmado às pressas, pois caberia tão somente para beneficiar as pessoas jurídicas pactuantes.

O combate à corrupção e o interesse em se obter uma economia estável não podem configurar um motivo de busca desenfreada de medidas, em prazos imediatos, que elucidem esquemas de corrupção, flexibilizando demasiadamente as regras do instituto. Embora a aplicação do acordo merecesse aplicação por meio de uma releitura diante de princípios como razoabilidade e proporcionalidade, do *bis in idem* e da não autoincriminação, além da observância de uma visão pós-positivista do postulado da legalidade nas matérias administrativas, não se pode ser feito a todo custo e por meio de todo ato normativo.

Com a edição da MP 703/2015, o Governo Federal buscou aplicar em todos os casos a amenização de sanções, admitindo a continuidade da execução dos contratos administrativos, o que diminuiria o prejuízo das empresas pactuantes. Evidentemente que a aplicação dessas medidas pode ocorrer, mas somente diante das situações em que as empresas praticam crimes de menor potencial ofensivo, e deve ser analisada caso a caso. Os contratos públicos, por sua vez, só devem ter continuidade se o interesse público for maior para sua permanência e não ocasionem um desequilíbrio financeiro para a própria Administração Pública. Assim, jamais o acordo de leniência será um instrumento de benefício exclusivo para as empresas investigadas.

Por meio da possibilidade de celebração de acordo de leniência, bem como a flexibilização da LIA, em decisão proferida pela primeira turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi possível haver a transação para um Termo de Ajustamento de conduta, conforme pode ser observada abaixo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. QUESTÃO PREJUDICIAL EMERGENTE. NOTÍCIA DE CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) ENTRE O MP/MT E OS RÉUS DEMANDADOS NA ACP, INCLUSIVE COM A PRESENÇA DA SECRETARIA DE FAZENDA/MT. INDEFERIMENTO DO PEDIDO HOMOLOGATÓRIO PELO JUIZ. TAC JÁ IMPLEMENTADO COM O VULTOSO PAGAMENTO DE R\$ 99.262.871,44. EXTINÇÃO DO FEITO NA ORIGEM PREVISTA NO TAC (CLÁUSULA 2, ITEM C, FLS. 910). PETIÇÃO DE EXTINÇÃO DA AÇÃO. REQUERIMENTO DE FLS. 902/949 NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DO MP/MT DESPROVIDO. 1. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o feito poderá ser extinto (art. 17, § 11 da Lei 8.429/92). É desnecessário e atentatório à Lógica do Razoável – a que tanto estudou o filósofo LUIS RECASENS SICHES – que o Poder Judiciário pretenda submeter as partes ao desate de inúmeras e demoradas etapas recursais no feito de origem para que, no futuro, esta Corte Superior venha a apreciar questão que se encontra

totalmente sacramentada em sua matéria de fundo com a efetivação de alvissareira solução amigável consubstanciada no TAC. Inteligência dos arts. 60. e 488 do CPC/15, que prestigiam a ideologia efetivista. 2. Cumpridas pelas partes transigentes as obrigações do TAC firmado na ação de origem, não se justifica a protelação da homologação do acordo pelo julgador a quo, sob o fundamento de ser inconstitucional a MP 703/15, que revogou o art. 17, § 1o. da Lei 8.429/92, o qual vedava a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade; neste caso, ademais, deve ser assinalado que o Estado de Mato Grosso apresentou postulação escrita (fls. 965/982), **anuindo expressamente com o pedido de extinção da ACP por improbidade administrativa, ressaltando que a assinatura do TAC satisfaz as pretensões dos pedidos formulados.** [...] (In: STJ; Processo: AgRg no AREsp 780.833/MT; Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho; Órgão Julgador: Primeira Turma; Julgamento: 03/05/2016; Publicação: DJe, 24/05/2016, grifo do autor).

Embora se reconheça que as transações nas ações de improbidade administrativa sejam viáveis, elas devem possuir um substrato denso, respaldado por norma, que confira a legitimidade na sua celebração.

Ainda o referido instrumento normativo possuía outro defeito formal quanto à espécie normativa, porque a medida provisória não poderia versar sobre assuntos de direitos penal, processual penal e processual civil (art. 62, § 1º, I, “b”, da CRFB/88), visto que tratam de competências típicas do Poder Legislativo.

De acordo com a redação dada pela medida provisória ao artigo 168, § 14, da Lei 12.846/2013, há outro erro ao limitar a atuação dos Tribunais de Contas da União somente depois de concluído o acordo de leniência. Isto porque o Poder Executivo não possui competência para delimitar a maneira como o controle externo será exercido, sendo de atribuição do próprio órgão de controle essa tarefa, violando os artigos 70 e 71 da CRFB/88.

Diante de todos os argumentos expostos, o “Instituto Não Aceito Corrupção” e a “Associação Nacional do Ministério Público de Constas” encaminharam ao Procurador Geral da República, naquele período era Rodrigo Janot, para que fosse proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) contra a Medida Provisória 703/21015. Todavia, o ajuizamento da ação foi feito pelo Partido Popular Socialista (PPS) que pediu a concessão da liminar e que a medida provisória fosse suspensa na sua integralidade.

O referido instrumento normativo perdeu sua vigência diante do vencimento do prazo de 60 dias, prorrogável por igual período, para que a MP fosse convertida em lei pelo Congresso Nacional, segundo o que dispõe o artigo 62, parágrafo 3º, da CRFB/88. Logo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade restou prejudicada pela perda superveniente do objeto

da ação, porque para que a ação tivesse prosseguimento se fazia necessário um ato normativo em vigor.

É importante, contudo, ressaltar que embora a medida provisória não seja o instrumento apto a regular esse tipo de matéria, a sua propositura demonstrou a necessidade da atuação legislativa nesse aspecto, visando adequar o texto normativo à sociedade contemporânea e a uma nova visão do Direito Administrativo Consensual que busca, por meios alternativos, a solução de conflitos.

5 O ACORDO CELEBRADO NA LEI ANTICORRUPÇÃO E AS IMPLICAÇÕES DA SUA VEDAÇÃO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A celebração do acordo de leniência e a autocomposição nos conflitos têm gerado discussões sobre a sua aplicabilidade na Lei de Improbidade Administrativa, tendo em vista que no artigo 17, § 1º, da Lei 8.429/1982 proíbe qualquer tipo de acordo em processos que versem sobre a responsabilização de agentes que cometam atos ímprobos.

A Lei Anticorrupção busca a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção, não se fazendo necessária a adesão do agente público para que seja aplicada a referida lei. Ao passo que a Lei de Improbidade Administrativa somente será aplicada a pessoas jurídicas que cometam atos lesivos, a Administração Pública em conluio com agente público e a responsabilização será subjetiva, necessitando haver a valoração da conduta.

O acordo de leniência tem sido um instrumento apto para no curso de investigações, ainda na fase administrativa, obter meios de prova que esclareçam práticas ilícitas no âmbito da Administração Pública nacional ou estrangeira (art. 5º da LAC), praticadas somente por pessoas jurídicas que obtêm a redução da pena em troca de benefícios.

Os atos puníveis com base na Lei Anticorrupção, geralmente, são atos de improbidade administrativa que geram uma controvérsia quanto a sua não utilização na Lei de Improbidade Administrativa. Assim, fica difícil sustentar a vedação contida no artigo da Lei de Improbidade Administrativa. Ainda de acordo com a proibição, poderia levar a uma incongruência ao admitir que uma empresa possa celebrar acordo de leniência dentro do contexto da Lei Anticorrupção, mas os seus dirigentes e, até mesmo, as próprias pessoas jurídicas, que contribuíram para as investigações, não poderão negociar a aplicação das sanções descritas no artigo 12 da LIA.

