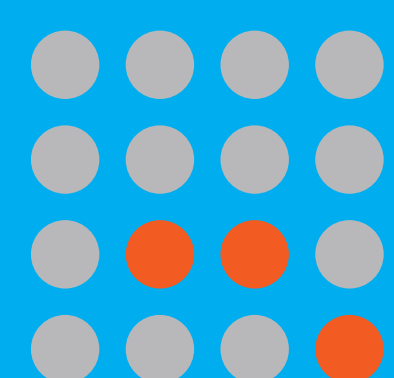


# GOVERNANÇA CORPORATIVA E CORRUPÇÃO

**Paulo de Tarso Domingues**

**Ana Flávia Messa**

(Coords.)



**OBEGEF**  
Observatório de Economia  
e Gestão de Fraude

## GOVERNAÇÃO CORPORATIVA E CORRUPÇÃO

Coordenadores: Paulo de Tarso Domingues · Ana Flávia Messa

Editor: Húmus / OBEGEF

Edição: Maio de 2019

ISBN: 978-989-755-407-0

Localização web: <http://www.gestaodefraude.eu>

Preço: gratuito na edição electrónica, acesso por download.

Solicitação ao leitor: Transmita-nos a sua opinião sobre este trabalho.

©: É permitida a cópia de partes deste documento, sem qualquer modificação, para utilização individual.

A reprodução de partes do seu conteúdo é permitida exclusivamente em documentos científicos, com indicação expressa da fonte.

Não é permitida qualquer utilização comercial. Não é permitida a sua disponibilização através de rede electrónica ou qualquer forma de partilha electrónica.

Em caso de dúvida ou pedido de autorização, contactar directamente o OBEGEF ([obegef@fep.up.pt](mailto:obegef@fep.up.pt)).

## Índice

- 5 Apresentação
- 6 Transparência: instrumento essencial para o combate da corrupção no âmbito da Administração Pública Brasileira  
*Ana Flávia Messa*
- 39 A corrupção e a “sobrevivência” da democracia: um retrato de Portugal  
*José Neves Cruz*
- 80 Corrupção nas estatais e novas regras de governança e fiscalização  
*Irene Patrícia Nohara*
- 109 Novas luzes sobre a ciência jurídica: a (inevitável) reaproximação da ética ao direito em tempos do pós-positivismo  
*Carlos Eduardo Nicoletti Camillo*
- 130 Corrupção e seus efeitos sob os Direitos Humanos  
*Antônio Ernani Pedroso Calhao*
- 161 A governação corporativa nas empresas em crise  
*Alexandre Alves Lazzarini*
- 178 Acordo de leniência no âmbito penal e administrativo  
*Everton Luiz Zanella*

- 205 A advocacia pública no combate à corrupção  
*Cíntia Bocchi Sonoda*  
*João Luiz Martins Esteves*
- 232 Corrupção na atividade econômica privada:  
interesses públicos e privados envolvidos  
*Fabiano Del Masso*
- 252 A responsabilidade civil individual dos gestores  
empresariais por atos de corrupção  
*Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel*
- 274 A Lei Anticorrupção no direito administrativo  
brasileiro  
*Antonio Cecilio Moreira Pires*  
*Lilian Regina Gabriel Moreira Pires*

# Apresentação

Reúne-se neste livro uma grande parte das intervenções proferidas no Congresso luso-brasileiro, que a Faculdade de Direito da Universidade do Porto e a Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie de S. Paulo organizaram, em conjunto, sobre o tema “Governança Corporativa e Corrupção” e que teve lugar nos dias 11 e 12 de janeiro de 2018, na Reitoria da Universidade do Porto.

Esta é, inquestionavelmente, uma matéria de uma atualidade e importância enormes, uma vez que a corrupção está a minar os alicerces das sociedades democráticas modernas, como resulta, desde logo, dos recentes escândalos mediáticos ocorridos seja no Brasil seja em Portugal.

O objetivo do Congresso, que reuniu especialistas dos dois lados do Atlântico, foi especialmente o de analisar o fenómeno da corrupção, no setor público e no setor privado, bem como as respostas e soluções que o Direito pode proporcionar para combater este flagelo.

Os textos que agora se reúnem neste livro suscitarão seguramente o interesse não apenas de juristas, mas também de todos quantos se debruçam sobre este fenómeno.

Uma última palavra, de agradecimento, é devida ao OBE-GEF, e em especial ao seu Diretor, Professor Carlos Pimenta, por ter aceitado publicar estas atas do Congresso.

Os coordenadores científicos  
*Paulo de Tarso Domingues*

(Faculdade de Direito da Universidade do Porto)

*Ana Flávia Messa*

(Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana  
Mackenzie de S. Paulo)

# Transparência: Instrumento Essencial para o Combate da Corrupção no Âmbito da Administração Pública Brasileira

ANA FLÁVIA MESSA<sup>(1)</sup>

**Resumo:** Embora não haja Administração Pública que seja imune à corrupção, e com a constatação de que esse fenômeno multidimensional ameaçador à estabilidade e segurança das sociedades ocasiona aumento de pobreza e o descrédito das instituições democráticas, a proposta deste artigo é analisar a importância da transparência no combate da corrupção.

**Palavras-Chave:** transparência - corrupção - visibilidade - esclarecimento - abertura - democratização.

**Abstract:** Although there is no Public Administration that is immune to corruption, and with the realization that this multidimensional phenomenon threatening the stability and security of societies leads to an increase in poverty and the discrediting of democratic institutions, the proposal of this article is to analyze the importance of transparency in the fight corruption.

**Keywords:** transparency - corruption - visibility - clarification - openness - democratization.

**Sumário:** 1. Corrupção Administrativa. 2. A Corrupção como Patologia na Gestão Pública Brasileira. 3. Corrupção e Democracia. 4. Combate da Corrupção na Gestão Pública. 5. Administração Pública Inclusiva. 6. Administração Pública Aberta. 7. Administração Pública Anticorrupção. 8. Referências Bibliográficas.

---

(1) Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutoranda pela Universidade de Coimbra. Doutoranda pela Universidade de São Paulo. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Membro do Conselho Científico da Academia Brasileira de Direito Tributário. Membro do Conselho Editorial da International Studies on Law and Education. Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

## 1. Corrupção Administrativa<sup>(2)</sup>

O agente público possui um encargo de defender os interesses da coletividade, atuando como uma espécie de cavaleiro cruzado<sup>(3)</sup> da legalidade e da moralidade pública, buscando o bem comum de forma mais eficiente possível.

No momento em que os agentes públicos, representativos do agir administrativo não se comportam em conformidade com os comandos jurídicos, no exercício legítimo das atribuições jurídico-constitucionais, derivadas das competências postas a seu encargo, descumprindo suas finalidades, sua conduta estará eivada de vício de abuso de poder, ato abusivo e arbitrário que, como tal, é ilegítimo e ilegal<sup>(4)</sup>.

O abuso de poder<sup>(5)</sup> pode ser manifestado de diferentes formas, sendo que uma delas é o desvio da finalidade pública<sup>(6)</sup>, caracterizado pelo rompimento do pressuposto moral de que os agentes públicos agem dentro da lei e no cumprimento dos

---

(2) Na sua dimensão substancial, a corrupção se manifesta de diversas formas, indo desde pequenas fraudes até altas transações ilícitas. Geralmente conhecida pelos atos cometidos por agentes públicos, como o recebimento de propina e suborno, a corrupção penetra também no ambiente privado (abuso do poder ou improbidade no processo de tomada de decisões).

(3) BIELSA, Rafael. *Princípios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1942.

(4) JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

(5) No abuso de poder há a prática do ato administrativo, calcada no poder de agir do agente, mas direcionada à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal (TÁCITO, Caio. *O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 1-12. abr/jun. 2002. p. 2); "O abuso de poder ocorre quando o poder é usado anormalmente por órgão público sem competência para o ato, ou se competente, para satisfazer interesse particular em detrimento do interesse social" (LAZZARINI, Álvaro. *Abuso de Poder X Poder de Polícia*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46688/46647>. Acesso em 22/02/2017).

(6) "(...) la moralidade de la actuación del funcionario, la bondade o maldad de su conducta, debe juzgarse em relación com la finalidad del servicio público, del bien común, que justifica la propia existencia de la Administración" (RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *La Dimensión Ética*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 294).

legítimos fins contemplados na norma<sup>(7)</sup>, e que somado ao proveito privado pela obtenção da vantagem indevida, geram a corrupção administrativa, com conotações surpreendentes e desalentadoras no contexto brasileiro<sup>(8)</sup>.

São dois elementos da corrupção administrativa: *a) finalístico*: em que a corrupção é identificada pela obtenção da vantagem indevida; *b) substancial*: manifestada pelo abuso do ofício público em proveito do privado. Neste sentido acentua GARCIA que desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção<sup>(9)</sup>.

Na corrupção administrativa, o agente ao utilizar a máquina pública em proveito próprio, para obter vantagem indevida, afasta-se do espírito da lei<sup>(10)</sup>, em violação ao patrimônio público e à moralidade. Há uma confusão entre o patrimônio público com o privado, caracterizada pelo desvio na realização do interesse coletivo com a não preservação da dignidade das instituições, em flagrante desrespeito ao dever da boa administração e na preservação de valores éticos.

Além de englobar diversos tipos e níveis de degradação dos valores éticos nas administrações públicas com o uso indevido do poder público para proveito privado, a corrupção administrativa conectada a práticas de violação nos deveres de

(7) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial nº 1337768/MG Relator: Ministro Olindo Menezes. Órgão julgador: Primeira Turma. DJe 19/11/2015.

(8) SARMENTO, George. *Aspectos da investigação dos atos de improbidade administrativa*. Revista do Ministério Público: Alagoas. n. 1, jan./jun., Maceió: MPE/AL, 1999, p. 91. (p.91-116).

(9) ALVES, Rogério Pacheco & GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, página 7.

(10) PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Márcio Fernando & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 39; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1129668 - RS. Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Órgão julgador: Decisão Monocrática. Data do julgamento: 29/08/2013.



moralidade e lealdade para com a coletividade, implica num processo de desvirtuamento do legítimo encargo do administrador de defender, conservar e aprimorar os interesses da coletividade.

## 2. Corrupção como Patologia na Gestão Pública Brasileira

A corrupção representa uma prática ínsita à cultura de determinadas localidades. Na análise do cenário brasileiro, a corrupção tem uma conotação cultural vinculada à herança colonial e imperial patrimonialista<sup>(11)</sup> marcada pela indistinção entre as noções de público e privado, ambiente em que os nobres governantes convertiam os palácios em suas casas sem lei que não a do seu próprio interesse e da sua própria vontade<sup>(12)</sup>. Trata-se de uma cadeia causal, na qual numa administração predominantemente patrimonialista, em que se confundiam a *res publica* e a propriedade da Coroa mostra-se como ambiente adequado à perpetração da corrupção administrativa, com ausência de uma cultura do público<sup>(13)</sup>.

A corrupção administrativa representativa da deturpação do poder administrativo, forma de abuso na esfera pública, revelada por diversas práticas, que podem ou não estar abran-

(11) FILGUEIRAS, Fernando. *A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social*. In: *Opinião Pública*. Campinas, v. 15, n. 2, p. 386-421, nov. 2009.

(12) ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O Ministério Público, os movimentos sociais e os poderes públicos na construção de uma sociedade democrática*. In: *Boletim de Direito Administrativo*, n. 8, ago./1998, p. 499, (p.495 - 503); Da mistura dos nobres governantes com os degredados enviados por Portugal nos primórdios de nossa colonização, sobrou-nos a tradição das vestes talares e da corrupção (ORTIZ, Carlos Alberto. *Improbidade administrativa*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*. Vol. 7. n. 28. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, p. 21. out./nov./dez. de 1994).

(13) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 804392 - GO. Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES. Órgão julgador: Decisão Monocrática. Data do julgamento: 01/12/2015.

gida em tipos criminais, é uma patologia<sup>(14)</sup> cuja ocorrência é tida como uma espécie de má gestão pública<sup>(15)</sup> nas sociedades contemporâneas, difundindo-se no contexto da globalização<sup>(16)</sup> e, no processo, adquirindo conotações econômicas, políticas e culturais.

O problema de corrupção<sup>(17)</sup> é algo que atinge todos os países do mundo, pois sendo um crime contra a humanidade, ganha uma dimensão transnacional que implica no interesse de seu combate através de uma cooperação internacional com medidas que visem promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos<sup>(18)</sup>. Uma verdadeira epidemia de atos corruptos foi notícia dos veículos de comunicação na sociedade mundial nas últimas décadas, principalmente após década de 90 com o avanço dos meios digitais de comunicação.

---

(14) "bureaucratic corruption has been regarded as a particularly viral form of bureaucratic pathology. 'Once it enters the blood of a public organization, it spreads quickly to all parts. If it is not diagnosed and treated it will eventually destroy public credibility and organizational effectiveness. Even if treated, there is no guarantee that it will be eliminated or that all infected areas will be reached'" (HOPE, Ronald. *Politics, bureaucratic corruption, and administration in the third world*. In: *Revue Internationale des Sciences Administratives*. Bruxelles, v. 51, n.1. p. 1-6, 1985).

(15) "(...) é tal o nível de degradação dos valores éticos nas Administrações Públicas, que parece que a questão se centra na corrupção, quando esta constitui tão somente um, embora seja o mais grave, dos atentados à ética em que pode incorrer um servidor público" (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. *La ética en la administración pública*. Madrid: Civitas, 1996, p. 31/32).

(16) "(...) o aumento das transações comerciais e o constante fluxo de capitais entre países em muito contribui para a sua proliferação....A globalização também se apresenta como elemento estimulador da corrupção na medida em que realça e aproxima das desigualdades de ordem econômica, social, cultural e jurídica, o que permite a coexistência de realidades que em muito destoam entre si" (GARCIA, Emerson & ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 24-25).

(17) "ato ou efeito de deterioração, decomposição física de algo, putrefação, depravação de hábitos, costumes, devassidão, ato, processo ou efeito de subornar uma ou mais pessoas em causa própria ou alheia, ger. com oferecimento de dinheiro; suborno etc." (HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Ed. Objetiva. Rio de Janeiro, 2009).

(18) BRASIL. Decreto nº 5687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Diário Oficial da União 01.02.2006.

A corrupção representa prejuízo no desenvolvimento, gerando altos custos econômicos. A jurista Kimberly Ann Elliott<sup>(19)</sup> expõe que a corrupção é uma das mais dramáticas mazelas que assolam o mundo globalizado, já que enfraquece a legitimidade política, provoca desperdício de recursos, afeta o comércio internacional e o fluxo dos acontecimentos.

A afirmativa de Elliott faz referência ao problema da má gestão pública derivada da corrupção, que é constante razão de atraso, miséria e dos incontáveis escândalos envolvendo uso indevido das atribuições públicas para obtenção de benefícios privados. Revelada por práticas criminalizadas em vários Estados, é uma patologia que prejudica o governo honesto, distorce as políticas públicas, leva à má alocação de recursos e prejudica o desenvolvimento do setor privado.

### 3. Corrupção e Democracia

A corrupção administrativa como fator da ilegitimidade das instituições públicas, tem impacto negativo no desenvolvimento e prosperidade do Estado, seja no processo de escolha dos administradores, seja no exercício de seu poder, compromete os valores da democracia<sup>(20)</sup>, pois quando são cometidos abusos de poderes confiados para alcançar benefício pessoal, individual ou coletivo, direto ou indireto, há o distanciamento que

(19) ELLIOTT, Kimberly Ann. *A Corrupção e a Economia Global*. Brasília: Editora UNB, 2002.

(20) "Enquanto modelo ideal, a democracia pressupõe que o povo escolha pelo voto os seus representantes, que irão governá-lo. Pretende que nessa escolha o eleitor não leve em conta senão as qualidades do candidato e seu programa de atuação. Reclama que o eleito aja em vista exclusivamente do interesse geral, doa o que doer, custe o que custar. E tanto povo, como governante, nada devem esperar em troca de sua participação, exceto a satisfação do dever cumprido" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Corrupção e democracia*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 226, p. 213-218, Rio de Janeiro, out/dez 2001).

os cidadãos sentem em relação aos seus gestores públicos, gerando perda da confiança do público<sup>(21)</sup>.

Os abusos representativos da má conduta dos servidores contra o interesse público identificados com a obtenção de vantagens econômico-financeiras ilegais por parte dos agentes envolvidos, como no caso do “petrolão”, ou pela busca do poder melhor acomodação política, como no caso do “mensalão”, demonstram que os administradores públicos em sua atuação não estão apresentando resultados esperados de uma gestão concreta dos assuntos da sociedade.

O distanciamento causado pela corrupção com prejuízos imensuráveis, dentre várias causas, decorre de uma falha democrática no exercício do poder administrativo, identificada por três fatores reveladores do comprometimento com as características de inclusão na estruturação de uma administração pública democrática.

O primeiro fator diz respeito ao cumprimento do compromisso com a ideia do acesso à informação pública. No campo da informação pública não procedimental, a falta da transparência decorre de três déficits: *a) déficit de comunicação; b) déficit de proteção; c) déficit de estrutura.*

*O déficit de comunicação* está ligado ao problema da falta de qualidade da informação pública, que é revelada pela escassez da informação, informação incompleta, informação genérica, linguagem técnica com falta de clareza na compre-

---

(21) “O governo constitucional nos Estados Unidos está fundado no princípio de que a autoridade governamental é derivada do consentimento dos governados. (...) A noção de que agentes públicos, possuam ou não um cargo eletivo, devem ser responsáveis perante os cidadãos tem, assim, contornos constitucionais. A confiança do público é vital para o sucesso de um governo democrático” (Disponível em [http://www.oecd.org/document/40/0,3343,fr\\_2649\\_34135\\_2731816\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/40/0,3343,fr_2649_34135_2731816_1_1_1_1,00.html). Acesso em 28/07/2011).

---

ensão dos dados disponíveis. *O déficit de proteção* é referente à falta de critérios para negativa de informações para que as informações sigilosas sejam classificadas em conformidade com o devido respaldo legal, e fundamentadas em ponderações legítimas; falta de medidas que estimulem a promoção do governo aberto. *O déficit de estrutura* causado pela lógica dos arquivos públicos estruturados para não atender as necessidades dos cidadãos-usuários, além da criação de exigências indevidas dificultando o acesso.

O segundo fator se refere ao fato da gestão pública com a participação do cidadão. No campo da gestão pública democrática, a falta da transparência decorre não apenas do problema da falta de educação cívica, fomentada pela inobservância pelos próprios administradores públicos da legislação que faz previsão dos canais de participação popular, muito embora o componente digital tenha realizado algum progresso na conscientização dos cidadãos em seus direitos, mas também de uma verdadeira apatia política decorrente da falta de estímulo para ação cidadã causada pela falta de informação sobre os direitos e deveres dos cidadãos.