Torna-se indispensável a necessidade de coerência no microssistema de proteção ao patrimônio público, de forma que elimine essa antinomia que ao mesmo tempo veda a negociação em ações de improbidade administrativa e em outras normas autorizam esse tipo de negociação, inclusive quando se trata no âmbito penal.

É importante também observar que a controvérsia existente entre as duas leis poderia comprometer, conforme será estudado detalhadamente, o acordo de leniência porque permitiria a autoincriminação numa instância para se obter um benefício, mas em contrapartida implicaria na responsabilização integral na esfera de improbidade administrativa.

Em decorrência disso, pode-se concluir que o artigo 17, § 1º, da LIA foi derogado tacitamente em face da falta de compatibilidade com as leis que disciplinam os acordos de colaboração (Lei 9.807/99, Lei 9.613/98, Convenção de Palermo, Convenção de Mérida, Lei 12.850/13 e Lei 12.846/13) que passam a integrar o microsistema de proteção do patrimônio público.

A Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 2º, § 1º, também traz solução nesse sentido: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente à matéria de que tratava a lei anterior” (BRASIL, 1998).

Tentando buscar a solução consensual de conflitos, a Resolução 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, em seu artigo 1º, § 2º, por exemplo, passou a autorizar expressamente a celebração de ajustamento de conduta nas ações de improbidade administrativa.

A vedação contida na Lei de Improbidade Administrativa compromete a eficácia do acordo de leniência. Além de violar inúmeras garantias constitucionais, seria, pois, um contrassenso não admitir que as transações celebradas que contribuam para esclarecimentos de crimes de corrupção sejam punidas por outra lei (Lei de Improbidade Administrativa) que possui a mesma natureza jurídica do que aquela que traz a possibilidade da sua utilização (Lei Anticorrupção).

Conforme defendido por Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2015), diante da dimensão ressarcitória e desconstitutiva da ação de improbidade que guarda nexos com a ação civil pública ou ação popular, aos quais já se admitem a autocomposição, seria ilógico também não possibilitar tal procedimento naqueles tipos de ações, principalmente, quando o Código de Processo Civil elenca em seu artigo 354, parágrafo único, a possibilidade de homologação de autocomposição parcial.

Resta observar que a proibição contida no artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa já não possui efetividade quando se trata de ressarcimento. Ou seja, se o responsável pela conduta tida como improba quiser reparar o dano causado ao erário, de espontânea vontade, não pode ser negado à possibilidade do ajuste.

Negar a autocomposição quando o objeto da ação for o ressarcimento aos cofres públicos criaria óbices à efetiva tutela do patrimônio público, principalmente quando o prejuízo ao erário é inexpressivo e o pagamento, de forma parcelada ou não, se mostra como o meio mais viável para que o dano seja minimizado. Tanto é que a pretensão ressarcitória pode

ser proposta por meio da ação civil pública, em que o acordo é possível, segundo estabelece o artigo 5º, § 6º, da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública).

Assim, não há qualquer tipo de proibição ao ajuste quando se tratar das condições e ao modo de reparação ao erário e, até mesmo, quando se tratar da perda da vantagem ilícita obtida pelo agente público.

Em face desse tema, aborda-se uma questão interessante sobre a possibilidade de autocomposição nas sanções da LIA. É questionado se haveria possibilidade de acordos firmados entre os sujeitos legitimados para a propositura da ação e o agente improbo, para que fossem transacionadas as medidas punitivas. Existem dois posicionamentos quanto a essa problemática.

Para a primeira corrente, não há possibilidade de nenhum acordo quando se trata das aplicações de sanções político-administrativas descritas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Em face da natureza indisponível dos bens protegidos pela LIA, o que impede que seu conteúdo seja objeto de transações, tendo em vista que os legitimados não possuem o direito de escolher dentre as sanções descritas a mais condizente com o caso concreto, sendo reservada essa tarefa exclusivamente ao magistrado. É, portanto, atividade privativa da jurisdição, sendo conferida a adequação ou não da penalidade somente por meio de um processo judicial.

Entretanto, uma segunda corrente que busca sua fundamentação na consensualidade passou a fazer parte de diversos procedimentos, admitindo haver a possibilidade de celebração de acordos nas sanções aplicadas na Lei de Improbidade Administrativa. Dessa forma, diante das circunstâncias do caso em concreto, se a solução negociada for a mais adequada para que a probidade administrativa seja efetivada, esta deverá ser utilizada pelo legitimado responsável para tutelar o interesse público.

O objeto da composição consensual consiste na própria concretização da moralidade administrativa que busca, no microssistema de defesa do interesse público e diante das situações, a especificação dos elementos indispensáveis para sua efetivação.

A negociação traz efeitos positivos para sociedade, pois busca a satisfação do interesse público, uma vez que não exime o agente público da obrigação de reparar o dano integral causado pelos atos ilícitos na seara do direito administrativo.

As concessões feitas pelos legitimados, responsáveis pela propositura da ação, quando se trata da recomposição do dano é uma obrigação decorrente da responsabilidade civil, portanto as concessões feitas nesse âmbito versarão sobre os requisitos aos quais deverão ser

observados para que seja implementada a probidade administrativa, através da celeridade na resolução de controvérsias e programação financeira.

Para aqueles que defendem a aplicação do artigo 17, § 1º, da LIA, e possuem como fundamentação a interpretação literal da lei em destaque, além da indisponibilidade do interesse público, tais premissas não possuem mais substrato, tendo em vista a edição da Lei Anticorrupção que, conforme comentado anteriormente, passou a admitir acordos que envolvem patrimônio público e moralidade administrativa.

A Lei de improbidade Administrativa é insuficiente como método para a solução de conflitos. No que diz respeito a essa matéria, para que ela atinja a efetividade necessária e garanta a moralidade administrativa, deve haver a sua interpretação diante do novo contexto social e sob o prisma de diversos princípios que devem ser respeitados, porque não se pode conceber que em busca da punição, não se atenda e nem obedeça aos mecanismos legais.

O surgimento de diversas outras leis que passaram a buscar a proteção do patrimônio público e o decurso de mais de 25 anos desde a edição da LIA, a ampliação das situações que permitem a autocomposição na esfera da improbidade administrativa, a forma negociada se mostra como o método mais adequado para garantir o respeito aos princípios que norteiam a Administração Pública, além de garantir o ressarcimento e a punição devida aos investigados.

5.1 A AMPLITUDE DO *NON BIS IN IDEM* EM FACE DA PROBLEMÁTICA DE RESPONSABILIZAÇÃO

O legislador conferiu à Administração Pública a capacidade de solucionar conflitos por meio do diálogo entre àquela e a sociedade, mas não que o princípio da legalidade tenha sido deixado em último plano, entretanto, a sua aplicabilidade tem engessado a busca do interesse público em muitos procedimentos. A aplicação do consensualismo passa a ser limitada quando se refere ao campo do direito administrativo sancionador, não deixando margem para o consenso entre o Estado e o cidadão-sujeito às sanções, aplicando-se puramente a lei.

As esferas jurídico-penal e jurídico-administrativa são independentes entre si, de modo que cada qual conserva sua autonomia, em regra, para aplicar as devidas sanções. No entanto, é importante observar que diante dos bens jurídicos envolvidos no direito penal e do direito administrativo sancionador, a aplicação dos princípios deve ser feita em ambas, diante da similitude que possa gerar a aplicação de sanções.

Segundo Fábio Medina Osório (2011), a própria doutrina e até mesmo a jurisprudência pacificaram o entendimento que no direito administrativo sancionador os princípios atinentes ao direito penal devem ser aplicados, em decorrência da proximidade das esferas e o impacto da sua aplicação no contexto individual.

Diante disso, a grande problemática surge quando de um lado a Lei 12.846/2013, em seus artigos 16 e 17, possibilita a celebração de acordo de leniência com a finalidade de atenuar sanções descritas no dispositivo legal em destaque e na Lei nº 8.666/93 e, em contrapartida, o artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa impossibilita a realização de qualquer acordo em ações que ensejem a sua incidência. No entanto, deve-se observar que ambas as leis possuem muitos pontos em comum, o que poderia gerar certa controvérsia e inefetividade diante da situação. Uma vez ocorrendo, deverá ser solucionada por meio de princípios que ordenam como esse processo deve ser estabelecido.

E vislumbrando as ações de improbidade administrativas propostas, percebe-se que as empresas integram o polo passivo, prática aceita pela jurisprudência, mesmo que a Lei de Improbidade Administrativa não tivesse sido elaborada com a intenção de ter sua aplicação ampliada para os particulares, uma vez que nem sequer estabelece um prazo prescricional direcionado a esses sujeitos acusados de condutas ímprobas. A lei em questão também passou a abranger os casos em que empresas são partes no processo juntamente com os agentes públicos.

Assim, se uma empresa em conluio com agentes públicos praticar atos caracterizados, tanto pela Lei de Improbidade Administrativa quanto pela Lei Anticorrupção, de acordo com o artigo 30, II, da Lei Anticorrupção a empresa estará sujeita a penalidades, tanto a incidência dessa lei quanto da Lei de Improbidade Administrativa.

Em decorrência disso, há uma grande violação ao princípio do *non bis in idem*, ao qual elenca que nenhuma ação poderá ser punida duas vezes ou a mesma circunstância ponderada duas vezes para a aplicação da pena.

Em situação semelhante, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do julgamento da Reclamação 2138/2007, sob a relatoria do até então Ministro Nelson Jobim, concluiu que, diante das condutas ilícitas praticadas por agente público que gerassem a incidência da Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079/50), excluiria a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa com a finalidade de evitar o *bis in idem*. O que ensejou esse posicionamento foi a semelhança entre os tipos previstos nas duas leis, pois ao se analisar pormenorizadamente ocorre na Lei Anticorrupção e Lei de Improbidade Administrativa.

Para compreender a amplitude do *bis in idem* é necessário traçar um paralelo entre as sanções cominadas nas duas leis:

| Lei de Improbidade Administrativa (art. 12, I, II, III) | Lei Anticorrupção (art. 6º c/c art. 19) |
|---|---|
| Perda da Função Pública | Não há sanção |
| Suspensão dos direitos Políticos | Não há sanção |
| Ressarcimento integral do dano | Ressarcimento integral do dano |
| Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio | Perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos por meio da infração |
| Multa civil (entre 1 e 3 vezes o valor do dano) | Multa (0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao início do processo administrativo, excetuados os tributos, a qual não será inferior a vantagem obtida, quando for possível a sua projeção) |
| Proibição de contratar com o poder público (entre 3 e 10 anos) | Não há sanção |
| Proibição de receber, direta ou indiretamente, benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (prazo de 3 a 10 anos) | Proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas controladas pelo poder público (prazo entre 1 e 5 anos) |
| Não há sanção | Publicação Extraordinária da decisão condenatória |
| Não há sanção | Suspensão ou interdição parcial de suas atividades |
| Não há sanção | Dissolução compulsória da pessoa jurídica |

Como se pode ver, há penalidades que são estipuladas na Lei de Improbidade Administrativa, mas que, por decorrência lógica, não se aplica às pessoas jurídicas, como: perda da função e suspensão dos direitos políticos. Em contrapartida, há sanção que somente é prevista na LIA como, por exemplo, a proibição de contratar com o poder público. E, por último, há penalidades que estão abrangidas por ambas as leis, no entanto, com valores distintos, como a multa e a proibição de receber benefícios ou incentivos.

Assim, as empresas que firmarem acordo de leniência na Lei Anticorrupção estarão protegidas e reguladas por essa. Entretanto, o grande questionamento fica quanto à abrangência de esse pacto gerar consequências na Lei de Improbidade Administrativa, tendo em vista a vedação. Por isso, será feita uma análise das penalidades elencadas por ambas as leis.

A pessoa jurídica que celebra o acordo de leniência não estará isenta da obrigação de ressarcir integralmente o dano causado, conforme disposto no artigo 16, § 3º, da Lei 12.846/13. Portanto, não há controvérsia quanto a este ponto.

No que tange a multa e proibição de receber incentivos fiscais que estão esculpidos nas duas leis com valores diferenciados, a penalidade e os prazos a serem aplicados devem ser somente aquele atinente a Lei Anticorrupção, por ser mais específica na situação em concreto. Nesse aspecto, o acordo de leniência deveria afastar a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa nesse ponto.

A proibição de contratar com o Poder Público por um período que varia de 3,5 ou 10 anos encontra previsão somente na LIA, o que poderia gerar controvérsias sobre a sua aplicação. Porém, deve-se ter em vista que o cumprimento desse dispositivo comprometeria a celebração do acordo, uma vez que a empresa que tenha contratos vultosos com a Administração Pública, ao vislumbrar a possibilidade de que a sanção seja aplicada mesmo que o acordo tenha sido firmado, seria um desestímulo à sua assinatura. Ou seja, se a pessoa jurídica irá contribuir por meio de provas e documentos, indiretamente as sanções da LIA deveriam estar abrangidas quando houvesse a celebração.

A dissonância entre as duas leis é tão clara que os valores a serem ressarcidos, bem como os bens sujeitos a perda que foram objetos da celebração do acordo, podem ser discutidos judicialmente. Deve-se verificar que a reparação integral do dano (art. 16, §3º, da LAC) deve ser atribuída um valor de forma a satisfazer a recomposição do patrimônio público. No caso dessa quantificação não ocorrer de maneira segura no acordo de leniência e, posteriormente, puder ser objeto de reanálise, mais uma vez influenciarão os particulares a não quererem celebrar o acordo, gerando uma grave insegurança jurídica e comprometendo o interesse público.

Portanto, é importante que diante do princípio do *non bis in idem*, as penalidades da Lei de Improbidade Administrativa sejam afastadas, tendo em vista que já foram objeto do acordo, e as que não foram poderiam comprometer de maneira significativa a segurança desse instituto, sendo um desestímulo na busca da elucidação dos fatos com a devida punição.

5.2 A AUTOINCRIMINAÇÃO NAS DEMAIS ESFERAS

O Direito a não autoincriminação é uma prerrogativa, conferida ao acusado, que orienta a não produção de provas contra si mesmo. Essa pretensão é uma garantia decorrente da presunção de inocência, porque até que surjam demais elementos probatórios o investigado

é considerado inocente, assim, qualquer inatividade ou omissão quanto à produção de provas não deve ser utilizada contra o indivíduo, transferindo o ônus de provar o alegado à acusação.

Diante dessa pretensão que integra autodefesa, tendo em vista que busca conferir ao indiciado o direito de utilizar os mais amplos meios e métodos para se defender da prática a qual lhe é imputada, é uma decorrência da vulnerabilidade da parte mais fraca da relação jurídica de se defender das acusações proferidas pelo Estado.

O direito a não autoincriminação possui várias facetas, como: o direito ao silêncio, o direito de não contribuir com as investigações criminais, o direito de não confessar, o direito de não fazer declarações contra si, o direito de dizer que as alegações são falsas sem precisar gerar consequências a terceiros e o direito de não apresentar provas materiais contra si mesmo.