E por fim, o terceiro relacionado com a criação de um ambiente de integridade pública com o comprometimento ético na gestão pública. No campo da integridade pública, a falta da transparência decorre da inobservância das práticas de boa administração pública.

## 4. Combate da Corrupção na Gestão Pública

A corrupção administrativa é um risco que faz parte da vida cotidiana, mesmo nas sociedades mais desenvolvidas e esclarecidas, que deve ser combatido com meios previstos na ciência jurídica. Se os riscos fazem parte da realidade social, seu combate de forma planejada e sistêmica através de procedimentos estruturados, com função preventiva e/ou repressiva é essencial para que os indivíduos consigam conduzir o desenvolvimento de suas relações e sobreviver num mundo em constante transformação e crescente competitividade.

Em diferentes épocas e lugares, há inúmeros métodos ou tecnologias de combate dos riscos na gestão pública, destacando-se os de cunho preventivo que visam dominar eventos que possam ocorrer no futuro, para aumentar a probabilidade e os impactos dos eventos positivos na sociedade contemporânea, criando valor público.

O combate da corrupção na gestão pública consiste na aplicação de princípios e processos no exercício da capacidade administrativa do governo visando defender e promover o bem público, e uma gestão pública mais próxima do referencial da efetividade, promovendo a qualidade dos serviços públicos e a eficácia das políticas públicas. Combater a corrupção em nome do bem comum é um desafio que cada vez mais os países de todo o mundo têm tido de enfrentar.

Neste contexto, o que se sustenta aqui é que, considerada a necessidade de viabilizar o combate à corrupção, o objetivo é estruturar uma Administração Pública transparente. O conteúdo essencial dessa forma de gestão pública envolve o dever

de incluir mecanismos democráticos à Administração Pública, relacionadas com a formação de políticas públicas e decisões, e expandir o conceito de responsabilização de um processo de intervenção penal de permanente emergência para a responsabilização pública visando resultados sociais e sistêmicos de anticorrupção.

Pela inclusão democrática, já se pode adiantar, entende-se o dever da Administração Pública de incluir no funcionamento da gestão pública medidas de participação e controle sociais, de forma a remover barreiras que impeçam a cidadania, além da abertura da gestão pública na divulgação de suas atividades à sociedade.

Quanto ao conteúdo da responsabilização pública voltada à anticorrupção, ela deve conter ações e medidas e abordar necessariamente três eixos básicos: *a) o eixo da prevenção* que visa evitar a corrupção, bem como orientar aos agentes público e à sociedade sobre os valores de uma administração proba e ética; *b) o eixo da detecção* com a intensificação e melhoria dos processos de investigação e controle estatal, incluindo articulação interinstitucional entre órgãos de controle de desvios e irregularidades; *c) o eixo de repressão*, com subordinação à possibilidade de sanções por meio da responsabilização jurídica dos agentes públicos decorrentes de atos de corrupção contra Administração Pública brasileira.

## 5. Administração Pública Inclusiva

A razão fundamental da transparência na gestão da coisa pública como instrumento de prevenção e combate à corrup-

ção é a exigência de participação da comunidade no controle dos gastos públicos. A participação de todos os segmentos da sociedade na fiscalização dos atos praticados pelo administrador público contribui para evitar práticas e ações referentes ao uso inadequado dos bens públicos.

No contexto de que o incremento da transparência na gestão pública constitui um dos pontos nevrálgicos no combate da corrupção e de que sua agregação na atuação administrativa por meio da participação da sociedade é, sem dúvida, um expediente necessário para tanto, é necessário o desenvolvimento condições e arranjos institucionais que desenvolvam uma proximidade da Administração Pública com o cidadão, no sentido de permitir e facilitar o acompanhamento público da atuação administrativa.

Para viabilizar a proximidade entre a Administração Pública e a sociedade, coerente com uma conformação mais substancial do princípio da publicidade na experiência democrática: a) *a condição necessária* é o desenvolvimento de um trabalho de mobilização e conscientização da sociedade civil, estimulando a ativação na cidadania; b) *como requisito estrutural*, o funcionamento da Administração Pública, como organização inclusiva, que interage com a sociedade, por meio de interlocução com os atores sociais e em defesa da própria cidadania. Uma organização com uma dinâmica para trocas comunicativas entre instituições e a sociedade, que favoreça a correlação entre a atuação da Administração Pública com as demandas, os interesses e as expectativas dos públicos e da sociedade.

Essa abertura administrativa depende de uma comunicação entre a Administração Pública e a sociedade como um



espaço para debate, a negociação e a tomada de decisões relativas à vida pública do país, e que é feita pela integração de três níveis:

a) *Uma dimensão organizacional*, com a formação de uma noção substantiva da responsabilidade democrática da Administração Pública, por meio de uma prestação de contas decorrente da gestão de bens e interesses da coletividade que crie no cidadão a capacidade de avaliar as contas públicas e o desempenho das políticas públicas. A ideia é o afastamento de uma noção tradicional de responsabilidade que segue a cadeia formal de prestação de contas.

Os cidadãos precisam de melhores avaliações da responsabilidade da Administração Pública, exigindo-se, para tanto, uma prestação de contas, que possua visibilidade administrativa, ou seja, que além de possibilitar a compreensão da atuação administrativa pela coletividade, tenha o potencial de fomentar o controle social no comportamento da Administração Pública, no sentido de avaliar não apenas a legalidade, mas a legitimidade na conduta administrativa.

A primeira noção importante, na trajetória substantiva da prestação de contas é inculcar nos responsáveis pela gestão pública de que a prestação de contas deve conter informações lançadas não apenas aos órgãos públicos responsáveis pela fiscalização, mas, também, por toda a sociedade brasileira, que, em última análise, é quem suporta o ônus de municiar o erário com tais recursos, mediante pesada carga tributária<sup>(22)</sup>.

(22) BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Agravo de Instrumento AG 0061380-97.2016.4.01.0000/MG. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Desembargador Federal Souza Pruden-

b) *Uma dimensão institucional*, entendida como controle social que compromete o cidadão na perspectiva da responsabilidade para o exercício da cidadania.

c) E, por último, *uma dimensão política* da transparência, entendida como a participação popular na construção de soluções para a gestão que a administração pública faz dos desafios pelas cidades, por meio de canais institucionalizados e procedimentais, enfeixado na Constituição, e que serve para estabelecer uma comunicação entre a Administração Pública e a sociedade.

## 6. Administração Pública Aberta

*Administração Eletrônica* é um processo evolutivo no uso das tecnologias de informação e comunicação pela Administração Pública<sup>(23)</sup> para promover não apenas a eficiência administrativa, mas também a efetividade no sentido de permitir o controle social e participação popular, com estruturas e medidas de facilitação de acesso à informação pública e para melhoria da prestação dos serviços públicos aos cidadãos<sup>(24)</sup>.

te. Data do julgamento: 29/03/2017. Data da publicação: 07/04/2017 e-DJF1; BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Cível AC 0001701-37.2016.4.01.3826 / MG. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Data do julgamento: 22/02/2017. Data da publicação: 06/03/2017 e-DJF1

(23) "É uma aplicação de tecnologias de informação e comunicação (TIC) para o desenvolvimento nacional objetivando a modernização da gestão pública, políticas públicas de universalização e políticas de caráter industrial de TIC" (POLIZELLI, Demerval L; OZAKI, Adalton M. *Sociedade da Informação: os desafios na era da colaboração e da gestão do conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 177); NAÇÕES UNIDAS. *Benchmarking E-Government: a global perspective*. New York: United Nations, American Society for Public Administration, 2002, p.1; OKOT-UMA, R. *Electronic Governance: Re-inventing Good Governace*. London: Commonwealth Secretariat London, 2001, p. 9.

(24) PACIFIC COUNCIL ON INTERNATIONAL POLICY. *Roadmap for e-government in the developing world*. Los Angeles: Pacific Council on Internation Policy, 2002, 31 p.6; SEIFERT, Jeffrey. *A primer on*

A partir dos anos 90, a ideia da Administração Pública Eletrônica no Brasil foi associada ao movimento de reforma gerencial do Estado e à expansão da oferta de serviços públicos ao cidadão pela Internet, visando maior eficiência e agilidade face uma Administração Pública estruturada consoante os pressupostos da burocracia weberiana, transmutando o cidadão em consumidor. Ao mesmo tempo, a ideia buscou criar sistemas de informação que conferisse um melhor desempenho na provisão de serviços públicos à população pela internet.

Apesar de a Administração Eletrônica surgir associada ao movimento gerencial de reforma do Estado, com incremento de temas como *accountability* e transparência, visando maior interação com os cidadãos, a sua implementação funcionou como fator de simplificação e facilitação de atos administrativos, com foco maior na gestão interna do que no atendimento do cidadão.

O uso das tecnologias da informação e comunicação, especialmente as que envolvem atividades em rede pelo governo em todo o espectro de suas atividades, serviu para aumentar o acesso e melhorar o fornecimento de serviços do governo para cidadãos, fornecedores e servidores<sup>(25)</sup>.

---

*e-Government: sectors, stages, opportunities, and challenge of online governance*. In: Report for Congress, New York, jan. 2003, p. 4; ZWEERS, K.; PLANQUE, K. *Electronic government: from a organizational based perspective towards a client oriented approach*. In: PRINS, J. E. J. (Ed.). *Designing E-government*. [S.l.]: Kluwer Law International, 2001, p. 92; MEDEIROS, P. H. R.; GUIMARÃES, T. A. *A relação entre governo eletrônico e governança eletrônica no governo federal brasileiro*. In: Cadernos EBAPE.BR, v. 3, n. 4, p. 1-18, 2005.

(25) VAZ, José Carlos. Artigo: *Perspectivas e Desafios para Ampliação do Governo Eletrônico nos Municípios Brasileiros*. Publicado em 2003, no Seminário Internacional Governo Eletrônico e Governo Locais, realizado em novembro de 2003 em Brasília/DF; PRADO, Otávio; LOUREIRO, Maria Rita Garcia. Artigo: *Governo Eletrônico, transparência e democracia: a publicação das contas públicas das capitais brasileiras*. 17º Congresso Brasileiro de Contabilidade, CFC, 2004.

Sob o mote da Administração Pública digital, um complexo processo de iniciativas da Administração Pública, a partir do início da década de 2000, visando ampliar a interação com o cidadão, com aprimoramento da qualidade e efetividade dos serviços e informações, como, por exemplo 1) a criação do Portal da Transparência com o objetivo de aumentar a transparência da gestão pública, possibilitando que cidadãos acessem e acompanhem onde são gastos os recursos públicos federais; 2) a criação do Programa Brasil Transparente, lançado em janeiro de 2013 e, instituído em 07 de fevereiro de 2013 abrange, por um lado, o uso das tecnologias de informação para o desenvolvimento de sistemas de apoio à gestão e ao controle do Estado e, por outro, envolve a difusão de informações para modernização da gestão administrativa e fiscal, integrando Administração Pública e sociedade<sup>(26)</sup>.

São as recomendações da OCDE aprovadas em julho de 2014 que inaugura um novo paradigma de atuação não meramente eletrônica, mas também digital fundamentada em três estratégias: a) informação (transparência, abertura e inclusão de processos e operações governamentais com criação de cultura orientadas a dados no setor público); b) participação (incentivo ao envolvimento de partes interessadas públicas, privadas e da sociedade civil na elaboração de políticas públicas e no desempenho e implementação de serviços públicos); c) segurança (gerenciamento de risco para lidar com questões de privacidade digital, incluindo adoção de medidas eficazes e

---

(26) PERSEGONA, Marcelo Felipe Moreira & ALVES, Isabel Tera Gama. *História da Internet: origens do e-gov. no Brasil*. In: Anais da Conferência Sulamericana em Ciência e Tecnologia aplicada ao Governo Eletrônico - CONeGOV, 2004. Disponível em: <http://www.i3g.org.br/editora/livros/conecov2004anais.pdf>.

adequadas de segurança para aumentar a confiança nos serviços governamentais)<sup>(27)</sup>. A partir da criação destas recomendações, reconhece-se a existência do uso das tecnologias digitais para criar valor público, com o objetivo de melhorar a informação e a prestação de serviços, incentivando a participação cívica.

Contudo, o principal promotor do modelo digital, com base nas recomendações da OCDE, foi política de Governança Digital (decreto nº 8638/16 e Portaria 68/16) efetivada por três eixos fundamentais: a) informação (assegurar à obtenção de informações pela sociedade, observadas as restrições legalmente previstas); b) participação (estimular a participação da sociedade na formulação, na implementação, no monitoramento e na avaliação das políticas públicas e dos serviços públicos disponibilizados em meio digital); c) prestação de serviços (gerar benefícios para a sociedade mediante o uso da informação e dos recursos de tecnologia da informação e comunicação na prestação de serviços públicos)<sup>(28)</sup>. Abriu-se, portanto, caminho para a formação a utilização pelo setor público de recursos de tecnologia da informação e comunicação com o objetivo de melhorar a disponibilização de informação e a prestação de serviços públicos, incentivar a participação da sociedade no processo de tomada de decisão e aprimorar os níveis de responsabilidade, transparência e efetividade do governo<sup>(29)</sup>.

(27) ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. Recommendation of the Council on Digital Government Strategies. 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2015.

(28) Artigo 1º, inciso I a III do Decreto nº 8638 de 15 de janeiro de 2016.

(29) Artigo 2º, inciso III do Decreto nº 8638 de 15 de janeiro de 2016.

Nesse contexto, a transparência como elemento de ligação na interação entre cidadão e a Administração Pública consubstanciada no poder do cidadão de aceder, processar e extrair informação necessária para interagir on-line com a Administração Pública, é revelado em três principais aspectos: a) informações de mais qualidade (atualizada e compreensível) e conteúdo referentes a processos, sem cadastros redundantes e inconsistentes entre si, com publicação de dados abertos; b) simplificação e ampliação no compartilhamento e integração de serviços eletrônicos de utilidade pública; c) atuação do suporte digital para a interação do cidadão na elaboração de políticas públicas<sup>(30)</sup>.

Nesta fase digital, podemos destacar como fator colaborador a Parceria para Governo Aberto. Desde 2011, é possível constatar a adesão de mais de 70 países na parceria para Governo Aberto consistente em soluções e desafios na melhoria da governança dos signatários em relação ao fortalecimento da transparência em relação à disponibilidade de informações governamentais para o público em geral e ampliação e incentivo da participação cívica na tomada de decisões e para melhoria da qualidade dos serviços públicos.

---

(30) PINHO, José António Gomes de. *Investigando portais de governo eletrônico de estados no Brasil: muita tecnologia, pouca democracia*. In: *Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, maio/jun. 2008, p. 474; PERRI, G. *Governo eletrônico, o que é?* Disponível em: [www.ebape.fgv.br/e\\_government/asp/dsp\\_oquee.asp](http://www.ebape.fgv.br/e_government/asp/dsp_oquee.asp). Acesso em: 17 abr. 2013; JARDIM, José Maria. *Capacidade governativa, informação, e governo eletrônico*. In: *DataGramZero*, v. 1, n. 5, out. 2000. Disponível em: <[http://www.dgz.org.br/out00/Art\\_01.htm](http://www.dgz.org.br/out00/Art_01.htm)>. Acesso em: 18. jul. 2013; VILELLA, Renata Moutinho. *Conteúdos, usabilidade e funcionalidade: três dimensões para a avaliação de portais estaduais de governo eletrônico na web*. 2003. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) - ECI/UFMG, Belo Horizonte, 2003, p. 25.

## 7. Administração Pública Anticorrupta

Neste contexto, o *primeiro eixo parte da prevenção* com a necessidade de ações de prevenção e orientação para impedir o problema da corrupção, visando garantir a correta aplicação dos recursos públicos, com o desenvolvimento de um sistema amplo de integridade pública e fortalecimento da integridade corporativa, com o desenvolvimento dos princípios da ética no ambiente das organizações.

Uma das medidas é a normatividade de orientação de conduta ética dos agentes públicos na prática de atos administrativos. No direito brasileiro há a consagração constitucional (CF/88) dos princípios de fomento ao elemento ético na conduta administrativa, no artigo 37, *caput*, da constituição federal, com a previsão dos princípios da moralidade, impessoalidade e publicidade. Além da normatividade constitucional, surgem normas infraconstitucionais de aplicação obrigatória por todos os entes públicos, especificando a aplicação dos vetores constitucionais nos âmbitos de atuação administrativa, e/ou regulamentando o tema na prática dos atos administrativos.

Além dos códigos de conduta, surgem medidas que reforçam a capacidade da administração de se dotar de sistemas normativos que articulados, permitam uma gestão ética. Neste quadro surgem atos administrativos normativos, que complementam a normatividade já existente, com divulgação interna e externa, reforçando as diretrizes éticas para nortear a atuação dos agentes públicos.

Além da normatividade, qualifica ainda a ação administrativa como íntegra, a divulgação ampla de práticas e resultados

daquilo que são consideradas diretrizes éticas básicas para nortear a atuação dos agentes públicos, e sua oferta em caráter constante. Neste sentido, é imperativo confecção de “Boletins da Ética”, com informações claras sobre as condutas éticas e boas práticas, bem como os resultados positivos a partir da gestão da ética na administração pública.

Outra ideia é o monitoramento da evolução patrimonial significa o conjunto de mecanismos que permitem aferir a licitude da evolução patrimonial. Trata-se de uma verificação da compatibilidade desta evolução com os recursos e disponibilidades do agente público. O monitoramento pode ser feito por declaração de atividades, relacionada com a verificação dos rendimentos de outras fontes que não os cofres públicos, ou por declaração de bens.

Em relação à promoção da ética pública, no caso de confronto entre interesses público e privado, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública, independentemente de lesão ao patrimônio público ou ganho pelo agente público ou por terceiro, durante e após o exercício do cargo ou emprego, a lei nº 12813/13 trouxe um sistema preventivo fundamentado em três planos orientados pela diretriz de que todos os ocupantes de cargo ou emprego no Poder Executivo federal deverão agir de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada:

a) plano educacional: com a elaboração e divulgação de materiais de orientação sobre o tema;



b) plano consultivo: com a possibilidade de o agente público consultar órgãos competentes para solucionar dúvida na ocorrência da situação de conflito de interesses, seja pela consulta em dúvida sobre a existência de conflito de interesses em alguma situação concreta, individualizada, seja pelo pedido de autorização para o exercício de atividade privada (ambos os mecanismos estão previstos na Portaria Interministerial nº 333, da Ministra do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministro Chefe da Controladoria-Geral da União, de 19 de setembro de 2013);

c) plano obrigacional: com a previsão de vedações aplicáveis a todos durante exercício do cargo ou emprego público, das regras e obrigações da Lei aplicáveis somente a um grupo específico de agentes públicos cuja atividade proporcione acesso sistemático a informações privilegiadas.