Esse postulado implica no direito do investigado não ser constrangido pelo Poder Público para cooperar com as investigações, fornecendo os elementos probatórios contra si mesmo. Mas, isso não significa que o réu esteja proibido de confessar o crime ou de apresentar provas. Todavia, o que o ordenamento jurídico veda é que eles sejam constrangidos a fazê-lo e que diante da sua recusa não deverá ser interpretada de maneira negativa a influir no convencimento do juiz.

O direito ao silêncio é uma das principais garantias que se encontra prevista no artigo 5º, LXIII, da CRFB/88 e no artigo 186 do Código de Processo Penal que assegura:

Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (BRASIL, 1998).

Esse direito ao silêncio é visto principalmente na fase do interrogatório do acusado que, diante das perguntas que possam comprometer a sua defesa, poderá optar por permanecer em silêncio. No entanto, é por meio dessa etapa que o magistrado passa a ter contado direto com o investigado, podendo este contribuir na formação de decisão através dos relatos de acordo com a sua perspectiva.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) do qual o Brasil faz parte, em seu artigo 8º, § 2º, g, passou a assegurar a todo cidadão o direito de não ser obrigado a falar contra si mesmo, nem tão pouco a se confessar culpado. Tal conteúdo também se encontra disposto no artigo 14, § 3º, g, do Pacto Internacional sobre direitos Cívicos e Políticos aderido pelo Brasil por meio do Decreto nº 592/92.

Embora os dispositivos citados tratem de modo explícito da não produção de prova oral, ou seja, o direito ao silêncio, o Supremo Tribunal Federal buscou atribuí-lo ao princípio da defesa, ampliando-o no sentido de que o indiciado não pode ser obrigado a produzir qualquer meio de prova que possa ocasionar na sua incriminação.

O direito a não incriminação poderá ser mitigado pelo próprio acusado quando por sua única e exclusiva vontade resolver abdicá-la. É o que ocorre com a celebração do acordo de leniência na Lei Anticorrupção, em que a parte deve cumprir as medidas elencadas no artigo 16, §1º, e manifestar seu interesse em cooperar com a elucidação do ato ilícito, devendo cessar imediatamente o seu envolvimento no crime investigado, além de admitir a sua participação no ilícito e cooperar com as investigações.

Assim, percebe-se que esse princípio é afastado pelo próprio acusado que, para obter os benefícios presentes na lei, resolve produzir provas contra si mesmo. Essa renúncia, quando voluntária, não fere qualquer direito fundamental nem no âmbito penal, tampouco na seara administrativa sancionadora.

É importante destacar que uma vez rejeitado o acordo de leniência, este não poderá ser utilizado com instrumento para reconhecimento do ilícito investigado. Assim, a pessoa jurídica não pode ser prejudicada pelo órgão que rejeitou o acordo, segundo o que dispõe o artigo 16, § 7º, da Lei nº 12.846/2013.

Conforme defendido por Pedro Machado (2017), o acordo de leniência, embora seja um instrumento processual investigatório apto a descortinar os ilícitos praticados por pessoas jurídicas, diante da renúncia ao princípio da não autoincriminação (art. 16, § 1º, I e II, da Lei 12.846/2013), compromete a eficiência do acordo. Isso porque uma vez aceito, as empresas ao fornecerem provas contra si mesma poderão ser processadas por meio de outras ações, como a de improbidade administrativa que não comporta o acordo de leniência, posto que a proteção do acordo só alcançaria a Lei Anticorrupção.

A confissão e admissão de participação no ilícito ensejam que a empresa investigada coopere permanentemente com o processo administrativo, através de informações e documentos que provem o alegado, preceito esse descrito no artigo 16, II e § 1º, da Lei 12.846/2013. As consequências advindas da celebração desse acordo podem ser prejudicadas e gerar consequências fatais aos envolvidos, como as empresas e seus dirigentes partícipes nos crimes, porque indubitavelmente fornecerão provas para sua condenação em outras esferas, em face do que estabelece o artigo 30 da Lei Anticorrupção.

Os pontos negativos trazidos pela proibição na celebração de acordos pela Lei de Improbidade Administrativa maculam a busca pela punição dos demais envolvidos nos

esquemas de corrupção, porque o acordo ao ficar circunscrito ao processo administrativo desestimula a sua formação, além do caráter de proibição produzido pela lei ser desproporcional.

A atuação estatal passa a se tornar ineficiente e violadora de garantias, deixando o gerenciamento e busca por uma Administração Pública que preze o respeito aos princípios constitucionais em segundo plano. Todavia, a interpretação literal do art. 16 da Lei Anticorrupção e o artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa não estão em consonância com a nova ordem constitucional, nem tampouco observam o devido processo legal substancial que deve ser um meio de se corrigir as contradições feitas pelo próprio legislador e buscar a consecução do interesse público.

A busca pela punição de nada servirá se não houver indícios probatórios que atestem a conduta delituosa, ou seja, a prova é um dos únicos meios de fornecer subsídios necessários para apuração de crimes e se esses meios forem comprometidos não haverá a punição de qualquer agente público e pessoas jurídicas envolvidas. A contradição e a própria ineficiência estatal para produção de provas podem gerar impunidade, tendo em vista que é preferível a celebração do acordo de leniência alcançar também a Lei de Improbidade Administrativa – em respeito aos direitos assegurados pela Constituição Federal, além de buscar o emprego dos princípios que ordenam a aplicação e interpretação da norma – do que deixar os atos de corrupção sem uma punição.

5.3 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

O acordo de leniência pode sofrer limitações na sua efetividade, conforme vem sendo demonstrado ao longo desse trabalho, devendo garantir a sua aplicabilidade por meio da releitura do Direito Administrativo sancionador dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade surgiu na Alemanha, posteriormente passou a ser adotado pela Suíça e por outros países europeus. Ele orientava a sua aplicação por meio da observância de três requisitos, a saber: a consonância entre o fim pretendido e o meio utilizado para buscá-lo, a conduta deve ser obrigatória e empregada de maneira menos gravosa e a proporcionalidade propriamente dita que caracteriza a superação das vantagens obtidas em detrimento das desvantagens.

De acordo com Carvalho Filho (2013), o princípio da proporcionalidade busca evitar que determinados atos que extrapolem os limites da adequação sejam concretizados, isso

porque a administração pública e os demais poderes não podem se utilizar de excessos para garantir a consecução dos seus objetos.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), o princípio da proporcionalidade é decorrente do princípio da razoabilidade que busca garantir o uso moderado do poder estatal.

A razoabilidade poderia, então, ser compreendida como a atuação coerente entre os fatos e a decisão estatal adotada para solucionar o caso, o que acarreta mesmo que indiretamente a observância do princípio da legalidade, devendo seguir os requisitos objetivos ditados pela norma legal. Tal postulado passa a disciplinar não somente as funções administrativas propriamente ditas, mas também qualquer atuação pública, inclusive a legislativa.

Luís Barroso (2001, p. 30), ao analisar tal princípio, elenca que:

[...] a trajetória do princípio da razoabilidade fluiu mais ligada ao controle dos atos normativos, ao passo que o princípio da proporcionalidade surgiu ligado ao direito administrativo e ao controle dos atos dessa natureza. Vale dizer: em suas matrizes, razoabilidade era mecanismo de controle dos atos de criação do direito, ao passo que proporcionalidade era critério de aferição dos atos de concretização.

O princípio da razoabilidade guarda relação com o devido processo legal substantivo do direito americano e inglês, ao passo que a proporcionalidade tem sua origem na jurisprudência alemã sem estar conectado ao devido processo legal, mas ligado ao ideal de justiça.

A doutrina brasileira passou a tratar esses dois postulados como um só princípio. Embora originados de institutos distintos, eles guardam conexão a ponto de serem utilizados como sinônimos.

Diante desse contexto, o Código de Processo Civil, em seu artigo 8º, passou a dispor que o juiz ao aplicar a lei deverá promover a dignidade da pessoa humana, pautando-se na proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência.

A eficiência guarda a relação com a adequação descrita na proporcionalidade, tendo em vista que essa exige que para se atingir determinada finalidade os meios necessários e adequados devem ser utilizados.

Qualquer procedimento para que se alcance a efetividade deve assegurar a duração razoável do processo, por meio da igualdade, segurança jurídica, contraditório e ampla defesa. Assim, para que o processo caminhe devem ser utilizadas regras que se amoldem à solução do caso concreto, de maneira a conferir aplicabilidade prática e concretude da sua finalidade.

A possibilidade de responsabilização nas demais esferas, conforme elencado no artigo 30 da Lei de Anticorrupção e a vedação da celebração de acordo contido no artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, violam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, se uma pessoa jurídica, por exemplo, pratica atos de corrupção pública mediante o pagamento de suborno a agentes públicos para que pratiquem ou deixem de realizar atos de ofício, ao firmar o acordo de leniência atestando a sua participação da citada conduta e indicando provas, a pessoa jurídica não sofrerá as sanções de publicação extraordinária da decisão e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos, entidades e instituições financeiras de natureza pública ou que essas entidades sejam controladas pelo Poder Público (art. 16, §2º, da Lei 12.846/2013). Entretanto, diante das admissões dos fatos delituosos, será responsabilizada pela Lei de Improbidade Administrativa com a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou decorrentes de relações de crédito, direta ou indiretamente, do Poder Público pelo prazo de 10 (dez) anos. Esta disposição está contida no artigo 12, I, da Lei 8.429/92, retirando, portanto, os benefícios do acordo de leniência celebrado anteriormente.

Essa é somente uma das várias situações em que uma empresa envolvida em esquemas de corrupção, ao celebrar o acordo de leniência, anula os benefícios obtidos através do processamento pela ação de improbidade administrativa. Isso revela uma afronta ao princípio da proporcionalidade, posto que a atuação estatal deve ter correspondência lógica entre o fato e a decisão proferida, e também ao princípio da razoabilidade, porque não há possibilidade de um ato de dupla imputação se concretizar sem violar o devido processo legal. Assim, para atingir a finalidade de punição e buscar a probidade nas relações com a Administração Pública, os meios devem ser adequados sob pena de desviar do objetivo estampado na norma.

É importante deixar claro que o que se busca ao tratar desses aspectos é a isenção das penalidades descritas na Lei 8.429/92 e a desconsideração na Lei de Anticorrupção dos artigos 3º e 30, que dispõe que a propositura das ações não afeta as demais esferas de responsabilização, sob pena de violação aos princípios processuais indispensáveis para a devida punição.

O princípio da proporcionalidade defendido por Fábio Medina Osório (2011) direciona o intérprete para que determinadas sanções não sejam aplicadas de imediato, em decorrência do Direito Administrativo sancionador. Isso porque as sanções não se aplicam automaticamente, uma vez que encontrariam limites por meio do postulado da proporcionalidade. O referido autor ainda sustenta que o grande problema da hipertrofia

legislativa é assegurarem que as penalidades são fixas, não possuindo flexibilidade ao caso concreto.

A inconstitucionalidade não é o meio mais viável, posto que a sociedade ficaria sem o manto protetor de uma lei indispensável ao combate à corrupção. No entanto, outros mecanismos devem ser observados para garantir a efetividade de ambos os instrumentos normativos sem anulá-los, e, assim, o rigor da lei compatibilizando as situações fáticas, quando necessária, assegure a finalidade da norma.

Muitas vezes, aplicar sanções mais graves podem até surtir alguns efeitos no primeiro momento. No entanto, quando se analisa pormenorizadamente, inúmeros outros crimes ficam protegidos sob o manto da impunidade por falta de provas que poderiam com mais facilidade ser obtidas por meio do acordo de leniência, porque esquemas de corrupção demandam investigações especializadas e que, em muitas situações, faltam indícios suficientes para o processamento dos demais acusados. A impunidade poderia ser sobrestada por meio do manejo adequado do referido instituto, com respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, do *non bis idem* e analisar com certa relevância a consequência da autoincriminação na LIA.

5.4 OS OBSTÁCULOS DA LEI DE IMPROBIDADE E O ACORDO DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça visando compreender a temática, de maneira mais aprofundada, elaborou uma cartilha através de gráficos que auxiliassem a descobrir quais os óbices no combate à corrupção por meio da Lei de Improbidade Administrativa.

A pesquisa buscou coletar dados nos seguintes tribunais: Superior Tribunal de Justiça (ações originárias e recursos), TRF 4ª Região (apelações), TJMT (apelações), TJRN (apelações) e TJSP (apelações). A análise dos dados servirá de base para orientar um programa que garanta a eficiência do comando normativo.

Através dos dados obtidos, pode-se concluir que há uma deficiência na aplicação das sanções, principalmente, quando se trata de ressarcimento ao erário pelas condutas ilícitas praticadas contra a Administração Pública. Também pode ser verificado que o Ministério Público é o órgão autor de 73,73% das ações judiciais referentes ao tema. O maior número de ações está concentrado nas regiões Sul e Sudeste.

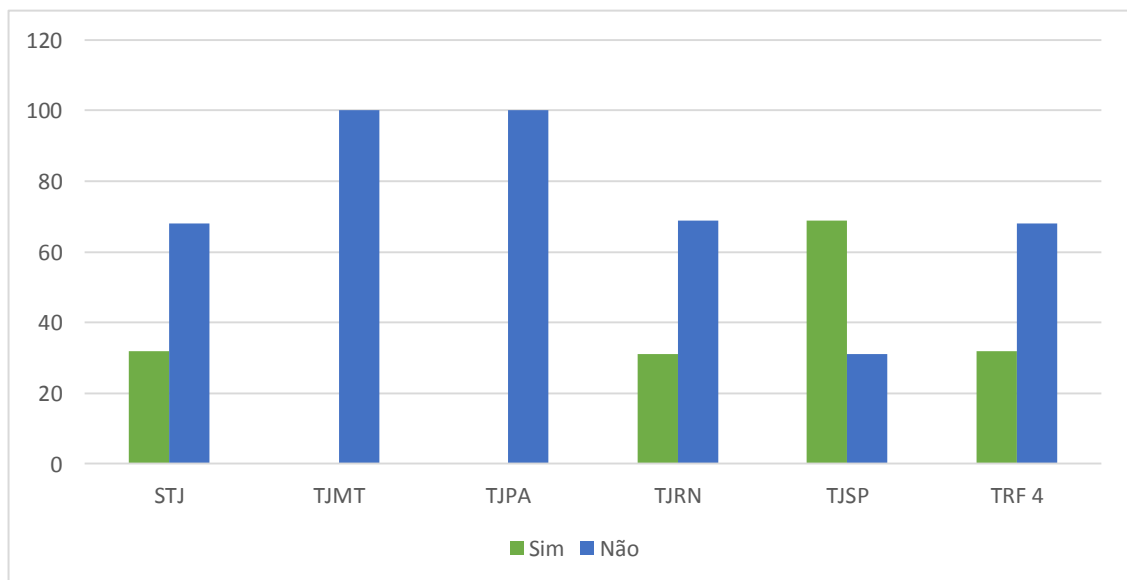
Para aplicar o comando normativo em questão, constatou-se que entre a data do ajuizamento da ação e o julgamento, em média, o processo teve uma duração de 1.548,63 dias

(4, 24 anos) com desvio padrão de 8, 93 dias, o que representa os dias utilizados para a realização de procedimentos cartorários. Deve ser anotado ainda que desta média 25% dos processos o julgamento nesse tipo de ações começou antes de 2,54 anos, metade dos processos tiveram o julgamento em menos de 3, 97 anos e o julgamento dos outros 25% dos processos iniciou com mais de 5, 65 anos.