Além do desenvolvimento de um sistema amplo de integridade pública e fortalecimento da integridade corporativa, deve-se ampliar o controle social sobre a Administração Pública.

Com o fim da ditadura militar e a promulgação da atual Constituição Federativa do Brasil - CF/88, o controle social passou a ter papel de destaque na administração pública. Na própria Constituição Federal de 1988 surgem mecanismos de fiscalização cidadão, como a ação popular, utilizada por qualquer cidadão para impugnar atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, nos termos do artigo 5º,

inciso LXXIII. Em relação à ampliação do controle social, surge dois marcos regulatórios, um fiscal, com a lei complementar nº 131/09, e outro, geral, com a lei ordinária federal nº 12527/11.

A Lei Complementar nº 131/09<sup>(31)</sup>, que alterou a redação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) no que se refere à transparência da gestão fiscal, determina a disponibilização, em tempo real (em meio eletrônico que possibilite amplo acesso público, até o primeiro dia útil subsequente à data do registro contábil no respectivo sistema, sem prejuízo do desempenho e da preservação das rotinas de segurança operacional necessários ao seu pleno funcionamento), das informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, das orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Outro marco é a lei de acesso à informação que inaugura um era de organizações públicas abertas em relação a informações sobre planos, regras, processos e ações. Nesta lei, reconheceu-se a existência de uma série de dispositivos que buscam facilitar e desburocratizar o acesso às informações públicas, o que beneficia a gestão pública e propicia o desenvolvimento de uma cidadania participativa. Contudo, a principal promotora do modelo de Administração Pública aberta foi o decreto nº 7724/12, que regulamenta os procedimentos para garantia do acesso à informação e para classificação de informação sobre restrição de acessos.

---

(31) A Lei complementar nº 131/09 foi regulamentada: a) pelo decreto nº 7.185, de 27 de maio de 2010, que define o padrão mínimo de qualidade do sistema integrado de administração financeira e controle, nos termos do inciso III, parágrafo único do art. 48 da LRF; b) e pela Portaria nº 548, de 22 de novembro de 2010 da Secretaria do Tesouro Nacional também editou a, que estabelece os requisitos mínimos de segurança e contábeis do sistema integrado de administração financeira e controle utilizado no âmbito de cada ente da Federação, adicionais aos previstos no Decreto nº 7.185, de 27 de maio de 2010.

Além dos marcos regulatório, surgem iniciativas da Administração Pública de permitir que qualquer cidadão possa acompanhar os programas e as ações de Governo: a) Lei nº 9.755/98 que dispôs sobre a criação de *homepage* intitulada "Contas Públicas" ([www.contaspublicas.gov.br](http://www.contaspublicas.gov.br)) na *Internet*, pelo Tribunal de Contas da União; b) a criação em novembro de 2004, do Portal da Transparência pela Controladoria-Geral da União - CGU.

*O segundo eixo é identificar os atos de corrupção para que seja promovida a apuração das responsabilidades. Essa detecção revela-se na intensificação e melhoria dos processos de investigação e controle estatal, incluindo articulação interinstitucional entre órgãos de controle de desvios e irregularidades.*

A Lei 12813/03 previu para fiscalizar e avaliar o conflito de interesses envolvendo ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal, a Comissão de Ética Pública (ocupantes dos seguintes cargos e empregos ministro de Estado; de natureza especial ou equivalente; de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 6 e 5 ou equivalentes) e a Controladoria Geral da União (para os demais servidores e empregados públicos).

A partir de abril de 2003 foi criado um Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos, ou seja, um programa de fiscalização *in loco* em Municípios a partir de sorteios públicos, com base no sistema das loterias da Caixa Econômica Federal. Ins-

tituído em caráter definitivo pela CGU por meio da Portaria n.º 247, de 20/6/2003, do então Ministro de Estado do Controle e da Transparência, Waldir Pires, para garantir maior transparência e visibilidade à gestão governamental, e assegurar a correta aplicação dos recursos públicos, em benefício da população. A partir de 2015, o programa foi aprimorado e rebatizado de Programa de Fiscalização em Entes Federativos, com organização por ciclos, e agregação de outras formas de seleção na definição dos entes a serem fiscalizados, como Censo e Matriz de Vulnerabilidade.

Em 2005, surge pelo Decreto n.º 5480/05, o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal para apuração de irregularidades, no âmbito do Poder Executivo Federal, por meio da instauração e condução de procedimentos correccionais, por meio da investigação preliminar, a inspeção, a sindicância, o processo administrativo geral e o processo administrativo disciplinar.

O Sistema de Correição é integrado por um órgão central (a Controladoria-Geral da União); por um órgão consultivo (Comissão de Coordenação de Correição); por unidades setoriais (unidades específicas de correição para atuação junto aos Ministérios); unidades seccionais (unidades específicas de correição nos órgãos que compõem a estrutura dos Ministérios, bem como de suas autarquias e fundações públicas); e órgão especial (Secretaria de Controle Interno da Casa Civil da Presidência da República que exercerá atribuições de unidade seccional de correição dos órgãos integrantes da Presidência da República e da Vice-Presidência da República, com exce-

ção da Controladoria-Geral da União e da Agência Brasileira de Inteligência).

Um importante instrumento de detecção da corrupção para posterior criação de mecanismos preventivos e repressivos no combate da corrupção com a iniciativa da Controladoria Geral da União em parceria com a Transparência Brasil foi, em caráter experimental, em 2006, a criação de uma metodologia de mapeamento de riscos à corrupção. Neste cenário, busca-se identificar vulnerabilidades a desvios de recursos e possível influência de interesses indevidos nos diferentes processos de trabalho dos entes públicos<sup>(32)</sup>.

Em 2007, o Governo Federal afirma que um dos eixos que fundamentam a estratégia de melhoria da gestão é o combate da corrupção por meio da articulação e integração entre os órgãos de defesa do Estado.

Em 2011, a Lei de Acesso à Informação inclui o artigo 126-A na Lei nº 8112/90 criando uma proteção do servidor denunciante sobre os atos de corrupção consistente na garantia de não sofrer qualquer tipo de responsabilidade civil, penal ou administrativa.

A denúncia geradora da proteção deve ser feita à autoridade superior (chefe imediato do servidor) ou quando houver suspeita de envolvimento desta a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crime ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício do cargo, emprego ou função (neste

---

(32) Disponível em: [http://www.pm.al.gov.br/intra/downloads/bc\\_corrupcao/cor\\_04.pdf](http://www.pm.al.gov.br/intra/downloads/bc_corrupcao/cor_04.pdf). Acesso em: 10/02/2014

caso deve ser o superior do chefe imediato do servidor)<sup>(33)</sup>.

Essa proteção é limitada aos servidores públicos federais. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa. O denunciante deve realizar denúncia em prol do interesse público e sempre de boa fé. Nada impede que possa endereçar a denúncia a mais de uma autoridade

Sobre a possibilidade de a denúncia ser anônima, em proteção da identidade do denunciante, a lei nº 8112/90 prevê no seu artigo 144 que as denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e seja formulada por escrito, confirmada a autenticidade. Mesmo diante do dispositivo legal, a instrução normativa nº 1/2014 da CGU não exige a identificação, bastando que a denúncia contenha elementos mínimos de autoria e materialidade.

Em 2015 a Controladoria Geral da União assinou acordo de cooperação com a Polícia Federal para aprimorar a ação fiscalizadora no combate à corrupção. O documento formaliza parceria que já vinha sendo efetuada há anos e fortalece a ação conjunta entre os órgãos, mediante articulação e interação nos procedimentos fiscalizatórios para racionalizar e aperfeiçoar os trabalhos e eventos realizados na proteção do patrimônio público federal<sup>(34)</sup>.

(33) MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008, p. 475.

(34) Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/acoes-investigativas/operacoes-especiais/arquivos/acordo-de-cooperacao-cgu-dpf>. Acesso em: 10/02/2016.

Em 2016 foi publicada a lei nº 13.341 que extinguiu a Controladoria Geral da União e transferiu suas competências para o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. Essa transformação gerou divergência. Para alguns fortalece seu poder de atuação. Para outros, a transformação da CGU, o órgão anticorrupção do governo, em um Ministério, representou um retrocesso, já que a referida lei representou a perda da autonomia da Controladoria Geral da União para fiscalizar e cobrar servidores e ministros de todo o governo, com sua transformação em ministério. Na condição de Ministério, a Controladoria Geral da União deixa de ser um órgão de assessoramento da Presidência da República, passando a sugerir mudanças, aplicar sanções e cobrar transparência de órgãos da mesma posição hierárquica.

Além da perda da identidade, a mudança acarreta enfraquecimento maior da independência da CGU na fiscalização do governo federal e defesa do patrimônio público, ocorre o enfraquecimento do poder promover transparência de gestão por atividades de controle interno, auditoria, ouvidoria e prevenção e combate à corrupção, já que o órgão controlador deveria estar hierarquicamente acima dos órgãos controlados.

No caso da detecção da corrupção funciona como importante instrumento os dados coletados em interceptação telefônica. Uma interceptação telefônica autorizada pela justiça competente é mecanismo real disponível para obtenção de prova fundamentada na relatividade dos direitos fundamentais. Em relação à prova obtida temos duas situações<sup>(35)</sup>:

(35) BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Correição Parcial CP [5019555-75.2014.404.0000](#). Órgão Julgador: Sétima Turma. Relator: Cláudia Cristina Cristofani. Data do julgamento: 07/10/2014.

a) o juiz autoriza a interceptação da pessoa com foro privilegiado: a prova é ilícita, pois viola a regra da prerrogativa de foro (princípio do juiz natural);

b) o juiz autoriza a interceptação da pessoa sem foro privilegiada e acidentalmente, intercepta pessoa com foro privilegiado: nesse caso o juiz deve encaminhar o caso ao tribunal competente, sob pena da prova se tornar ilícita, por usurpação de competência. Neste caso, a decisão judicial é passível de ratificação pelo Tribunal Competente.

*O terceiro eixo parte da perspectiva da repressão: instrumentos repressivos de combate da corrupção variam em função dos contextos espaciais e dos padrões culturais. Neste eixo, fala-se em responsabilização administrativa, política, civil e penal. Nesta última, surge o discurso da intervenção penal, em permanente emergência, que para alguns, prejudica outras estratégias de uma intervenção em grau necessário, em *ultima ratio* e nos limites das garantias de um Estado Social de Direito, e para outros, funciona como resposta útil e eficaz ao problema da corrupção.*

No eixo da repressão, os textos normativos proclamam a subordinação à possibilidade de sanções por meio da responsabilização jurídica dos agentes públicos e privados decorrentes de atos de corrupção contra Administração Pública brasileira<sup>(36)</sup>.

---

(36) SCHEDLER, Andreas. *Conceptualizing Accountability*. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Mark F. (Eds.). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Colorado: Lynne Rienne, 1999, p. 13-28.



---

Na Constituição Federal de 1988 encontramos a cassação do mandato de parlamentar quando o procedimento de deputado ou senador for declarado incompatível com o decoro parlamentar, que abrange, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas, nos termos do artigo 55, §1º.

Em 1992 surge lei da improbidade administrativa (lei 8429/92), prevendo a responsabilização de todos, agentes públicos ou não, que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta. Busca-se, além da punição do agente, o ressarcimento do dano causado ao patrimônio público, bem como a reversão dos produtos obtidos com o proveito do ato ímprobo.

Sancionada em 04 de junho de 2010, passou a vigorar no dia 07 de junho do mesmo ano, a partir da publicação no Diário Oficial da União, a Lei Complementar 135/2010, conhecida como a Lei da Ficha Limpa, impulsionada pela decisão desfavorável do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144, proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), que justamente pedia a implantação da inelegibilidade mesmo sem o trânsito em julgado de ações de conteúdo grave ou desabonador (criminais ou de improbidade), determinando casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e

legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta<sup>(37)</sup>.

A lei nº 12813/13 previu que quem incorrer em situações que configuram conflito de interesses envolvendo ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal, o agente público incorrerá em improbidade administrativa, além de ficar sujeito à aplicação da pena de demissão ou medida equivalente, nos termos da Lei nº 8.112/90.

No parâmetro repressivo, as primeiras leis elaboradas após a CF/88, se preocupam exclusivamente com a responsabilidade do corrupto. A corrupção é produto da conduta exclusiva do servidor público ou, de particular quando concorre com o servidor (lei da improbidade administrativa).

No século XXI, é a lei 12846, inspirada em compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, que entrou em vigência a partir de fevereiro de 2014, que inaugura uma nova era de responsabilização não só do corrupto, mas também do corruptor.

Nesta lei anticorrupção, reconheceu-se a existência da responsabilidade administrativa e civil das empresas por ato de corrupção, bem como aplicação de mecanismos de integridade empresarial. Contudo, a principal promotora do modelo de responsabilidade abrangente foi o decreto 8420/15. Abriu-se, portanto, o caminho para a formação da integridade com mecanismos de fiscalização e controles, incentivos a denúncia

---

(37) CARVALHO RAMOS, André & PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. Repertório Jurisprudencial Elaborado pela PRE-SP sobre a Lei da Ficha Limpa. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/repertorio-ficha-limpa-pre-sp.pdf>. Acesso em 10/05/2014.

de irregularidades, programas de integridade (*Compliance*) com foco na conduta ética e criação, atualização e aprimoramento do Código de Ética.

## 8. Referências Bibliográficas

- ALVES, Rogério Pacheco & GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, página 7.
- BIELSA, Rafael. *Princípios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1942.
- BRASIL. Decreto nº 5687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Diário Oficial da União 01.02.2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial nº 1337768/MG Relator: Ministro Olin do Menezes. Órgão julgador: Primeira Turma. DJe 19/11/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1129668 - RS. Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Órgão julgador: Decisão Monocrática. Data do julgamento: 29/08/2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 804392 - GO. Relator: Ministro BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Agravo de Instrumento AG 0061380-97.2016.4.01.0000 / MG. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Data do julgamento: 29/03/2017. Data da publicação: 07/04/2017 e-DJF1.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Cível AC 0001701-37.2016.4.01.3826 / MG. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Data do julgamento: 22/02/2017. Data da publicação: 06/03/2017 e-DJF1
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Correição Parcial CP [5019555-75.2014.404.0000](#). Órgão Julgador: Sétima Turma. Relator: Cláudia Cristina Cristofani. Data do julgamento: 07/10/2014.
- BENEDITO GONÇALVES. Órgão julgador: Decisão Monocrática. Data do julgamento: 01/12/2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.
- CARVALHO RAMOS, André & PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. Repertório Jurisprudencial Elaborado pela PRE-SP sobre a Lei da Ficha Limpa. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/repertorio-ficha-limpa-pre-sp.pdf>.
- ELLIOTT, Kimberly Ann. *A Corrupção e a Economia Global*. Brasília: Editora UNB, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Corrupção e democracia*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 226, p. 213-218, Rio de Janeiro, out/dez 2001.
- FILGUEIRAS, Fernando. *A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social*. In: Opinião Pública. Campinas, v. 15, n. 2, p. 386-421, nov. 2009.
- GARCIA, Emerson & ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 24-25.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. *La ética em la administración pública*. Madrid: Civitas, 1996, p. 31/32.
- HOPE, Kempe Ronald. *Politics, bureaucratic corruption, and maladministration in the third world*. In: Revue Internationale des Sciences Administratives. Bruxelles, v. 51, n.1. p. 1-6, 1985.
- HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Sal-

- les. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Ed. Objetiva. Rio de Janeiro, 2009.
- JARDIM, José Maria. *Capacidade governativa, informação, e governo eletrônico*. In: DataGramZero, v. 1, n. 5, out. 2000. Disponível em: <[http://www.dgz.org.br/out00/Art\\_01.htm](http://www.dgz.org.br/out00/Art_01.htm)>.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005
- LAZZARINI, Álvaro. *Abuso de Poder X Poder de Polícia*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46688/46647>. Acesso em 22/02/2017.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008.
- MEDEIROS, P. H. R.; GUIMARÃES, T. A. *A relação entre governo eletrônico e governança eletrônica no governo federal brasileiro*. In: Cadernos EBAPE.BR, v. 3, n. 4, p. 1-18, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- NAÇÕES UNIDAS. *Benchmarking E-Government: a global perspective*. New York: United Nations, American Society for Public Administration, 2002
- OKOT-UMA, R. *Electronic Governance: Re-inventing Good Governace*. London: Commonwealth Secretariat London, 2001.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. *Recommendation of the Council on Digital Government Strategies*. 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf>.
- ORTIZ, Carlos Alberto. *Improbidade administrativa*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral. Vol. 7. n. 28. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, p. 21. out./nov./dez. de 1994.
- PACIFIC COUNCIL ON INTERNATIONAL POLICY. *Roadmap for e-government in the developing world*. Los Angeles: Pacific Council on Internation Policy, 2002
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Márcio Fernando & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 39.
- PERSEGONA, Marcelo Felipe Moreira & ALVES, Isabel Tera Gama. *História da Internet: origens do e-gov. no Brasil*. In: Anais da Conferência Sulamericana em Ciência e Tecnologia aplicada ao Governo Eletrônico - CONeGOV, 2004. Disponível em: <http://www.i3g.org.br/editora/livros/conecov2004anais.pdf>.
- PINHO, José António Gomes de. *Investigando portais de governo eletrônico de estados no Brasil: muita tecnologia, pouca democracia*. In: Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, maio/jun. 2008.
- POLIZELLI, Demerval L; OZAKI, Adalton M. *Sociedade da Informação: os desafios na era da colaboração e da gestão do conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2008
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O Ministério Público, os movimentos sociais e os poderes públicos na construção de uma sociedade democrática*. In: Boletim de Direito Administrativo, n. 8, ago./1998, p. 499, (p.495 - 503).
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *La Dimensión Ética*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 294.
- SARMENTO, George. *Aspectos da investigação dos atos de improbidade administrativa*. Revista do Ministério Público: Alagoas. n. 1, jan./jun., Maceió: MPE/AL, 1999, p. 91. (p.91-116).