A pesquisa também demonstrou que grande parte dos processos teve como parte a pessoa física (93,35%). Em se tratando do envolvimento de pessoas jurídicas (6,65%), por meio do cadastro, pôde-se verificar que o tempo decorrido entre a data da ação e a data do julgamento é maior do que em relação à pessoa física. Assim, o tempo em média nos processos que envolvem empresas foi de 1.703, enquanto no que se refere à pessoa física o período foi de 1.537 dias.

No que tange ao marco inicial do ajuizamento do processo e a data do trânsito em julgado foram 1.855, 83 dias (5, 15 anos) com 105, 19 dias de desvio para a realização de procedimentos necessários a tramitação. Houve interposição de recursos com provimentos em mais de 40% dos processos analisados entre todos os Tribunais de Justiça.

Ainda de acordo com a pesquisa, em todos os tribunais, as sanções de naturezas civil, administrativa e penal não foram cumuladas na maioria dos processos, conforme pode ser vislumbrado no gráfico abaixo:



Fonte: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>

A explicação dessa situação pode ser extraída da decisão em AREsp 239.300 do Superior Tribunal de Justiça, ao considerar que o juiz ao fazer a dosimetria da pena não está vinculado a aplicar cumulativamente as sanções descritas no art. 12 da Lei 8.429/92, uma vez

que devem ser fixadas em conformidade aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e a finalidade social estampada na norma.

Dessa forma, levando esse entendimento para os tribunais de primeiro grau, pode-se entender que dentro da própria Lei 8.429/92 o magistrado poderá ponderar a aplicação simultânea de penalidades, porque os princípios não podem ser distanciados da norma sob pena de fugir ao devido processo legal. Assim, esse pensamento também se amplia quando trata de crimes sujeitos às Leis 12.846/13 e 8.429/92.

O estudo ainda teve por objeto buscar compreender que, segundo o gráfico abaixo, a grande maioria dos tribunais pesquisados teve uma porcentagem significativa das ações julgadas improcedentes por insuficiência de provas, como ocorreu no TJRN (46,67%) e TJPA (66,67%) nos processos.

| Objeto | STJ | TJMT | TJPA | TJRN | TJSP | TRF 4ª Região | Total |
|--|---------------|---------------|--------------|--------------|--------------|---------------|---------------|
| Improcedente | 7 (21,88) | 11 (64,71) | 2 (66,67) | 7 (46,67) | 5 (29,41) | 30 (65,22) | 62 (47,69) |
| Improcedente, exclusão de litisconsorte | 0 (0) | 0 (0) | 0 (0) | 2 (13,33) | 0 (0) | 1 (2,17) | 3 (2,31) |
| Parcialmente procedente | 13 (40,63) | 2 (11,76) | 0 (0) | 5 (33,33) | 6 (35,29) | 7 (15,22) | 33 (25,38) |
| Parcialmente procedente, exclusão de litisconsorte | 0 (0) | 0 (0) | 0 (0) | 0 (0) | 1 (5,88) | 0 (0) | 1 (0,77) |
| Procedente | 12 (37,5) | 4 (23,53) | 1 (33,33) | 1 (6,67) | 4 (23,53) | 8 (17,39) | 30 (23,08) |
| Procedente, Improcedente | 0 (0) | 0 (0) | 0 (0) | 0 (0) | 1 (5,88) | 0 (0) | 1 (0,77) |
| Total | 32 (100) | 17 (100) | 3 (100) | 15 (100) | 17 (100) | 46 (100) | 130 (100) |

Fonte: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>

De acordo com o estudo, a insuficiência de provas foi fator determinante para que o julgamento fosse improcedente em 50% das ações. Esse valor pode ser facilmente alterado com a celebração de acordo de leniência em que, além de fornecer as provas, os acusados seriam reconhecidos e sofreriam a devida punição do que simplesmente relegados à impunidade. Assim, para se atingir uma finalidade maior, é necessário que esse acordo tenha viabilidade para ambas as partes.

Dessa forma, o sistema processual se mostrou ineficiente quanto à efetividade da decisão como o ressarcimento dos danos causados. Em decorrência da longa tramitação,

poucas foram as ações em que pode ser comprovada a reparação dos danos. E, diante da demora em se obter uma prestação jurisdicional hábil, acaba gerando reflexos na matéria em questão.

Os resultados dessa pesquisa, mesmo que por amostragem, demonstram a falta de eficiência quando se trata da responsabilização na esfera judicial pela prática de atos de improbidade administrativa, principalmente, ao estipular penas mais graves aos réus, desde perda da função à suspensão dos direitos políticos e o ressarcimento ao erário que possui um baixo índice.

Em face dos dados apresentados e do contexto social, as celebrações de acordos de leniência demonstram que seu uso importa no combate à corrupção e o ressarcimento ao erário. No entanto, esse mecanismo somente poderá ter efetividade quando alcançar a Lei de Improbidade Administrativa.

Nos recentes escândalos de corrupção, a exemplo da Operação Carne Fraca, percebeu-se que a vedação contida no artigo 17, § 1º da Lei de Improbidade Administrativa não obstou a propositura de o acordo alcançar essa esfera.

A investigação em destaque visava apurar as irregularidades cometidas pelas empresas do gênero alimentício que comercializavam carne estragada, mudando a data de vencimento, além de usar produtos químicos indevidos para a conservação e agirem com unidade desígnios com agentes públicos.

A empresa J&F Investimentos S.A, *holding*, da JBS (José Batista Sobrinho), colaboradora na celebração do acordo, responsável pelas demais pessoas jurídicas que integram o grupo econômico, os atos ilícitos abrangidos pela Lei 8.429/92 ou na Lei 12.846/2013, conforme a delimitação estipulada, serão objetos de acordo, conforme descrito no título XVII – Compromissos do Ministério Público Federal, na cláusula 17, IV, do acordo de leniência na Operação Carne Fraca:

IV – A não propor qualquer ação de natureza cível ou sancionatória, inclusive ações de improbidade administrativa, pelas condutas reveladas em decorrência deste Acordo de Leniência, contra a COLABORADORA, empresas de seu grupo econômico, Aderentes, enquanto cumpridas integralmente as cláusulas estabelecidas neste Acordo, salvo se, por necessidade de interromper a prescrição, for oferecida com pedido exclusivamente declaratório, caso em que, em seguida à propositura, far-se-á requerimento de suspensão de seu trâmite, nos termos do §3º da presente cláusula.

O valor estipulado na cláusula 16 confere a obrigação da JBS pagar, a título de multa da *holding* J&F Investimentos S/A, o valor mínimo de R\$ 10.300.000.000,00 (dez bilhões e trezentos milhões de reais), no prazo de 25 (vinte e cinco) anos, o que representa o ressarcimento mínimo aos órgãos públicos que tiveram dano em seu patrimônio. Além disso, é obrigada a delatar os demais envolvidos nas atividades ilícitas contra a administração pública, indicando provas, além de buscar no seu âmbito interno promover mecanismos de coibição à corrupção.

A operação lava-jato, em andamento, também buscou celebrar o acordo de leniência para que os esquemas de lavagem de dinheiro que movimentaram bilhões em propina colhessem mais elementos probatórios para a acusação dos demais envolvidos. A celebração do termo possibilitou a título de multa compensatória cível, em decorrência dos ilícitos praticados, o valor de R\$ 15.000,000,000 (quinze milhões de reais).

O acordo teve como colaboradoras as empresas SOG Óleo e Gás S/A, SETEC Tecnologia S/A, PROJETEC Projetos e Tecnologia Ltda, TIPUANA Participações Ltda, ENERGEX Group Representação e Consultoria Ltda. Dentre as condições, encontra-se a proposta do Ministério Público Federal (MPF) na cláusula 8ª, alínea c, do Termo de Leniência:

c) não propor qualquer ação de natureza cível contra as **COLABORADORAS** e/ou seus prepostos, dirigentes ou acionistas que venham a subscrever este **Termo de Leniência**, uma vez cumprida integralmente as condições impostas neste **ACORDO DE LENIÊNCIA**, conforme entendimento fundamentado no Ministério Público Federal-MPF. (grifo do autor).

Dessa forma, como pode se observar, o MPF afastou a incidência das demais penalidades de natureza cível e também no âmbito penal (cláusula 8ª, d, do Termo de Leniência), demonstrando que a proibição da Lei de Improbidade Administrativa não possui aplicabilidade prática.

A Lei de Improbidade Administrativa, para a corrente majoritária, possui natureza de ação cível. Portanto, os acordos celebrados têm se expressado no sentido de afastar as ações de natureza cível, abrangendo aquela. Assim, os termos de leniência passam a isentar a pessoa jurídica colaboradora, depois de cumpridas integralmente as condições das ações cíveis.

Como pode ser observado, o acordo celebrado no âmbito da Lei 12.846/13 passou a isentar as pessoas jurídicas das penalidades descritas na Lei 8.429/92, demonstrando que a lei em face da problemática precisa se adequar à realidade social, uma vez que admitir a dupla

incriminação poderia obstar, além do próprio acordo, a descoberta de outros sujeitos envolvidos nas condutas delituosas e o ressarcimento ao erário. No entanto, é importante ressaltar que não se trata de impunidade, mas de buscar a verdadeira concretização da justiça pautada no respeito aos princípios.

A Lei de Improbidade Administrativa, principalmente, no que tange a vedação a acordos e transações, deve ser reinterpretada e compreendida conforme a necessidade de aplicação, porque a leitura “fria” da lei sem conectá-la com todo o ordenamento jurídico gera violação de direitos e a própria impunidade.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou realizar uma análise do acordo de leniência celebrado na Lei Anticorrupção e as implicações na Lei de Improbidade Administrativa, de modo a averiguar os pontos positivos desse instituto, principalmente, na busca da probidade administrativa e elucidação dos demais envolvidos nas condutas ilícitas contra a administração pública. Para alcançar tal aspecto, mostrou-se necessário compreender as raízes da corrupção brasileira.

Desde a colonização do Brasil, a corte portuguesa, a fim de ter súditos necessários para a exploração do novo mundo, oferecia cargos que garantiam prestígio social e econômico. Com a República de 1889, o cenário não se alterou muito, porque nessa época o “voto de cabresto” passou a ser um instrumento de troca de votos por dinheiro ou utilidades. O período ditatorial também foi marcado por esquemas de corrupção, no entanto, pouco divulgados em decorrência da censura que impedia as denúncias. O Governo de Collor, o primeiro da Nova República, também foi lastreado por esquemas de corrupção pública, ensejando inclusive o processo de *impeachment* do até então presidente envolvido em transações financeiras fraudulentas.

A história demonstrou que a corrupção é um fenômeno social que marca o Brasil. Em decorrência disso, inúmeros instrumentos normativos foram criados para reprimir e prevenir as condutas ilícitas contra o patrimônio público.

A Constituição Federal de 1988 representou um marco nesse assunto, pois estabeleceu, em seu artigo 37, o compromisso de orientar a administração pública por meio dos princípios e regras essenciais para a consecução do interesse público, visando sempre a moralidade nas relações públicas.

O compromisso de combater a corrupção também restou demonstrado por meio da adesão do Brasil às convenções internacionais, pois trouxe novas perspectivas e pontos que necessitavam ser reavaliados, porque a improbidade no trato com a coisa pública ganhou dimensão internacional.

A Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Convenção da OCDE) buscou adequar à legislação dos Estados que compõem o acordo, de maneira a prevenir e combater a corrupção dos funcionários públicos estrangeiros induzidos por pessoas físicas ou jurídicas nas relações comerciais internacionais. E, prevê, ainda, a responsabilização penal, civil e administrativa

das pessoas jurídicas pelos atos de corrupção dos funcionários públicos, tipificando ainda outros crimes como lavagem de dinheiro.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção representou um grande avanço no desenvolvimento de mecanismos indispensáveis para a prevenção, identificação e punição da corrupção, com a cominação de penalidades para os delitos de suborno transnacional e enriquecimento ilícito; além de buscar a cooperação entre os países signatários.

A Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) inseriu-se dentro desse contexto como um instrumento amplo de tratado internacional, vinculando todos os países signatários a cumprirem os seus dispositivos que, uma vez não obedecidos, ensejam repercussões pela comunidade internacional. Essa convenção busca promover o apoio internacional e a assistência na prevenção da corrupção, com a recuperação dos valores desviados.

Nesse diapasão, o Direito Administrativo surge para orientar e esclarecer o estudo dos mais diversos assuntos referentes à Administração Pública. Os princípios constitucionais passam a ser a bússola que orienta para o norte, no momento de gerenciamento do interesse público e combate a práticas corruptas.

O princípio da legalidade impossibilita em muitas situações a disposição do interesse público, porque o agente público só pode atuar quando houver permissão por lei. Esse postulado, embora indispensável na condução das atividades públicas, não possui caráter absoluto. Portanto, sempre que houver conflitos com outros princípios, deve ser feito um juízo de valor com a finalidade de garantir a segurança jurídica.

Em semelhante situação, a moralidade busca direcionar a conduta daquele que exerce função pública a se pautar em critérios de ordem ética e moral jurídica que está atrelada a conduta de um bom administrador, pautado na consecução das finalidades públicas.

Para que os atos administrativos tenham validade é necessária a divulgação entre os administrados, de maneira que possibilite a transparência na atuação estatal e garanta o controle de legalidade diante das funções conferidas à administração pública.

A Supremacia do Interesse Público e a Indisponibilidade também passam a regular a atuação administrativa, de maneira a sedimentar o princípio da legalidade e evitar o uso desmedido da administração pública para atender os anseios particulares. No entanto, o que vem sendo observado nas últimas décadas é uma releitura desses princípios de maneira a adequar à sociedade atual.

A solução consensual dos conflitos para se alcançar a concretude dos princípios do Direito Administrativo direciona a autoridade pública diante de certas situações a celebrar acordos, fazer transações, mas de maneira que sempre busquem o interesse público.

Em decorrência disto, a Lei Anticorrupção foi criada para punir e reparar o dano das pessoas jurídicas que tenham cometido atos ilícitos contra a administração pública. Contudo, como os esquemas de corrupção estão cada vez mais articulados, viu-se a necessidade de haver a cooperação das empresas com o fornecimento de provas, documentos e demais meios eficientes que demonstrem o envolvimento de outras pessoas, em troca de receber a atenuação ou isenção de algumas penalidades descritas na Lei Anticorrupção.

O acordo de leniência se insere nesse contexto de busca da responsabilização dos demais sujeitos ativos de crimes contra a administração pública, representando um grande avanço no combate à corrupção, porque sua intenção não é de gerar a impunidade, mas de assegurar a devida punição de outras pessoas que estariam impunes por falta de provas. Assim, é indispensável a participação do Ministério Público Federal e do Tribunal de Contas da União na celebração do acordo, com a finalidade de proteger os interesses públicos e garantir maior segurança jurídica.