- SCHEDLER, Andreas. *Conceptualizing Accountability*. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; SEIFERT, Jeffrey. *A primer on e-Government: sectors, stages, opportunities, and challenges of online governance*. In: Report for Congress, New York, jan. 2003
- PLATTNER, Mark F. (Eds.). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Colorado: Lynne Rienne, 1999.
- PRADO, Otávio; LOUREIRO, Maria Rita Garcia. *Artigo: Governo Eletrônico, transparência e democracia: a publicação das contas públicas das capitais brasileiras*. 17º Congresso Brasileiro de Contabilidade, CFC, 2004.
- TÁCITO, Caio. *O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 1-12. abr/jun. 2002. p. 2
- VAZ, José Carlos. *Artigo: Perspectivas e Desafios para Ampliação do Governo Eletrônico nos Municípios Brasileiros*. Publicado em 2003, no Seminário Internacional Governo Eletrônico e Governo Locais, realizado em novembro de 2003 em Brasília/DF VILELLA, Renata Moutinho. *Conteúdos, usabilidade e funcionalidade: três dimensões para a avaliação de portais estaduais de governo eletrônico na web*. 2003. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) - ECI/UFMG, Belo Horizonte, 2003.
- ZWEERS, K.; PLANQUE, K. *Electronic government: from a organizational based perspective towards a client oriented approach*. In: PRINS, J. E. J. (Ed.). *Designing E-government*. [S.l.]: Kluwer Law International, 2001

# A corrupção e a "sobrevivência" da democracia: um retrato de Portugal

## Corruption and the "survival" of Democracy: a picture of Portugal

JOSÉ NEVES CRUZ

**RESUMO:** Neste estudo aborda-se o problema da corrupção, perpassando pelas motivações associadas ao fenómeno e dando relevo às suas consequências na qualidade do sistema democrático. Relativamente a Portugal, faz-se um breve retrato da situação e apontam-se algumas fragilidades institucionais e políticas que potenciam a sua permanência. Além disso, a partir de dados de diversos países da União Europeia averigua-se a existência de uma relação entre a capacidade de os países controlarem a corrupção e algumas variáveis estruturais das democracias, como sejam a participação eleitoral, o crescimento económico, o desenvolvimento humano e as perceções subjetivas de felicidade por parte dos cidadãos.

**PALAVRAS-CHAVE:** corrupção, escolha pública, democracia, grupos de interesse, oportunidade criminal, teoria da agência, teoria económica do crime, sistema judicial, desenvolvimento humano, felicidade.

---

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e membro investigador do Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE), Rua dos Bragas, 2234050-123 Porto, josec@direito.up.pt  
Novembro de 2017

---

**ABSTRACT:** This study sought to reflect on corruption, assessing the motivations associated with the phenomenon and highlighting its consequences on the quality of democracy. With regard to Portugal, a brief picture is taken and some institutional and political fragilities are pointed out. In addition, from data on several EU countries, it was found evidence on the existence of correlations between the control of corruption and some structural variables in democracies, such as electoral participation, economic growth, human development and personal perceptions of happiness.

**KEY WORDS:** corruption, public choice, democracy, interest groups, criminal opportunity, agency theory, economics of crime, system of justice, human development, happiness.

### **SUMÁRIO:**

1. Introdução
  2. A magnitude dos recursos públicos e algumas áreas atrativas para a captura de dinheiros públicos
  3. A democracia e a corrupção
  4. Três teorias explicativas da corrupção
    - 4.1 Teoria da oportunidade
    - 4.2. Teoria da agência
    - 4.3. Teoria da escolha racional (teoria económica do crime)
  5. A corrupção em Portugal
  6. Relações entre o controlo da corrupção, a democracia, o crescimento económico, o desenvolvimento humano e as perceções de felicidade
  7. Conclusões
- Bibliografia



## 1. Introdução<sup>(1)</sup>

A corrupção<sup>(2)</sup> tem vindo a ser notícia em Portugal, no Brasil e noutros países. A reação social ao fenómeno aumentou, na medida em que se tornaram explícitas as consequências sociais do problema, o qual ameaça a própria "sobrevivência" da democracia. Este estudo foca-se essencialmente na relação entre a corrupção e a democracia. Identificam-se algumas justificações para a permanência deste delito e algumas fragilidades institucionais que explicam a sua proliferação. Apresenta-se um breve retrato da situação em Portugal. Além disso, tendo em conta a diversidade de níveis de controlo da corrupção em vários países da União Europeia, procura-se apreender a sua relação com a participação eleitoral, o crescimento económico, o desenvolvimento humano e as perceções de felicidade por parte dos cidadãos.

Numa breve sinopse, em primeiro lugar identificam-se as áreas de intervenção do Estado que movimentam mais recursos públicos e que, por isso, se tornam mais apetecíveis para serem capturadas por interesses particulares. Segue-se uma

---

(1) Este estudo baseia-se na apresentação do autor no Congresso Luso-Brasileiro "Governança Corporativa e Corrupção", realizado no Salão Nobre da Reitoria da Universidade do Porto nos dias 11 e 12 de janeiro de 2018.

(2) Entenda-se a corrupção no Estado como "O funcionário que por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de ato ou de omissão contrários aos deveres do cargo, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos" (Código Penal, artigos 372.º a 374.º-A). Não são apenas os funcionários do Estado, mas também os titulares de cargos políticos que estão abrangidos pelo regime do crime de corrupção (cfr. a Lei 34/87, com alterações relevantes pela Lei 108/2001). Tendo em conta a definição do Código Penal, o crime de corrupção implica a conjugação dos seguintes elementos: uma ação ou omissão; a prática de um ato lícito ou ilícito; a contrapartida de uma vantagem indevida; para o próprio ou para terceiro. A corrupção pode ser ativa ou passiva dependendo se a ação ou omissão for praticada pela pessoa que corrompe ou pela pessoa que se deixa corromper. Para um maior aprofundamento da moldura penal do crime de corrupção dos funcionários *vide* CLÁUDIA CRUZ SANTOS, "A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência". In *A corrupção*, CLÁUDIA CRUZ SANTOS; CLAUDINO BIDINHO e DÉBORA THAÍS DE MELO, (coord.), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp.110-144.

análise das falhas da democracia, designadamente as assimetrias de informação e a falta de confiança nas instituições políticas, que podem gerar oportunidades para a existência de "desvios" na atuação dos titulares de cargos políticos e dos funcionários do Estado. Analisa-se, então, a relação entre a corrupção e a democracia. Segue-se a apresentação de alguns argumentos teóricos explicativos da corrupção. Posto isto, faz-se um breve retrato do fenómeno em Portugal. Por fim, procura-se apreender se o controlo da corrupção está relacionado com o nível de participação eleitoral, com o crescimento económico, com o índice de desenvolvimento humano e com as perceções de felicidade por parte dos cidadãos, tendo como referência um conjunto de países da União Europeia, dando especial enfoque ao posicionamento de Portugal.

## 2. A magnitude dos recursos públicos e algumas áreas atrativas para a captura de dinheiros públicos

A comumente designada "Lei de Wagner"<sup>(3)</sup> perspetivava que a dimensão da ação do Estado cresceria com o desenvolvimento dos países. Isto significa que uma parte crescente dos recursos económicos passariam para a esfera pública, tornando-se um alvo apetecível para o "rent-seeking", ou seja a captura de recursos no âmbito do poder decisório dos agentes do Estado.<sup>(4)</sup> A literatura económica tem sido crítica do que deno-

(3) Apresentada pelo economista alemão WAGNER, Adolph (1835-1917) e que prevê que o desenvolvimento de uma economia industrial (expresso pelo crescimento real do rendimento do país) será acompanhado por um aumento do peso da despesa pública face ao rendimento do país.

(4) O conceito de "rent-seeking" foi inicialmente apresentado por GORDON TULLOCK, "The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft", *Western Economic Journal*, vol. 5, 1967, pp. 224-232 e por ANNE KRUEGER, "The Political Economy of the Rent-Seeking Society", *American Economic Review*, vol. 64, June, 1974, pp. 291-303.

mina ser um excesso da dimensão do Estado, personificada na imagem do célebre monstro marítimo Leviatã, que foi atribuída figurativamente ao Estado por HOBBS<sup>(5)</sup>. Para a corrente da "Leviathan literature" o Estado condiciona em demasia o setor privado e a sua autonomia no uso dos recursos, num contexto de falhas da democracia, propiciando privilégios a diversos grupos de interesse e sendo permeável a comportamentos pouco transparentes na afetação de recursos, designadamente à corrupção. Esta literatura teve variados desenvolvimentos, sendo que vários autores procuraram as origens do Estado Leviatã<sup>(6)</sup>, enquanto que outros têm estudado formas de contrariar o crescimento do Leviatã.<sup>(7)</sup> Contudo, essa abordagem de um Estado demasiadamente grande tem sido posta em causa.<sup>(8)</sup> Apesar disso, desde o início da última década do século XX afirmou-se um discurso político dominante nos países desenvolvidos no sentido da contenção do crescimento do Estado e da limitação dos recursos que lhe são atribuídos, de modo a reduzir o tamanho do "monstro". Porém, usando como exemplo alguns países da União Europeia, é possível verificar na Figura 1 que os recursos usados pelo Estado correspondem a cerca de metade do PIB<sup>(9)</sup> das economias representadas e ao longo do século XXI não houve uma contração da dimensão

(5) THOMAS HOBBS, *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, 1642, tradução de João Paulo Morais e Maria Beatriz Nizza da Silva, 2.ª Ed., Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda («Estudos Gerais»).

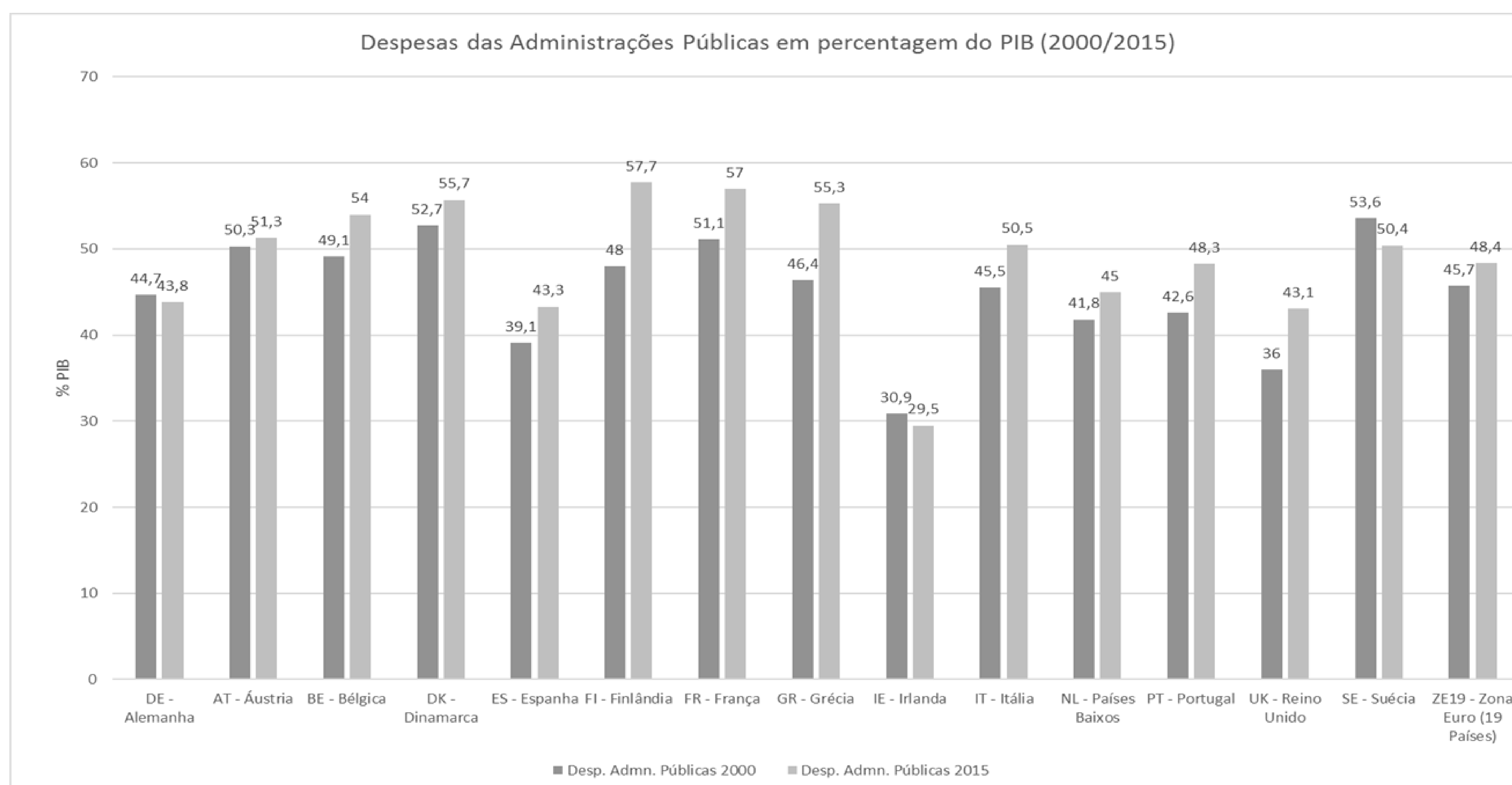
(6) Cfr. JARI ELORANTA, SVETLOZAR ANDREEV e PAVEL OSINSKY, "Democratization and central government spending, 1870-1938: Emergence of the leviathan?", in Christopher Hanes, Susan Wolcott (ed.) *Research in Economic History*, vol. 30, Emerald Group Publishing Limited, 2014, pp.1 - 46.

(7) Vide DENNIS C. MUELLER, "Constraining Leviathan", *Constitutional Political Economy*, 25 (1), 2014, pp. 88-102.

(8) Uma discussão sobre as fragilidades empíricas da literatura pode ser vista em LUÍS GONZALEZ e CARLOS LOPES, "Unobserved heterogeneity and bias in tests of the Leviathan hypothesis", *Journal of Economics*, 42 (1), 2016, pp. 81-99.

(9) Produto Interno Bruto.

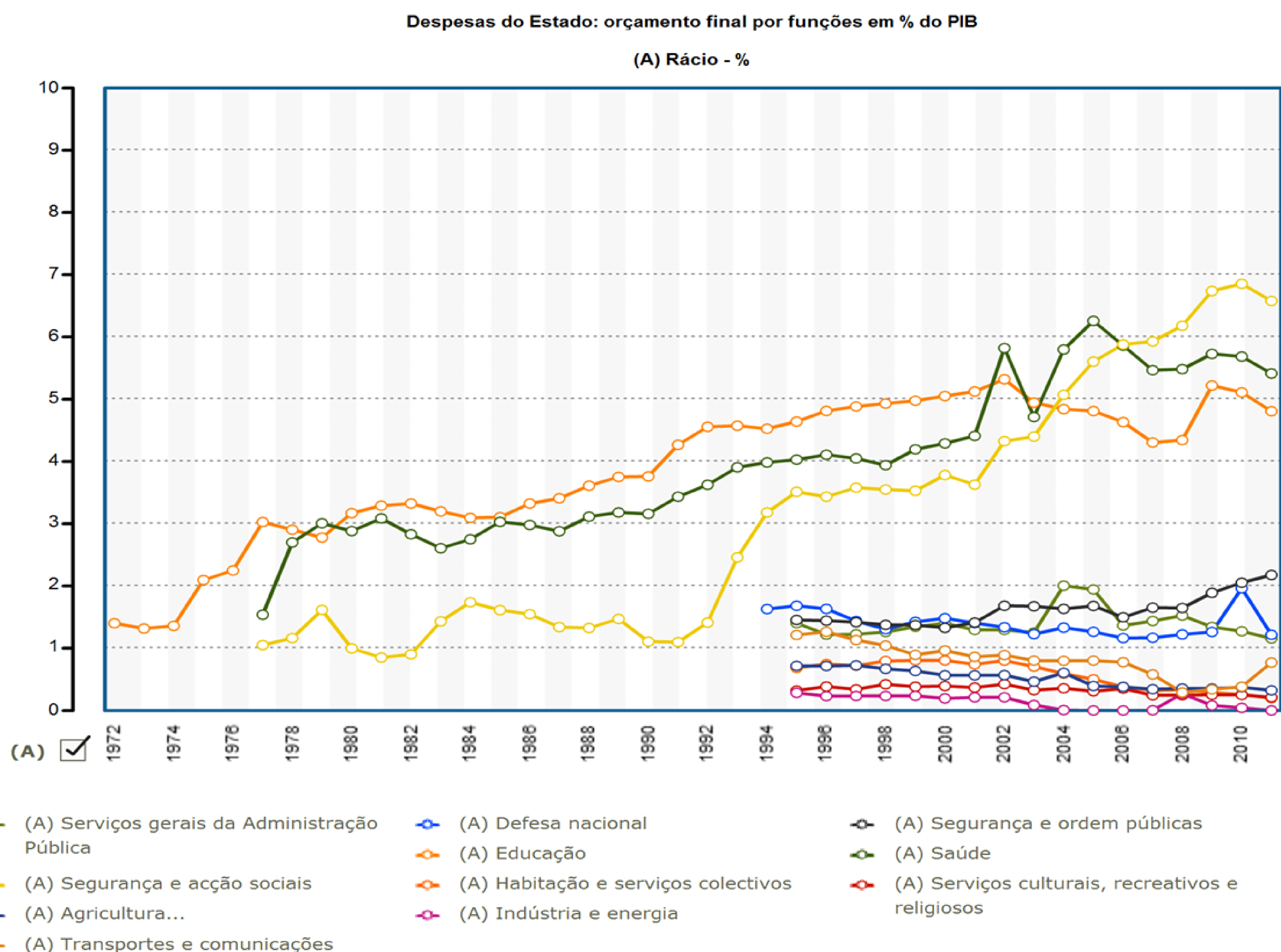
do setor público. Este resultado revela que o Estado não tem reduzido a sua dimensão e que o discurso político no sentido da contração da sua intervenção não se tem materializado. Na grande maioria dos países considerados a dimensão do Estado aumentou, em sintonia com o que é expectável pela "Lei de Wagner".



**Figura 1.** Despesas das Administrações Públicas em percentagem do PIB (2000/2015)  
Fonte: PORDATA.

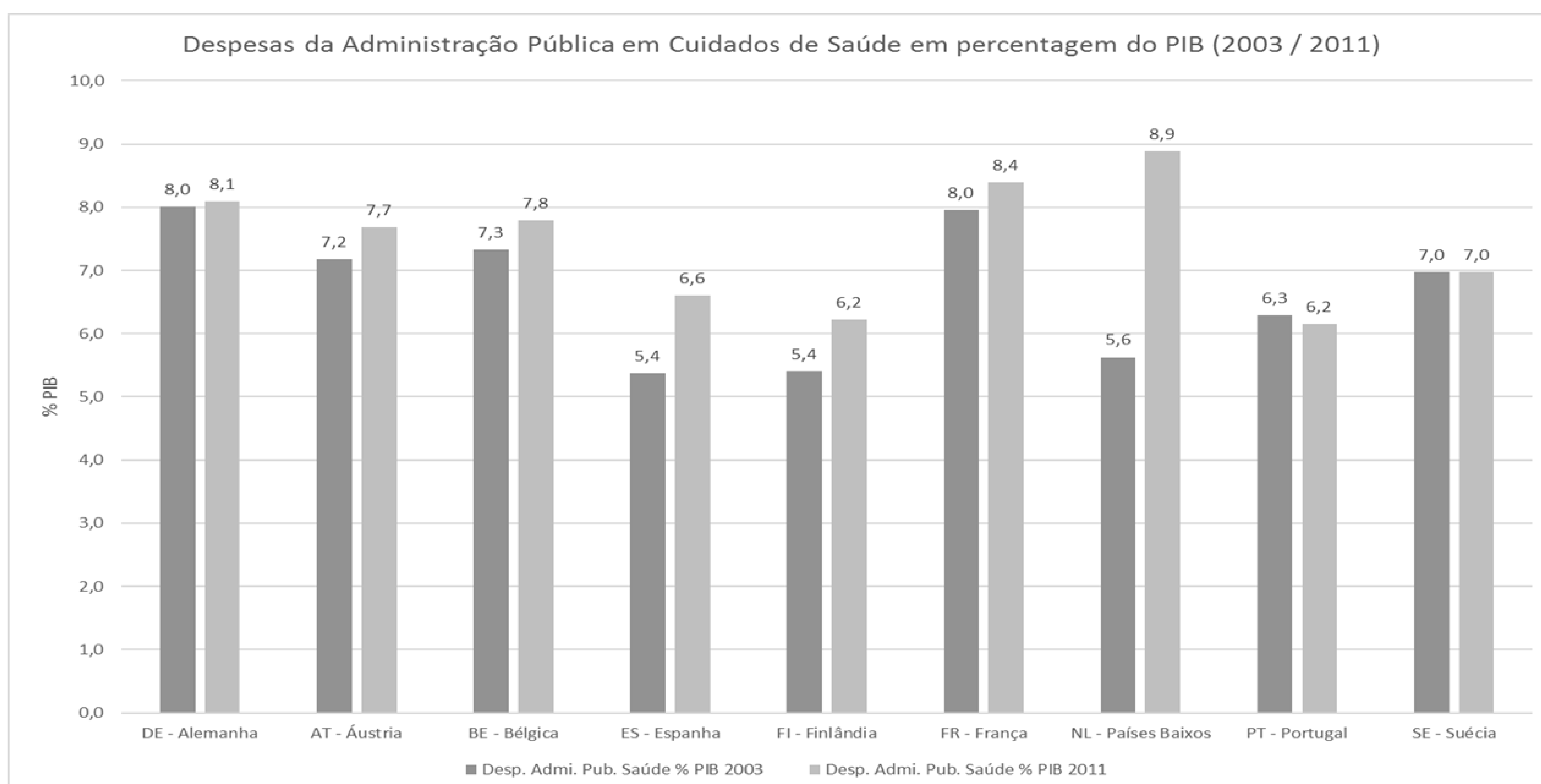
A magnitude de recursos financeiros implicada na ação do Estado perpassa vários níveis de decisão. Os gastos e investimentos públicos afetam a atividade económica de múltiplas entidades do setor privado, sendo decisivos para a lucratividade de muitas empresas e gerando benefícios para diversos grupos de interesse atuantes nas várias áreas de intervenção do Estado. De facto, o Estado é o maior consumidor de bens e serviços nas economias desenvolvidas, sendo também o maior

investidor, pelo que os grandes projetos de construção, que envolvem contratação pública, e a compra de bens de equipamento exigem a negociação entre empresas privadas e o Estado. Há três setores de intervenção do Estado que se destacam pelo volume de recursos usados e que, naturalmente, se tornam alvos apetecíveis para negócios entre o setor público e o setor privado: Saúde, Educação, Proteção Social. Na Figura 2 vê-se claramente que em Portugal, após o início da democracia, são estas as funções do Estado que se destacam em termos de recursos usados em percentagem do PIB.



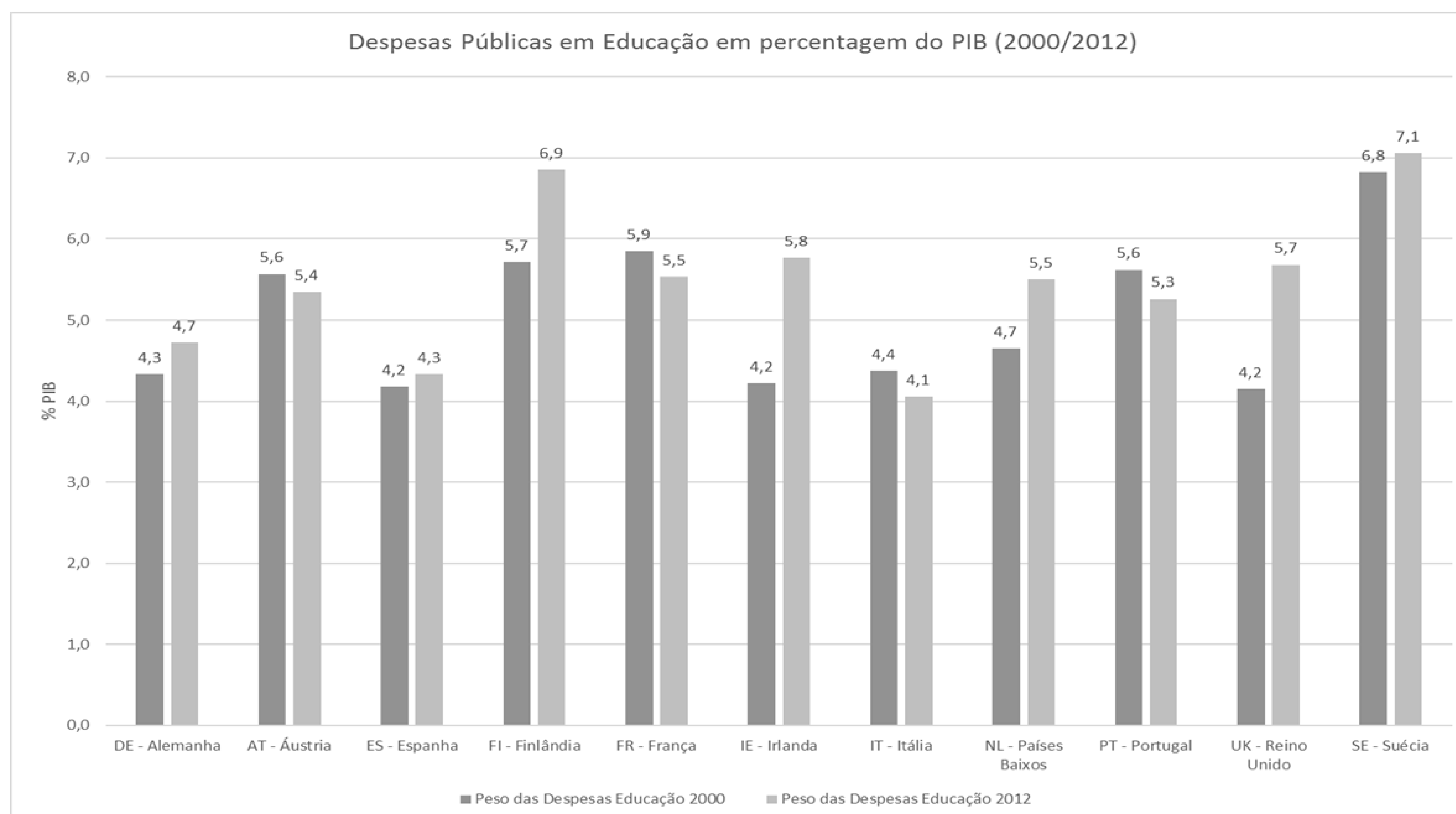
**Figura 2.** Despesas do Estado: orçamento final por funções em % do PIB  
Fonte: PORDATA.

Para os demais países da Europa Ocidental o mesmo acontece. A Figura 3 mostra que a intervenção direta do Estado no domínio dos cuidados de saúde representa em média 7% do PIB nos países selecionados e que o peso desta componente de despesa pública aumentou na primeira década do século XXI.



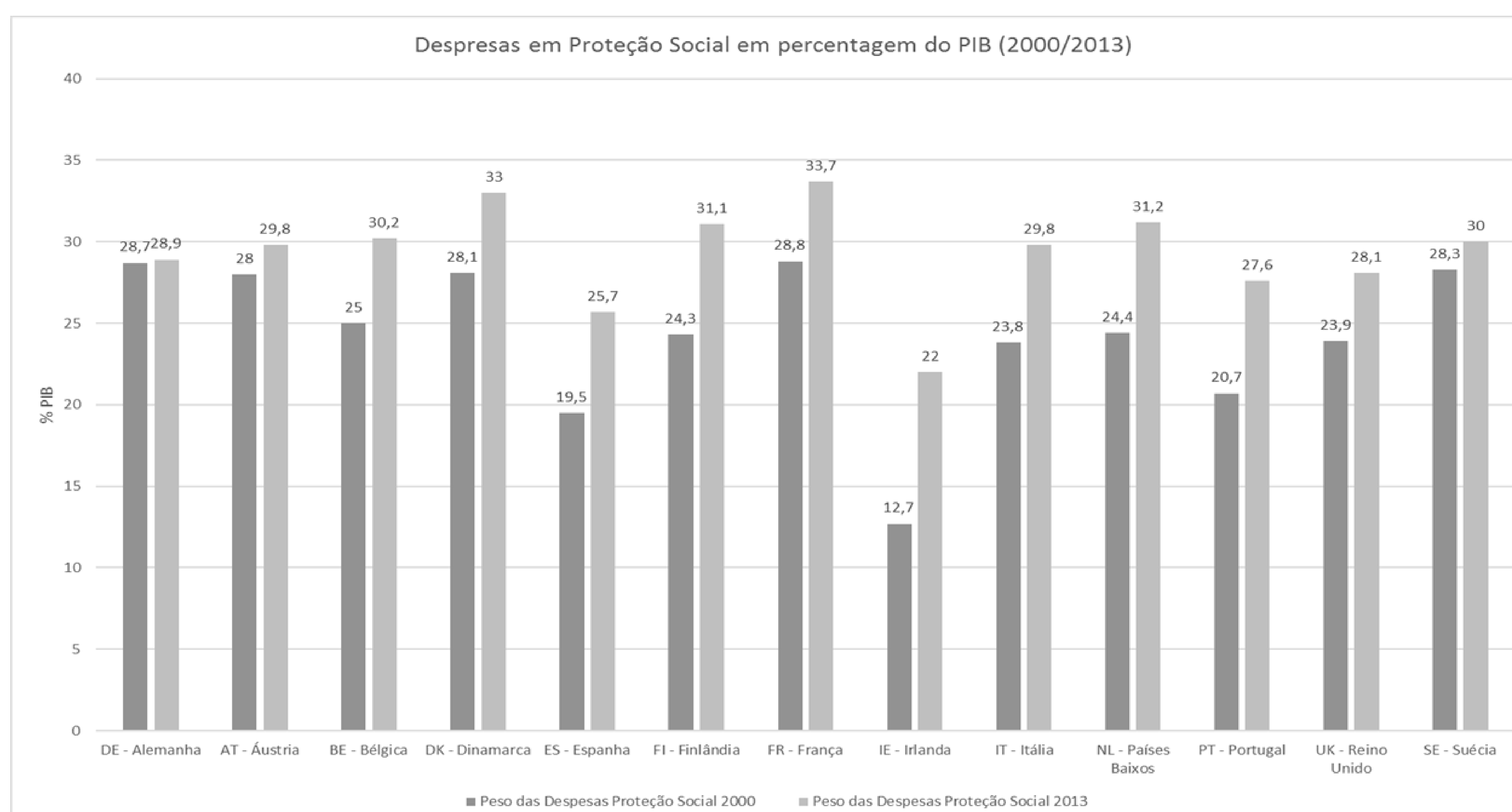
**Figura 3.** Despesas das Administrações Públicas em Saúde em percentagem do PIB (2003 / 2011)  
Fonte PORDATA.

A Educação é também uma área de grande relevância de intervenção do Estado, como se pode ver na Figura 4, sendo que, contrariamente à Saúde, não tem havido uma tendência generalizada de crescimento desse tipo de despesa, o que provavelmente poderá ser explicado por fatores demográficos.



**Figura 4.** Despesas Públicas em Educação em percentagem do PIB (2000 / 2012)  
Fonte: PORDATA.

A área de intervenção do Estado que envolve mais recursos e cuja dimensão tem aumentado é, como indica a Figura 5, a Proteção Social.



**Figura 5.** Despesas em Proteção Social em percentagem do PIB (2000 / 2013)  
Fonte: PORDATA.

Tendo em conta os recursos envolvidos, estas áreas de escolha pública são especialmente apetecíveis para a captura de dinheiros públicos, por meios lícitos – por via da pressão de grupos de interesse com fácil acesso aos órgãos de comunicação, ou por meios privilegiados de contacto com os decisores políticos – ou ilícitos – como a corrupção e outras formas de criminalidade económica. Será importante aferir se o sistema político está preparado para monitorizar os desvios (lícitos ou ilícitos) que venham a ocorrer face às preferências da maioria dos eleitores.

### 3. A democracia e a corrupção

Um problema maior da intervenção do Estado prende-se com o facto de a escolha pública responder à necessidade de agregar as preferências de uma multiplicidade de indivíduos. Em democracia é através do sistema político que se faz a agregação de preferências com base em regras de maioria de votos. Assim, à partida, espera-se que a dimensão da intervenção do Estado nas diversas áreas seja o resultado das preferências da maioria dos votantes. Porém, a literatura da "Public Choice"<sup>(10)</sup> tem demonstrado que há falhas na tradução das preferências individuais em escolha coletiva.<sup>(11)</sup> Um dos principais problemas advém do facto de os votantes não estarem informados relativamente aos assuntos decididos através do sistema político, dado, por um lado, a baixa probabilidade de o

(10) Sobre a literatura da escolha pública ("Public Choice") vide JOHN CULLIS e PHILIP JONES, *Public finance and public choice, analytical perspectives*, McGraw-Hill Book Company Europe 1992.

(11) Cfr. KENNETH ARROW, *Social choice and individual values*, New Haven: Yale University Press, 1963, 2<sup>nd</sup>. ed. (1<sup>st</sup>. ed. 1951) sobre as falhas da democracia na determinação das preferências coletivas.



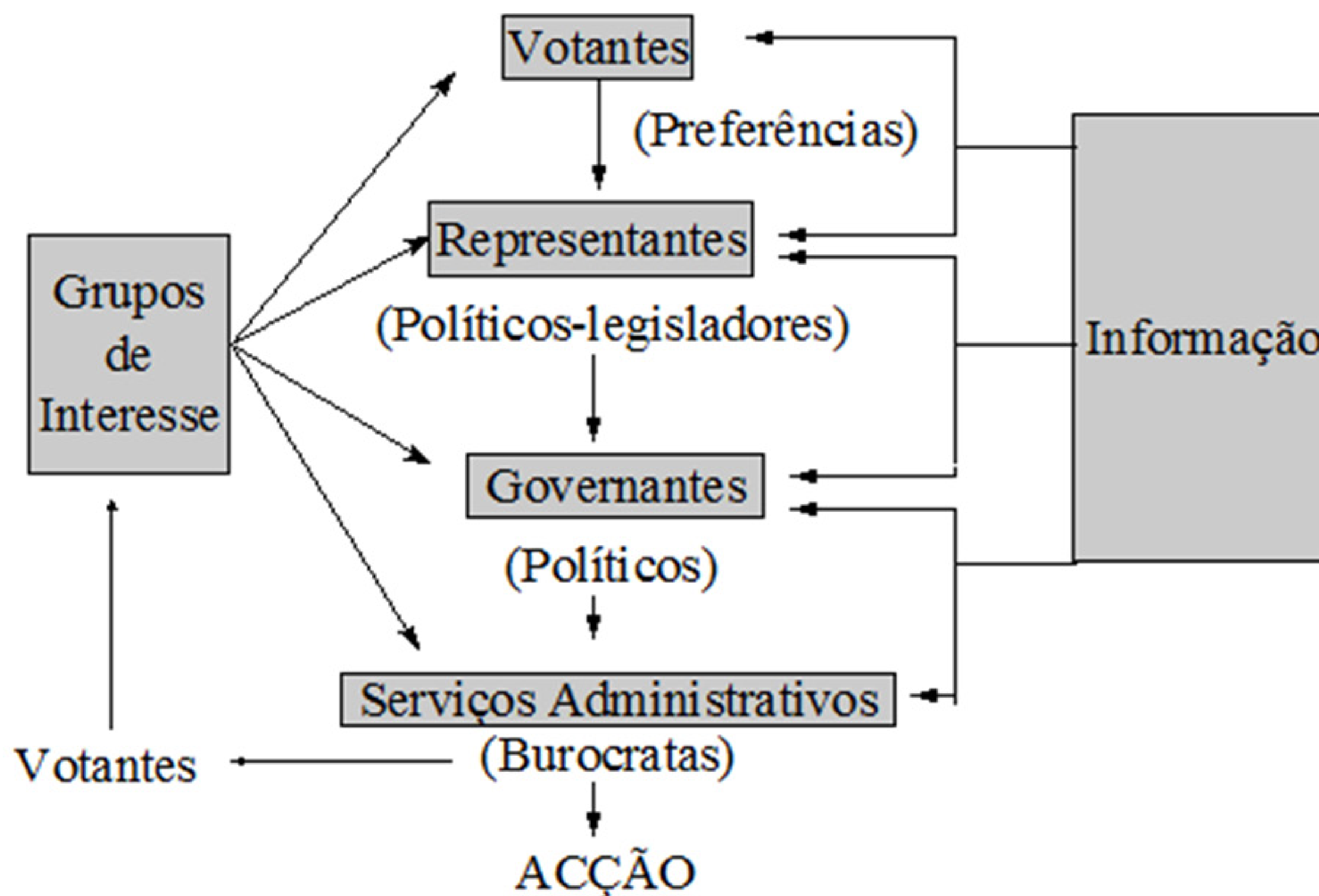
voto individual influenciar a escolha pública e, por outro lado, a "distância" face aos eleitores da tomada de decisão em democracia representativa. Com baixos níveis de informação será fácil ocorrerem decisões que se desviam das preferências da maioria dos votantes sem que estes se apercebam e, por isso, sem penalização política para os decisores.<sup>(12)</sup> Surgem, então, oportunidades para que os grupos de interesse (empresas, associações empresariais, profissionais, culturais, sindicatos, etc.), bem informados e poderosos, quer em termos de recursos quer no fácil acesso aos órgãos de comunicação social e ao poder político, capturem a escolha pública em benefício dos seus interesses.