A Lei 13.655/18 passou a sedimentar ainda mais a sua importância no ordenamento jurídico, dispondo que uma vez cumprido os requisitos legais o órgão responsável pela celebração do acordo deverá propor e homologar, não sendo mais um ato discricionário sujeito a oportunidade e conveniência da autoridade pública.

A proibição a qualquer tipo de acordo, contida na Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), gera um contrassenso na ordem jurídica. Isso porque uma empresa que celebra o acordo no âmbito da Lei Anticorrupção será isenta das penalidades descritas nesse instrumento, mas será processada por meio de ações de improbidade já que não foi abrangido pelo acordo. Isso enseja um desvirtuamento do instituto, porque a Lei de Improbidade Administrativa foi criada em um dado momento histórico, mas deve ser adaptada à nova realidade social, sob pena de não se alcançar a tutela dos bens jurídicos.

A proibição, conforme foi observado, não possui lógica no contexto social de busca por soluções alternativas de conflitos, pois viola princípios processuais penais que guardam relação com o direito administrativo sancionador.

A Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade possuem natureza cível e similitude entre as penalidades, de modo que se houver o afastamento de uma penalidade prevista na Lei Anticorrupção deverá deixar de aplicar a penalidade descrita na Lei de Improbidade, sob pena de violação ao princípio do *non bis idem*. Ou seja, ao admitir ambas as punições nos dois

diplomas, estar-se-ia admitindo a punição duas vezes pelo mesmo fato. E, mesmo no caso de penalidade descrita somente na LIA, não deverá ser aplicada para não comprometer o acordo.

A questão se mostra ainda mais importante quando trata da disposição espontânea da pessoa jurídica no fornecimento de provas que incriminem não somente outros envolvidos, mas também a si mesma. Não haveria efetividade do acordo de leniência se ao mesmo tempo em que obtivesse a prova, por meio de colaboração da empresa envolvida, logo após processasse essa em uma ação de improbidade administrativa.

Observa-se que há uma violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que busca a atuação coerente entre os fatos e a decisão estatal utilizada no caso, de modo a evitar que na busca da punição os limites da adequação e o devido processo legal sejam esquecidos.

Buscou-se ainda demonstrar por meio de dados que o ressarcimento ao erário é um dos grandes entraves na Lei de Improbidade Administrativa, em decorrência da duração do processo e dos casos em que se tem o pedido julgado improcedente por falta de provas que poderiam ser facilmente fornecidas pelas pessoas jurídicas contra os agentes públicos, de modo a evitar a impunidade.

Ainda pode ser visualizado a falta de aplicabilidade prática da vedação na Lei de Improbidade Administrativa, posto que na Operação Carne Fraca e na Lava-jato, o acordo afastou expressamente o processamento pela LIA.

Por todo o exposto, o presente trabalho considera o Acordo de Leniência um substrato para apuração de crimes de corrupção que também devem ser inseridos no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, por meio de uma releitura dos princípios da Administração pública e os postulados que orientam o processamento dos sujeitos de maneira justa, sem fugir da função maior da lei que é garantir celeridade e eficiência na responsabilização, realizando a justiça social e estabilização das normas, de maneira que guardem entre si a coerência para promoção da justiça social.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2016.
- AMORIM, Daniel Assumpção Neves; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 11, p. 42-73, jul./set. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/aeticle/download/47562/44776>>. Acesso em: 25 set. 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 ago. 2018.
- _____. Assessoria de Comunicação Social – CADE. **CADE celebra acordo de leniência no âmbito da Operação Lava Jato**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201coperacao-lava-jato201d/hc-versao_publica.pdf>. Acesso em: 08 out. 2018.
- _____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.
- _____. Procuradoria da República no Paraná. **Termo de Leniência: Operação Lavajato**. Paraná, 2014. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2014/12/44_ANEXO2-leni.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 239.300**. Agravante: Advocacia-Geral da União. Agravado: Enídio Vieira de Aguiar. Min. Og Fernandes, Segunda Turma. Brasília, DF, 01 de julho de 2015. Diário da Justiça, Brasília-DF, fls. 65, 07 de abril de 2016. Disponível em: <<http://dj.stj.jus.br/20160407.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2018.
- _____. Lei Federal nº 4.717, de 29 de junho de 1965. **Regula a ação popular**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.
- _____. Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.
- _____. Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e**

dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 12 ago. 2018.

_____. Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 2015. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 8 set. 2018.

_____. Lei Federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 27 set. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa:** obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade administrativa. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. Ministério Público Federal. **Acordo de Leniência:** Operação Carne Fraca. Brasília/DF, 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/acordo-leniencia>>. Acesso em: 09 out. 2018.

_____. Ministério Público do Estado do Pará. Núcleo de Combate à Improbidade Administrativa e Corrupção. **Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).** Belém, PA, 2017. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/59fe58kwkka3xju/LIA%20Comentada%202017.pdf?dl=0>>. Acesso em: 08 set. 2018.

_____. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.** Brasília/DF, 2016. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-onu/arquivos/cartilha-onu-2016.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

_____. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. **Convenção da OCDE contra o Suborno Transnacional.** Brasília/DF, 2016. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n.6, p.145-186, out./dez. 2008.

CARVALHO, José Murilo de. **A Construção Nacional: 1830-1889**. 1. ed. Vol. 2. São Paulo: Objetiva, 2012.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador-BA: Editora Jus Podivm, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CASTELLA, Gabriel Morettini E. **Acordo de Leniência e segurança jurídica: o que muda com a Lei 13.655/2018**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-de-leniencia-e-seguranca-juridica-o-que-muda-com-a-lei-13-655-2018-12072018>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-06/mesmo-proibicao-acordo-acao-improbidade-continuar>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

DAÓLIO, Fernanda Barreto Miranda. **Os impactos da perda de vigência e eficácia da MP 703 nos acordos de leniência**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/os-impactos-da-perda-de-vigencia-e-eficacia-da-mp-703-nos-acordos-de-leniencia/16612>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 10. ed. Vol. 4. Salvador-BA: Editora Jus Podivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

GAJARDONI, F. F. et al. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79131456.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IBDA. **Direito Administrativo Consensual, Acordo de Leniência e Ação de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <http://www.bmalaw.com.br/arquivos/Artigos/artigo_ibda_jgb.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 1. ed. Tradução de João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. **O Acordo de Leniência e a Lei de Improbidade Administrativa: Uma Integração Necessária**. 2017. 224 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Marília-SP: Universidade de Marília, 2017.

MARTINS, Tiago do Carmo. **Conciliação em ação por Improbidade Administrativa**.

Disponível em:

<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109233/conciliacao_acao_improbidade_martins.pdf>. Acesso em: 4 set. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 129-156, jan./mar. 2003.

NOTARI, Marcio Bonini. As Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil no combate à Corrupção. **Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica**, v.1, n. 1, p. 60-77, jan./jun. 2017. Disponível em:

<<https://revistas.pucsp.br/index.php/DIGE/article/view/32771/22625>>. Acesso em: 16 out. 2018.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção. **R. Bras. de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/03/acordo-leniencia-lei-anticorruptao.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

SILVA, Frederico Rodrigues. A Relatividade do Interesse Público: Um Estudo Comparado. **RVMD**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 460-517, jul./dez. 2011. Disponível em:

<<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/3126/1937>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 42, p. 135-170, jul./set. 2005.

ZARDO, Francisco. **Validade dos Acordos de leniência em ações de improbidade**.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-25/francisco-zardo-validade-acordos-aco-es-improbidade>>. Acesso em: 15 ago. 2018.