Como se pode ver na Figura 6, entre as preferências dos votantes e a escolha pública há vários intervenientes com interesse próprio que podem capturar recursos para obter privilégios, sem que os votantes percebam os desvios que se vão acumulando ao longo dos mandatos políticos.<sup>(13)</sup>

---

(12) Cfr. JOSÉ NEVES CRUZ, *Economia e Política: uma dialéctica na escolha pública*, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 246-266, para uma revisão à falta de correspondência entre a escolha pública e as preferências da maioria dos votantes.

(13) *Idem*.

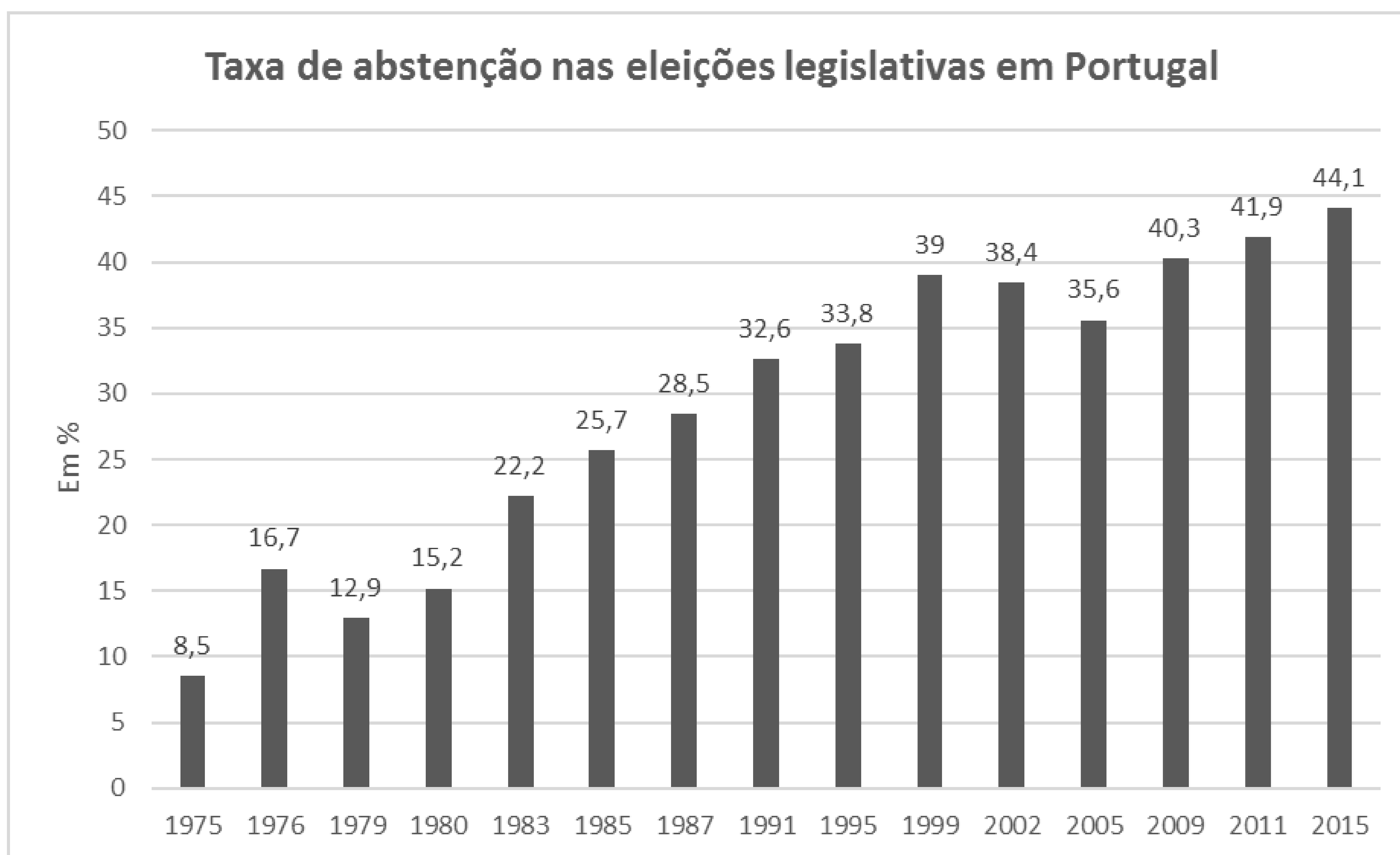


**Figura 6.** O sistema político e o "lobbying"  
Fonte: Reproduzido de Cruz(14)

Diversas entidades interferem no trajeto de transformação das preferências dos votantes em escolha pública, sendo que os grupos de interesse, em especial, podem usar o seu poder e informação para obterem escolhas que lhes são favoráveis. Encarada desta forma, a escolha pública resulta de um processo de conflito de interesses onde aqueles que detêm algum poder de monopólio (informação, ou acesso privilegiado) conseguirão fazer com que a decisão reflita as suas preferências. Tendo partido das preferências do eleitorado a escolha pública acumulará todo o tipo de influências dos agentes envolvidos. Assim, o resultado final poderá ser substancialmente diferente das preferências originárias, sem que os votantes se apercebam, persistindo uma efetiva falha de escrutínio democrático popular.

(14) *Ibidem*, p. 248.

Os níveis de participação eleitoral em eleições do Parlamento são um indicador do grau de informação e interesse dos eleitores na tomada de decisão coletiva, ou seja, do nível de controlo da escolha pública por parte dos eleitores. Se o nível de participação for reduzido, tal poderá ser um sinal de alheamento por parte do eleitorado, o que abre espaço a desvios às suas preferências. Por exemplo, em Portugal os dados de participação eleitoral revelam um alheamento crescente por parte dos eleitores, expresso numa cada vez maior abstenção nas eleições legislativas (Figura 7).



**Figura 7.** Taxa de abstenção nas eleições legislativas em Portugal  
Fonte: SGMAI, PORDATA.

Por outro lado, o questionário European Social Survey (ronda de 2014)<sup>(15)</sup> revela que os portugueses apresentam níveis elevados de desconfiança no seu Parlamento comparativamente a outros países europeus (Figura 8).

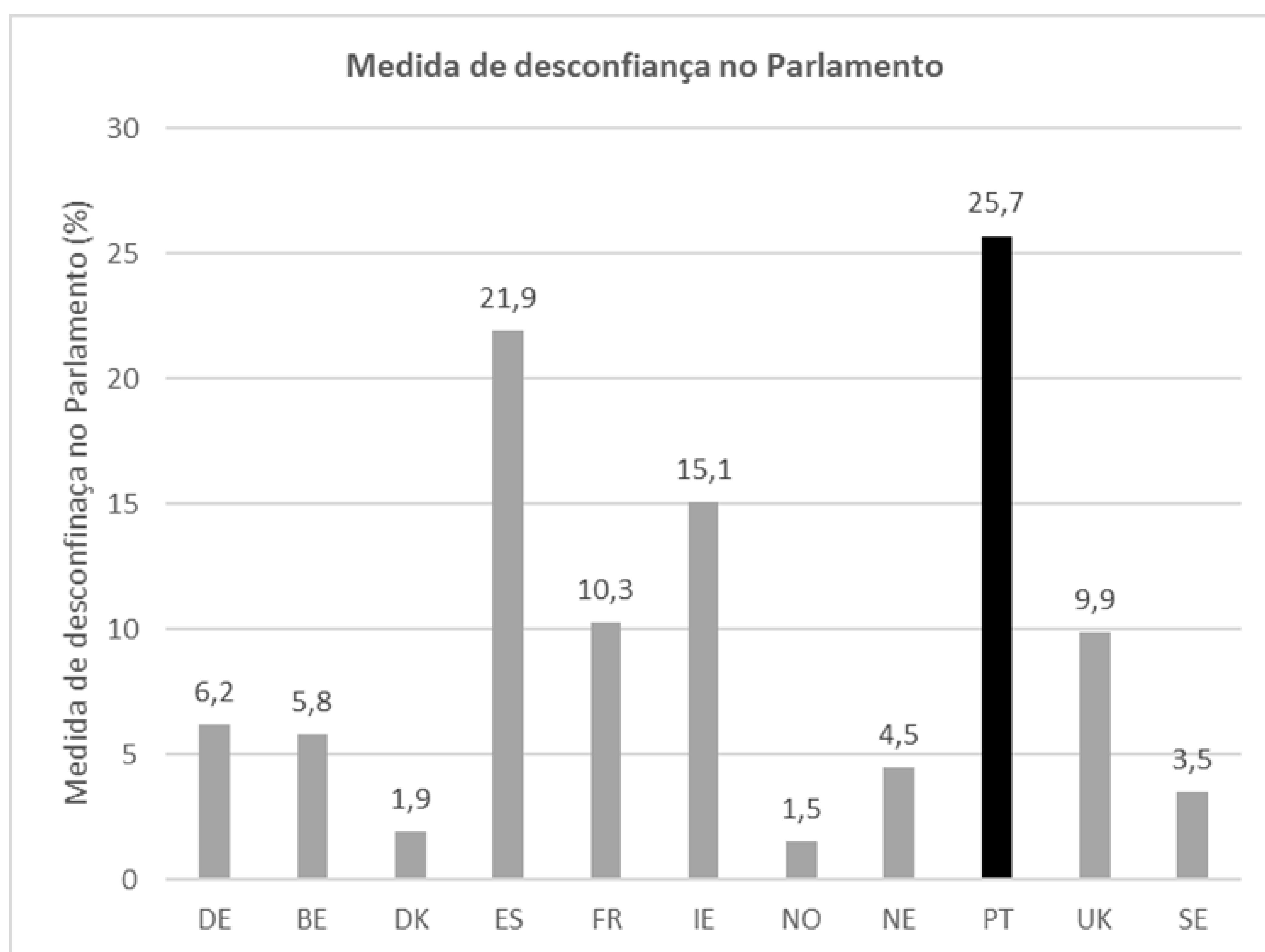


Figura 8 - Medida de desconfiança no Parlamento  
Fonte: European Social Survey (2014).

Há razões para esperar uma relação negativa entre a participação eleitoral e a corrupção. Por um lado, uma menor participação eleitoral leva a que exista mais "espaço" para a corrupção, dado o menor controlo da escolha pública por parte dos votan-

(15) O European Social Survey (ESS) é um inquérito transnacional de cariz académico que tem sido realizado a cada dois anos por toda a Europa desde 2001. É dirigido por uma equipa científica central (Core Scientific Team) liderada por RORY FIRZGERALD da City University London do Reino Unido, juntamente com seis instituições parceiras. Mais informações podem ser obtidas em <<http://www.european-socialsurvey.org/>> (17-10-2017).

tes. Por outro lado, de acordo com a literatura, a proliferação da corrupção num dado país pode afetar a participação eleitoral e a confiança nas instituições políticas. Por exemplo, STOCKEMER, LAMONTAGNE e SCRUGGS<sup>(16)</sup> concluem que "Through instrumental variable regression we find that as corruption increases the percentage of voters who go to the polls decreases." Emerge, então, um movimento bilateral que se autoalimenta: a corrupção leva ao enfraquecimento da democracia e esta a um aumento da corrupção, num círculo vicioso, que vai elevando a desconfiança dos eleitores relativamente ao funcionamento do sistema democrático, colocando em risco a "sobrevivência" da democracia (Figura 9).

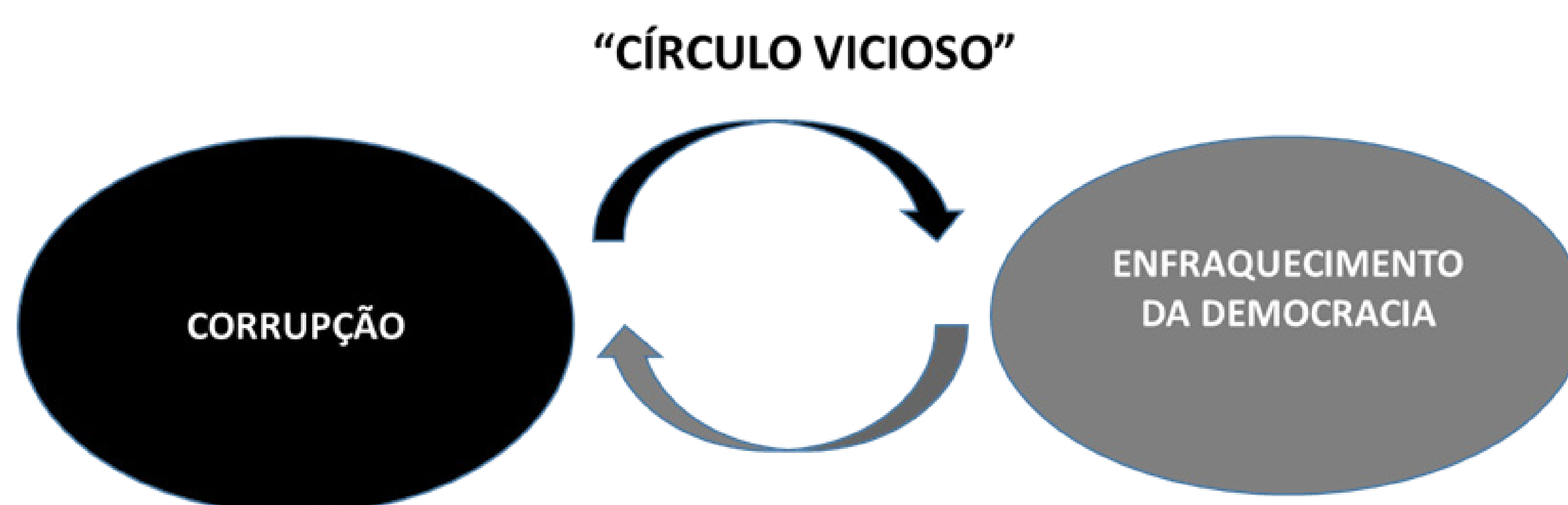


Figura 9. O "círculo vicioso" Corrupção - Enfraquecimento da Democracia  
Fonte: Elaboração própria.

Especificamente em Portugal, a baixa participação eleitoral nas eleições legislativas e a falta de confiança no Parlamento indiciam sérios riscos de deterioração da democracia portuguesa e alargam o "espaço" para a corrupção.

(16) DANIEL STOCKEMER, BERNADETTE LAMONTAGNE e LYLE SCRUGGS, "Bribes and ballots: The impact of corruption on voter turnout in democracies", *International Political Science Review*, 34 (1), 2013, pp. 74-90.

## 4. Três teorias explicativas da corrupção

A Criminologia propõe uma grande diversidade de teorias explicativas do crime (que inclui o delito de corrupção), apresentando-se de seguida apenas três que obtiveram grande acolhimento na literatura: a teoria da oportunidade; a teoria da agência; a teoria da escolha racional (teoria económica do crime).

### 4.1 Teoria da oportunidade

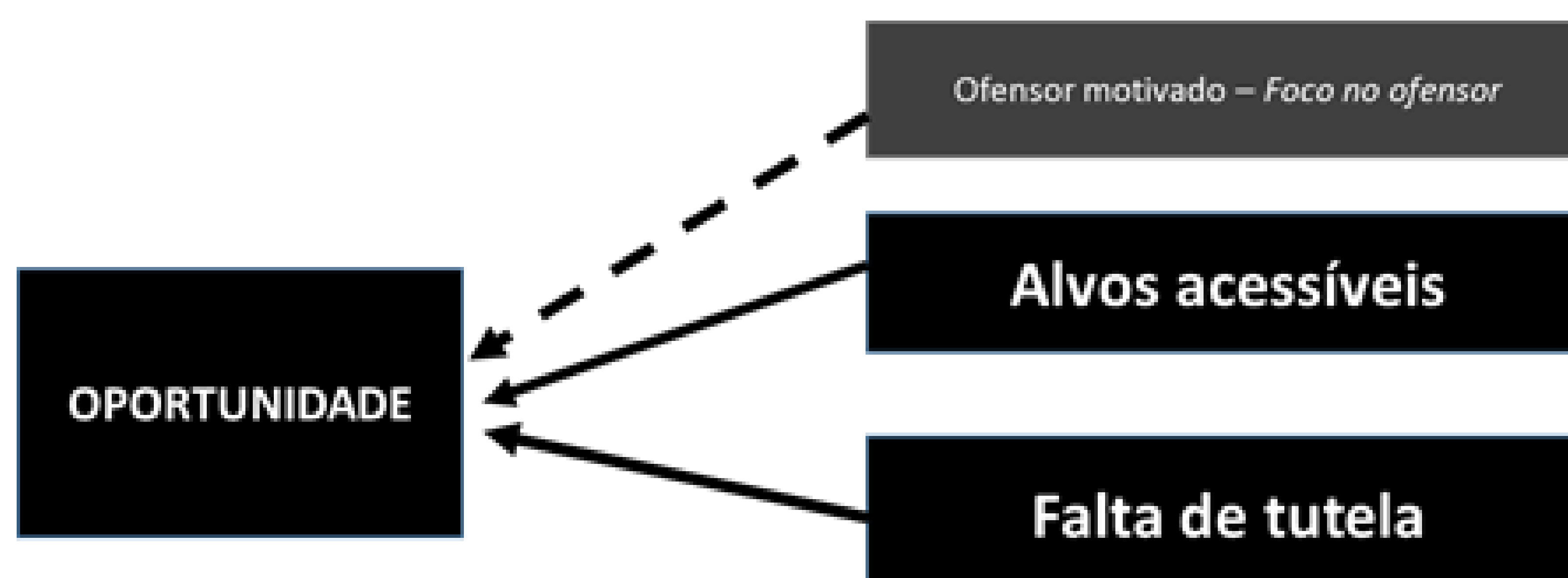
A teoria da oportunidade (na vertente do exercício de atividades de rotina em que surgem oportunidades para o cometimento de crimes) foi desenvolvida por COHEN e FELSON<sup>(17)</sup> e inclui três elementos necessários à ocorrência de um crime (Figura 10): potenciais ofensores (indivíduos que procuram ou desejam cometer uma ofensa e que têm competência para o fazer); alvos acessíveis (indivíduos ou propriedade que estão vulneráveis ou disponíveis); guarda ou tutela frágil, ausente, ou incapaz<sup>(18)</sup> (uma falta de proteção ou supervisão, ou indivíduos ou dispositivos incapazes de afastar um infrator).<sup>(19)</sup>

---

(17) LAWRENCE E. COHEN e MARCUS FELSON, "Social change and crime rate trends; a routine activity approach", *American Sociological Review*, 44 (4), 1979, pp. 588-608.

(18) "Lack of guardianship".

(19) Cfr. EUGENE McLAUGHLIN e JOHN MUNCIE (ed.), *The Sage Dictionary of Criminology*, London: Sage Publications, Ltd, 2001, pp. 252-253.



**Figura 10.** Teoria da oportunidade  
Fonte: Elaboração própria.

Vários autores defendem que a teoria da oportunidade se aplica aos crimes económicos e financeiros, pois os criminosos de colarinho branco têm acesso especializado aos alvos, dada a sua profissão ou posição que ocupam numa organização, o que se aplicaria ao caso da corrupção.<sup>(20)</sup> Os infratores retiram vantagens do acesso privilegiado associado ao seu emprego ou profissão na busca de alvos acessíveis.<sup>(21)</sup>

## 4.2. Teoria da agência

O estudo da corrupção no âmbito da teoria da agência teve início com ROSE-ACKERMAN<sup>(22)</sup> e obteve um desenvolvimento inicial com BANFIELD<sup>(23)</sup> e mais tarde com SHLEIFER e VISHNY<sup>(24)</sup>

(20) GERBAN BRUISMAN e DAVID WEISBURD (ed.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, New York: Springer, 2014, pp. 4544-4551.

(21) Para aprofundamento da teoria da oportunidade aplicada ao crime económico e financeiro vide MICHAEL L. BENSON e SALLY S. SIMPSON, *White-Collar Crime: An Opportunity Perspective*, New York: Routledge, 2009.

(22) SUSAN ROSE-ACKERMAN, "The economics of corruption", *Journal of Public Economics*, 4 (2), 1975, pp. 187-203.

(23) Edward BANFIELD, Corruption as a feature of Government organization, *Journal of Law and Economics*, vol. XVIII, 1975, pp. 587-605.

(24) ANDREI SHLEIFER e ROBERT W. VISHNY, "Corruption". *Quarterly Journal of Economics*, 108 (3), 1993, pp. 599-617.

que configuraram um modelo em que os agentes do Estado são fornecedores num mercado hipotético de bens públicos e de decisões. De acordo com Ross<sup>(25)</sup>, existe uma relação de agência entre duas ou mais partes quando uma, designada como agente, atua em nome de outra (o "principal") ou ao seu serviço, ou em sua representação, num domínio particular de tomada de decisão<sup>(26)</sup>. Numa revisão de literatura sobre a teoria da agência CUNHA<sup>(27)</sup> descreve três elementos que podem suscitar a ocorrência de problemas na relação de agência: o facto de o agente deter poder discricionário; a não coincidência de interesses entre o "principal" e o agente; a existência de assimetria de informação entre as partes, em favor do agente. Uma vez que este tem poder de decisão, está melhor informado do que o "principal". Sendo os seus interesses não coincidentes, o agente toma decisões em função dos mesmos, sem que o "principal" identifique os desvios aos seus interesses. Assim, o "principal" necessita de instrumentos para monitorizar o agente.

A relação de agência pode ser representada, por exemplo, na interação entre o governo (agente) e o povo ("principal"), ou entre a administração pública (agente) e o governo ("principal"). Quer governantes, quer funcionários da administração pública possuem poder discricionário na tomada de decisão e mais informação do que o respetivo "principal" sobre as opções disponíveis e os efeitos das escolhas realizadas. Ou

---

(25) STEPHEN A. ROSS, "The economic theory of agency: the principal's problem", *The American Economic Review*, 63 (2), 1973, pp. 134-139.

(26) Definição económica que não se cinge ao contrato formal de agência ou de mandato.

(27) ARY FERREIRA DA CUNHA, *Authority and accountability: contributions of agency theory to good governance*, Doctoral Dissertation in Law Presented at the Faculty of Law, University of Porto. 2016.



seja, se o "principal" não tiver meios eficazes de monitorização, poderá o agente atuar em função do interesse próprio (eventualmente perpetrando crimes de corrupção), sem que tal seja percebido pelos eleitores (no caso da relação governo - povo) ou pelos governantes (no caso da relação governo - administração pública). Deste modo, o crime de corrupção poderá ser enquadrado no âmbito das oportunidades geradas pelas fragilidades inerentes às relações de agência. A solução para o problema apela à transparência na ação dos agentes públicos e ao dever de prestação de contas, o que nem sempre é fácil de instituir<sup>(28)</sup>.

### **4.3. Teoria da escolha racional (teoria económica do crime)**

O modelo económico "clássico" de estudo do crime foi proposto por BECKER<sup>(29)</sup> para explicar a tomada de decisão no cometimento de uma ofensa. Segundo o autor, as pessoas tomam racionalmente decisões de cometer ou não uma infração tendo em conta o conjunto de benefícios e custos em que podem incorrer.<sup>(30)</sup> Os custos e benefícios têm uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva. Como exemplo de custos subjetivos podem referir-se os sentimentos de culpa, o receio de incorrer em pena de prisão e a vergonha associada à perda de reputação (estigma de ser classificado como criminoso). Como exem-

---

(28) *Idem* para aprofundamento da aplicação da teoria da agência à governação e gestão no setor público.

(29) GARY S. BECKER, "Crime and punishment: an economic approach", *Journal of Political Economy*, 76 (2), 1968, pp. 167-217.

(30) Cfr. ARY FERREIRA DA CUNHA, *Combate à Corrupção: da teoria à prática*, Lisboa: Quid Juris, 2015, pp.93-95.

plo de ganhos subjetivos aponta-se a satisfação pessoal por enganar as autoridades e os sistemas de controlo. Do lado dos custos objetivos considera-se a probabilidade de ser detetado e condenado e a severidade da punição. Do lado dos ganhos objetivos estão os benefícios monetários ou de capital obtidos com o crime. A abordagem não exclui o complemento de fatores culturais, psicológicos e morais que emanam de uma visão individual ou organizacional própria da realidade (hipótese da "racionalidade limitada").<sup>(31)</sup>

Brevemente, descreve-se o modelo de escolha racional de cometimento de uma infração. Elencam-se as variáveis relevantes para a tomada de decisão:

$B_i$  - Benefícios do sujeito  $i$  obtidos com o cometimento uma infração

$P_i$  - Penalidade para o indivíduo  $i$  se for detetada a infração, a qual é crescente com os benefícios obtidos com a infração.

$\pi_i$  - Probabilidade de as autoridades detetarem que o indivíduo  $i$  cometeu uma infração, a qual é crescente com os benefícios obtidos com a infração.

$I_i$  - Deterioração da reputação (imagem) pública do sujeito se for publicitado nos *media* que cometeu uma infração ou se for etiquetado como criminoso.

$M_i$  - Custos em que incorre o indivíduo  $i$  do foro da consciência (sentimentos de culpa) por comportamentos não éticos

$Z_x$  - Outras variáveis de custos socioeconómicos (elevação dos

(31) Para um aprofundamento da teoria racional do crime aplicada ao crime económico e financeiro vide JOANA V. MALTEZ e JOSÉ N. CRUZ, "A teoria da escolha racional e o crime económico e financeiro". In *Infrações Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e Direito*. JOSÉ N. CRUZ; CARLA S. CARDOSO; ANDRÉ LAMAS LEITE e RITA FARIA, (coord.), 2013, Coimbra: Coimbra Editora.

níveis de risco, limitação de acesso ao exercício de determinadas atividades; quebra de contratos, de parcerias, etc.)

Benefícios:  $B_i$

Custos (custos associados à decisão de cometer a infração):  $C_i = g [P_i (B_i), \pi_i (B_i), I_i, M_i, Z_x]$

Quando  $B_i > C_i$ , o indivíduo comete a infração.

Deste modelo retira-se para o combate à corrupção que há que elevar os custos, ou seja:

$P_i$  - Penalidades graves (aumentar a severidade);

$\pi_i$  - Incrementar a probabilidade de ser detetado - aumento da eficácia do sistema judicial (investimento em meios e na melhoria do sistema);

$I_i$  - Reputação: facilitar a investigação jornalística e o acesso dos *media* à informação;

$M_i$  - Consciência: investir na formação cívica e ética nas estruturas educativas, ou seja, educar para os valores da integridade e da ética;

$Z_x$  - Aumentar os custos socioeconómicos, limitando o acesso dos prevaricadores a cargos públicos ou a lugares de responsabilidade.

A teoria da escolha racional tem uma apetência especial para explicar o crime no exercício profissional (categoria em que se inclui a corrupção) dado exigir ao prevaricador a capaci-

dade para identificar oportunidades e realizar a respetiva avaliação de custos e benefícios.

## 5. A corrupção em Portugal

Os malefícios da corrupção estão amplamente reconhecidos a nível mundial e algumas organizações internacionais de referência pronunciaram-se explicitamente contra o fenómeno. Portugal ratificou as convenções internacionais contra a corrupção produzidas por grandes organizações internacionais.

A ONU pela Resolução 3514, de 15 de dezembro de 1975, condenou todas as práticas de corrupção e incentivou os países membros a trabalharem em conjunto para erradicarem o fenómeno. Em 1996, a mesma organização produziu, pela Resolução A/RES/51/191, a Declaração contra a Corrupção e os Subornos nas Transações Internacionais de Negócios, a qual defende a criminalização de práticas de corrupção. Em 31 de outubro de 2003 aprovou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a qual entrou em vigor em 14 de dezembro de 2005 e que reconhece explicitamente que a corrupção destrói a democracia e o Estado de Direito: "Corruption is an insidious plague that has a wide range of corrosive effects on societies. It undermines democracy and the rule of law, leads to violations of human rights, distorts markets, erodes the quality of life and allows organized crime, terrorism and other threats to human security to flourish."<sup>(32)</sup>

---

(32) UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION, United Nations Office on Drugs and Crime, New York, United Nations, 2004 <[https://www.unodc.org/documents/brussels/UN\\_Convention\\_Against\\_Corruption.pdf](https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf)> (3-04-2018).

A OCDE é outra organização de grande relevo que se envolveu no combate à corrupção, designadamente pela Convenção da OCDE de Combate ao Suborno dos Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, adotada em Paris em 17 de dezembro de 1997, que entrou em vigor em 15 de fevereiro de 1999, e que foi ratificada por Portugal no dia 2 de dezembro de 1999. A convenção instituiu as bases para o exercício de esforços multilaterais contra a corrupção, designadamente em termos de harmonização de legislação. Esta convenção põe a tónica nos efeitos nocivos à governação e à distorção das condições de concorrência: "Bribery is a widespread phenomenon in international business transactions, including trade and investment, which raises serious moral and political concerns, undermines good governance and economic development, and distorts international competitive conditions." <sup>(33)</sup>

Em 30 de abril de 1999 foi assinada em Estrasburgo a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa<sup>(34)</sup> com o objetivo da criminalização coordenada de práticas de corrupção. A implementação desta convenção é monitorizada pelo Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO<sup>(35)</sup>), que começou a funcionar em 1 de maio de 1999. O GRECO faz avaliações aos países que ratificaram a convenção e produz relatórios periódicos. Em 16 de outubro de 2001 Portugal ratificou esta convenção e já foi alvo de várias avaliações.

(33) OECD, *CONVENTION ON COMBATING BRIBERY OF FOREIGN PUBLIC OFFICIALS IN INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS*, OECD, 2011, <[https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\\_ENG.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf)> (3-04-2018).

(34) CRIMINAL LAW CONVENTION ON CORRUPTION, <<https://rm.coe.int/168007f3f5>> (3-04-2018).

(35) Group of States against Corruption - GRECO.

A medição dos níveis de corrupção de um país é extremamente difícil, pela natureza de secretismo do fenómeno. O Índice de Corrupção Percebida (CPI), publicado pela organização "Transparency International"<sup>(36)</sup> é um indicador muito usado nas comparações internacionais que procura medir as perceções de corrupção. No índice referente a 2017 Portugal aparece em 29.º lugar em 180 países, sendo que na União Europeia estão melhor classificados a Dinamarca (2.º), Finlândia (3.º), Suécia (6.º), Países Baixos (8.º), Alemanha (12.º), Luxemburgo (16.º), Reino Unido (8.º), Bélgica (16.º), Áustria (16.º), Irlanda (19.º), Estónia (21.º) e França (23.º)]. Na América do Sul o Chile (26.º) e o Uruguai (23.º) apresentam melhor classificação do que Portugal. O Brasil aparece num lugar bastante preocupante em termos de corrupção percebida (96.º).

Em termos de inquéritos sobre corrupção e crimes conexos iniciados em Portugal, de acordo com o Quadro 1, nos anos judiciais 2015/2015 e 2015/2016 foram iniciados 3360 inquéritos<sup>(37)</sup>, dos quais foram apenas deduzidas 297 acusações e arquivados 1673 inquéritos, tendo sido aplicado o instituto da suspensão provisória do processo em 129 inquéritos. Os valores são bastante baixos quando comparados com outros tipos de criminalidade. Todavia, estes dados não são uma surpresa, pois trata-se de um crime que não deixa "marcas de violência" e assenta no sigilo e na falta de testemunhas, daí que o montante de "cifras negras", ou seja, o número de crimes não

(36) CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2017, <[https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2017](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017)> (3-04-2018)

(37) MINISTÉRIO PÚBLICO PORTUGAL, Casos em Portugal: corrupção e criminalidade conexa - Relatório Síntese | 2014-2016, <[http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio\\_corupcao\\_2014-2016.pdf](http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio_corupcao_2014-2016.pdf)> (3-04-2018).

registados pelo sistema e que escapam às estatísticas oficiais, deverá ser muito elevado. Para a falta de denúncias tem sido apontado o facto de não existir quem tenha consciência de ser vítima do crime, "denunciando o ilícito e carreando material probatório para o processo", o que "restringe em muito a resposta punitiva estadual a estes ilícitos".<sup>(38)</sup>

Corrupção	1153
Peculato	836
Abuso de poder	738
Branqueamento de capitais	332
Participação económica em negócio	162
Tráfico de influência	56
Administração danosa	52
Recebimento indevido de vantagem	31
<b>TOTAL CORRUPÇÃO E CRIMINALIDADE CONEXA</b>	<b>3360</b>

**Quadro 1.** Inquéritos iniciados por crimes de corrupção e criminalidade conexa nos anos judiciais 2015/2015 e 2015/2016

Fonte: Corrupção e Criminalidade Conexa: Relatório Síntese do Ministério Público 2014-2016.

Um outro problema no âmbito da punição dos infratores assenta na complexidade dos processos e nas grandes dificuldades de investigação. Apesar de existirem poucas condenações o fenómeno da corrupção tem uma grande amplificação na opinião pública. De facto, alguns casos envolvem elites e têm captado a atenção dos órgãos de comunicação social. Processos em curso como o do ex-primeiro ministro de Portugal, José Sócrates, ou do ex-ministro da Administração Interna, Manuel

(38) Vide Cláudia Cruz SANTOS, "A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência". In *A corrupção*, op. cit., pp.103-104.

Macedo (no âmbito do caso dos "Vistos Gold"), ou do ex-ministro da Economia, Manuel Pinho (no âmbito do caso EDP e caso Grupo Espírito Santo), colocaram as suspeitas de corrupção ao mais alto nível político. Já em 2013 90% dos inquiridos pelo Eurobarómetro em Portugal consideravam que a corrupção estava disseminada pelas instituições públicas, 72% acreditava que tinha aumentado e 36% diziam ter sido pessoalmente afetados por ela.<sup>(39)</sup> Assim, há grande consciência social no país relativamente à persistência do fenómeno.

O relatório da quarta ronda de avaliação a Portugal do GRECO<sup>(40)</sup> encontrou alguns problemas no Parlamento que abrem portas à corrupção, designadamente no que se refere à feitura das leis. Por exemplo, é apontado o facto de o mandato dos deputados não ser exercido em regime de exclusividade, sendo permitidas certas atividades externas, designadamente o exercício funções jurídicas, como a advocacia. Acresce que não há regulação sobre os contactos dos deputados com partes terceiras, inclusive aqueles que podem submeter o processo de feitura de novas leis aos interesses de determinados grupos. O problema já foi reconhecido, existindo resposta em curso no Parlamento português, tendo sido criada a Comissão Eventual para o Reforço da Transparência no Exercício de Funções Públicas que vai abranger matérias sensíveis como as incompatibilidades e impedimentos dos políticos, em especial para aqueles que são advogados ou membros de sociedades

---

(39) GRECO, "Portugal 4th evaluation report fourth evaluation round: corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors", *Evaluation report Portugal*, Adopted by GRECO at its 70th Plenary Meeting (Strasbourg, 30 November - 4 December 2015), 2016, <<https://rm.coe.int/16806c7c10>> (3-05-2018).

(40) *Idem*.



de advogados. Estão a ser trabalhadas também novas propostas como a regulamentação do "lobbying" ou a criação de um código de conduta para os deputados. A mesma comissão aprovou que os autarcas sejam impedidos de litigar, exercer funções como consultores ou assinar projetos de arquitetura ou engenharia sempre que estejam em causa os seus órgãos do poder local. No global estão em causa as alterações ao regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos de titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, sendo este um dos principais diplomas no qual está a trabalhar a comissão eventual. A existência de corrupção imbricada no sistema político português tem sido sinalizada.<sup>(41)</sup> Alguns dos elementos indiciadores são a ausência de regulação clara a restringir o comportamento dos partidos políticos, para além de uma degeneração do ambiente ético em que os partidos operam, facilitado pelo clima de tolerância e impunidade.<sup>(42)</sup>

Em 6 de março de 2018 o GRECO publicou um relatório<sup>(43)</sup> referente à análise do cumprimento por parte de Portugal das recomendações da quarta avaliação. A conclusão é devastadora, uma vez que denuncia que Portugal das quinze recomendações apenas tinha implementado uma (onze não aplicadas e três aplicadas parcialmente). A única recomendação aplicada foi a publicação dos resultados dos procedimentos disciplinares no Ministério Público. A apreciação geral do GRECO

(41) Cfr. LUÍS DE SOUSA, "Political Parties and Corruption in Portugal", *West European Politics*, 24 (1), 2001, pp.157-180.

(42) *Idem*, p. 174.

(43) GRECO, "Portugal 4th evaluation report fourth evaluation round: corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors", *Compliance Report Portugal*, Adopted by GRECO at its 78th Plenary Meeting (Strasbourg, 4-8December 2017), 2018, <<https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680790833>> (3-05-2018).

indica que Portugal tem uma situação "globalmente insatisfatória" no que diz respeito à prevenção da corrupção em relação a deputados, juízes e procuradores. Reconhece-se assim que o percurso do país no combate à corrupção exige uma reforma ambiciosa e a Comissão Eventual para o Reforço da Transparência no Exercício de Funções Públicas tem em mãos um grande desafio, envolvendo todos os partidos políticos.

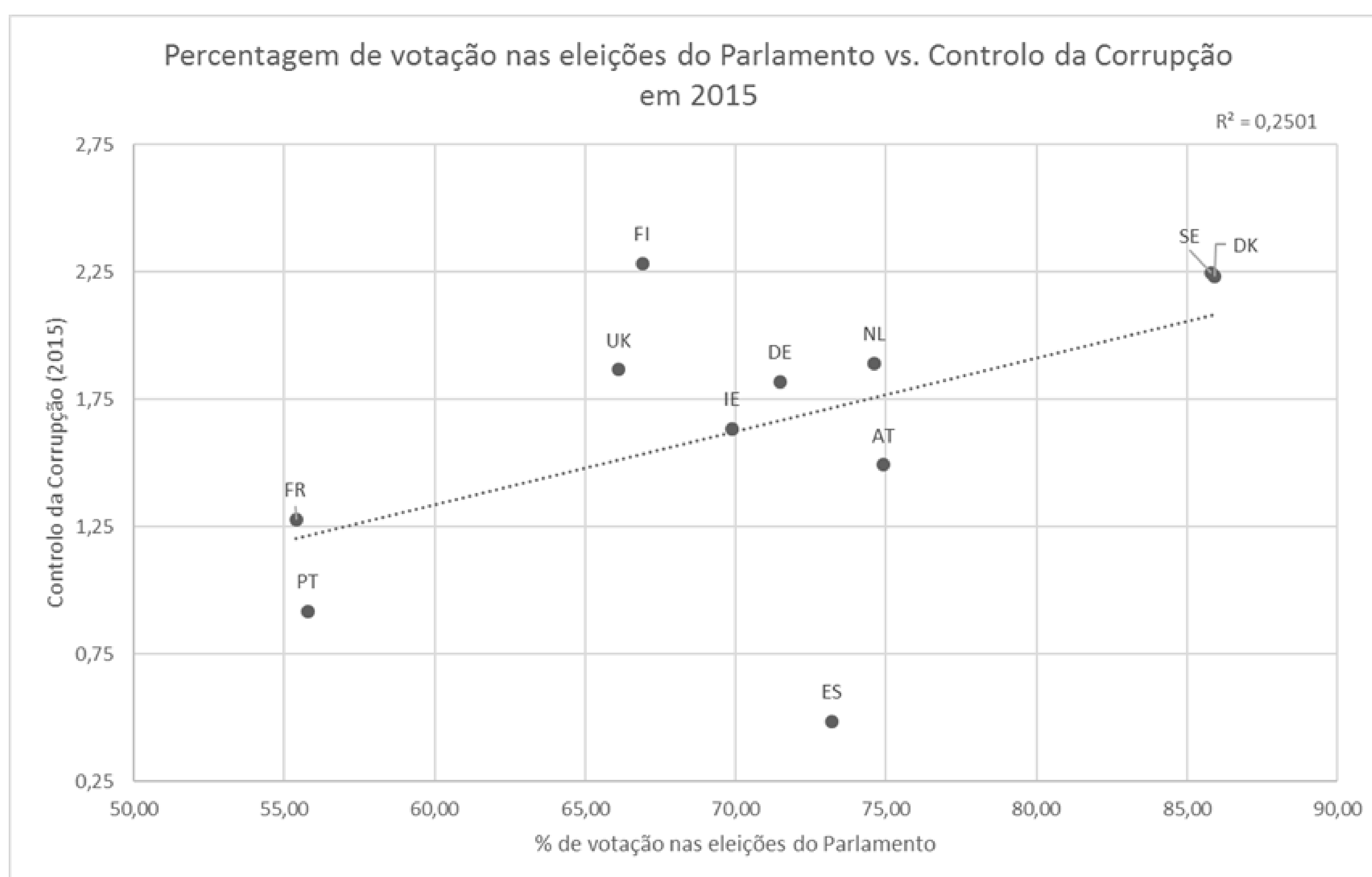
## **6. Relações entre o controlo da corrupção, a democracia, o crescimento económico, o desenvolvimento humano e as perceções de felicidade**

Nesta secção procede-se, com base em uma amostra de países da Zona Ocidental da União Europeia<sup>(44)</sup>, com os quais é habitual comparar Portugal, a uma análise das correlações entre o controlo da corrupção<sup>(45)</sup> e indicadores da qualidade de desempenho das democracias. Esta é medida em quatro vertentes: i) a participação dos cidadãos nas eleições do Parlamento; ii) o crescimento económico; iv) o desenvolvimento humano; v) as perceções individuais de felicidade por parte dos cidadãos.

(44) AT - Áustria; BE - Bélgica; DE - Alemanha; DK - Dinamarca; ES - Espanha; FI - Finlândia; FR - França; GR - Grécia; IE - Irlanda; IT - Itália; NL - Países Baixos; PT - Portugal; UK - Reino Unido; SE - Suécia. Alguns destes países não entram na análise da participação eleitoral dado terem um sistema de voto obrigatório (Itália - até certo período e Bélgica - até à atualidade). Não existiam nas bases de dados consultadas informações para a Irlanda relativamente às taxas médias de crescimento real do PIB no período considerado e relativamente ao Índice de Desenvolvimento Humano.

(45) Medida obtida a partir dos "The World Governance Indicators" que consistem em dados agregados sobre perceções de governação e são compilados a partir de várias fontes que incluem questionários a empresas e a agregados familiares e ainda o recurso a instituições que produzem informações, a organizações não governamentais e a organizações multilaterais e organismos do setor público. Para mais informações e identificação das fontes de informação dos indicadores *vide* DANIEL KAUFMANN, AART KRAAY e MASSIMO MASTRUZZI, "The Worldwide Governance Indicators: methodology and analytical issues", *Hague Journal on the Rule of Law*, 3 (2), 2011, pp. 220-246.

Tendo em conta a relação negativa entre a corrupção e a participação dos eleitores em democracia (referida atrás), espera-se que exista uma relação positiva entre o nível de controlo da corrupção num dado país e o envolvimento dos seus cidadãos com o sistema político, o qual poderá ser medido pela participação eleitoral dos cidadãos. Para os países selecionados a Figura 11 expressa a contraposição entre o controlo da corrupção e a participação eleitoral nas eleições do Parlamento.



**Figura 11.** Participação nas eleições do Parlamento vs. Controlo da Corrupção em 2015  
Fonte: "The Worldwide Governance Indicators" e IDEA: "Voter Turnout Since 1945: A Global Report".

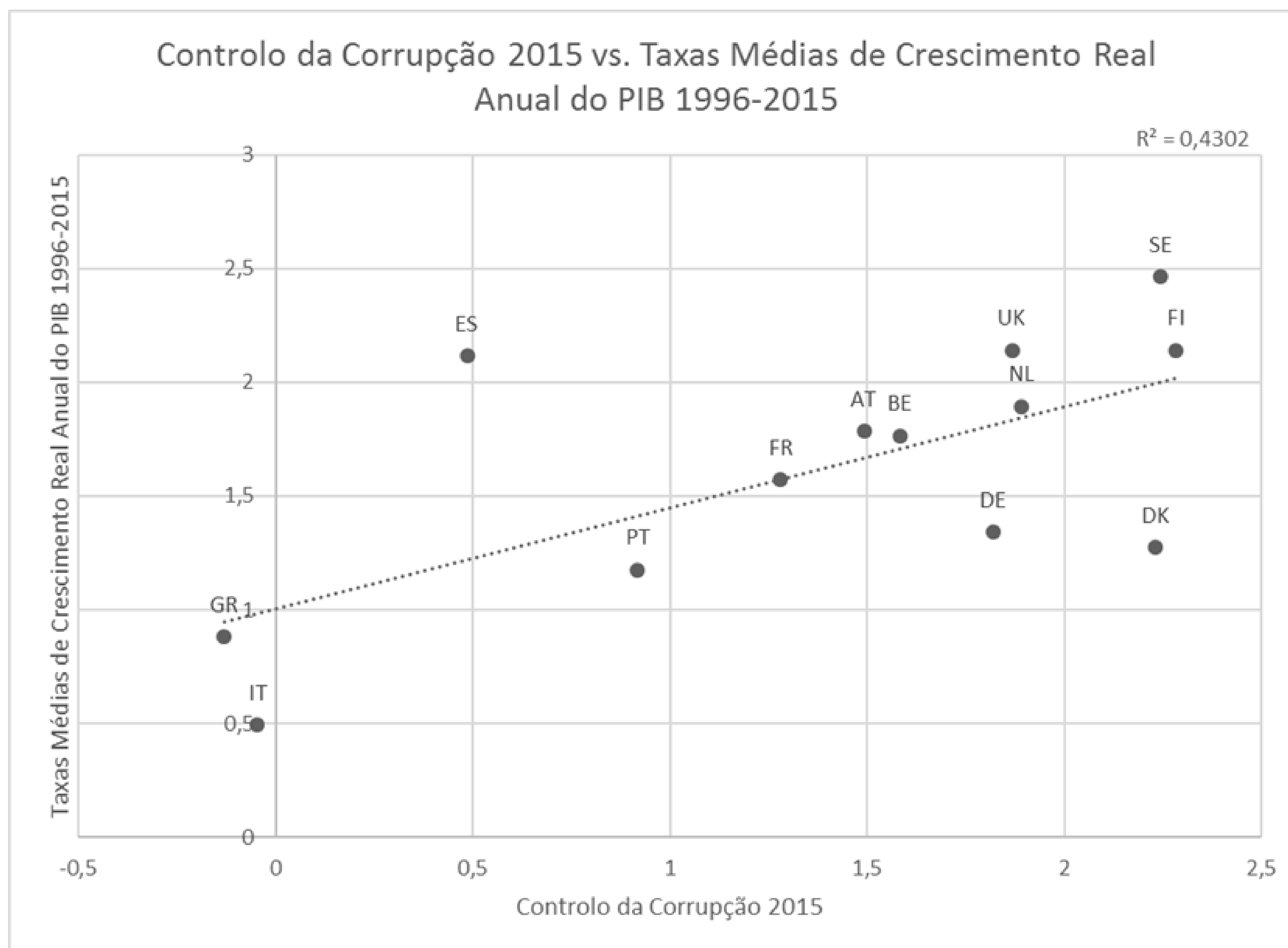
Na Figura 11 apreende-se uma relação positiva entre o controlo da corrupção e a participação eleitoral (o coeficiente

de correlação ( $\rho$ )<sup>(46)</sup> = 0,50 significa que há uma correlação positiva forte entre os indicadores). Nos países onde o controlo da corrupção é mais elevado há uma maior participação eleitoral. Veja-se que apenas a Espanha é um "outlier", pois o nível de participação eleitoral é bastante elevado, considerando o seu baixo índice de controlo da corrupção. Portugal é o segundo país da amostra com menor controlo da corrupção (pior só a Espanha) e também o penúltimo no nível de participação eleitoral (pior só a França). Se se admitir que o controlo da corrupção pode ser visto como uma expressão do bom funcionamento das instituições públicas, estes dados corroboram que os eleitores se apercebem da qualidade das instituições políticas.

Para além da participação eleitoral será interessante verificar se há alguma relação entre o controlo da corrupção e o crescimento económico. Este habitualmente é medido pelas taxas de crescimento do PIB. A Figura 12 mostra a contraposição entre os dois indicadores.

---

(46) O coeficiente de correlação simples ( $\rho$ ), corresponde à raiz quadrada do  $R^2$  quando apenas se contrapõem duas variáveis e mede a "força" ou "grau" de relacionamento linear entre duas variáveis e varia entre -1 e 1. Diz-se que há uma correlação positiva forte entre as variáveis quando  $\rho$  varia entre 0,5 e 1, uma correlação moderada quando  $\rho$  varia entre 0,3 e 0,5 e para valores entre 0,3 e 0 uma correlação fraca. Se a relação entre as variáveis for negativa aplicam-se os mesmos intervalos na classificação da força da correlação, mas com valores com sinal negativo. O valor do  $\rho$  que vai sendo apresentado ao longo do texto foi calculado a partir do  $R^2$  que aparece nas figuras onde foi traçada a linha de tendência, calculando a raiz quadrada do  $R^2$ .



**Figura 12.** Controlo da Corrupção vs. Taxas Médias de Crescimento Real Anual do PIB 1996-2015

Fonte: PORDATA e "The Worldwide Governance Indicators".

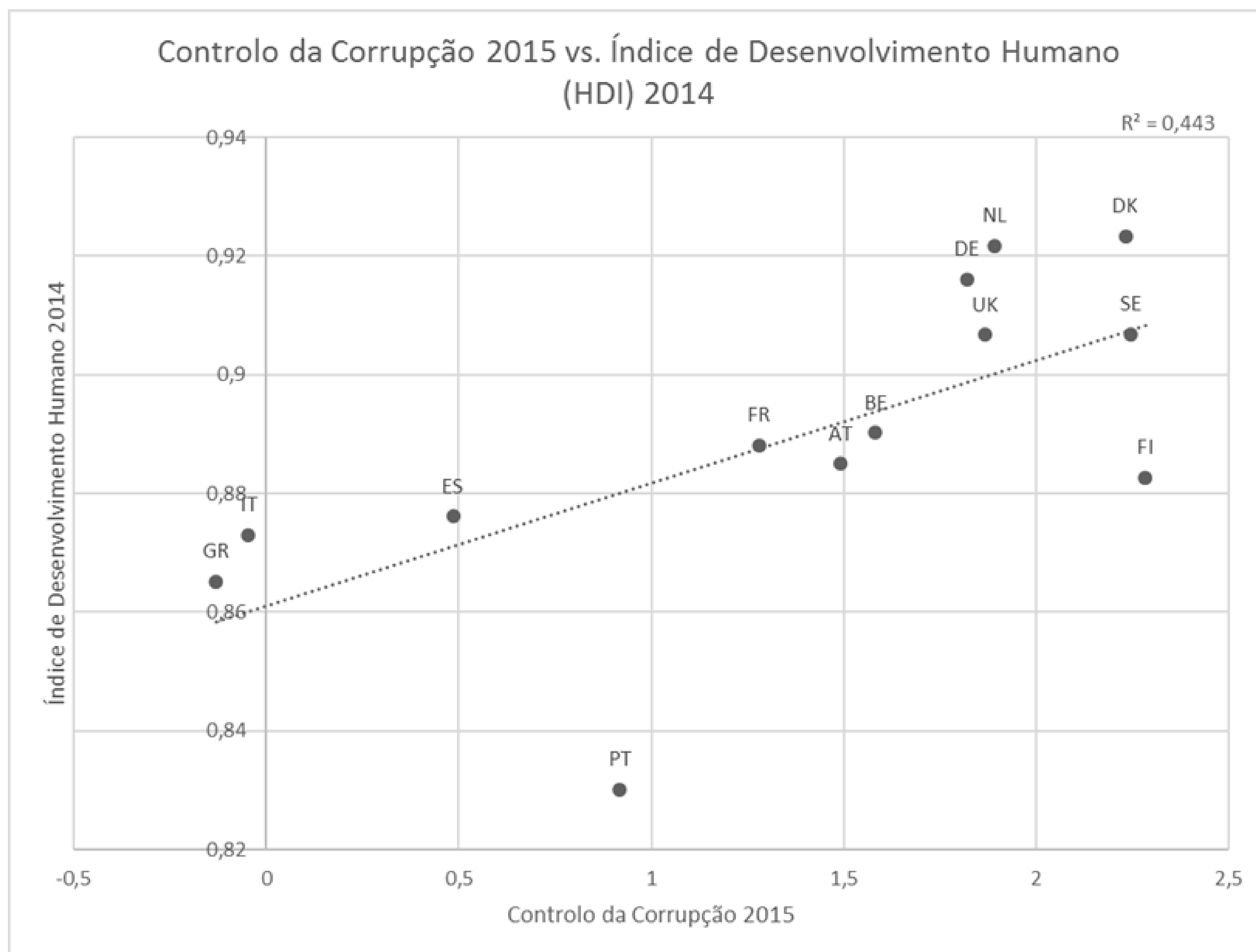
Vê-se na Figura 12 uma relação positiva forte entre o controlo da corrupção e as taxas médias de crescimento real anual do PIB nos países da amostra. O coeficiente de correlação é elevado ( $\rho = 0,66$ ). Daqui não se pode inferir que o controlo da corrupção impulsiona o crescimento económico, não só porque a amostra é pequena, mas também porque não foram testadas as relações de causalidade. Contudo, infere-se da Figura 12 que um maior nível de controlo da corrupção está associado a um maior ritmo de crescimento económico. Do ponto de vista da ciência económica este resultado é expec-

tável, pois a corrupção interfere com a atividade económica, levando a que sejam preteridas as opções mais competentes e desviados recursos das utilizações mais eficientes, para além de se gerarem distorções da concorrência. Portugal encontra-se numa posição intermédia, com um nível de crescimento económico um pouco abaixo do expectável face ao seu esforço de controlo da corrupção (está posicionado um pouco abaixo da linha de tendência).

Mais abrangente e estrutural do que o crescimento económico é o índice de desenvolvimento humano (HDI - "Human Development Index")<sup>(47)</sup> que contempla outras vertentes de qualidade de vida para além do rendimento "per capita". A Figura 13 aponta para existência de uma relação positiva entre o controlo da corrupção e o HDI nesta amostra de países desenvolvidos da União Europeia.

---

(47) Índice que atende não só à evolução do Rendimento dos países, mas também às condições de vida humana, como os cuidados de saúde, a esperança de vida, os níveis de educação e de formação populacional, entre outros. Os relatórios de desenvolvimento humano e a explicação da conceção do HDI podem ser vistos em: <<http://hdr.undp.org/en/content/human-development-index-hdi>> (04-05-2018).



**Figura 13.** Controlo da Corrupção 2015 vs. Índice de Desenvolvimento Humano 2014  
Fonte: PORDATA e "The Worldwide Governance Indicators" e Relatórios do Desenvolvimento Humano.

A correlação é positiva e forte (coeficiente de correlação -  $\rho = 0,67$ ). Tendencialmente os países com maior controlo da corrupção apresentam um maior nível de desenvolvimento, medido de acordo com o HDI. Portugal revela-se um "outlier", pois possui um nível de desenvolvimento reduzido face aos demais países, quer em termos absolutos, quer tendo em conta o seu nível de controlo da corrupção. Ou seja, provavelmente o país enfrenta diversos constrangimentos, para além das dificuldades de controlo da corrupção, que atrasam o seu desenvolvimento.

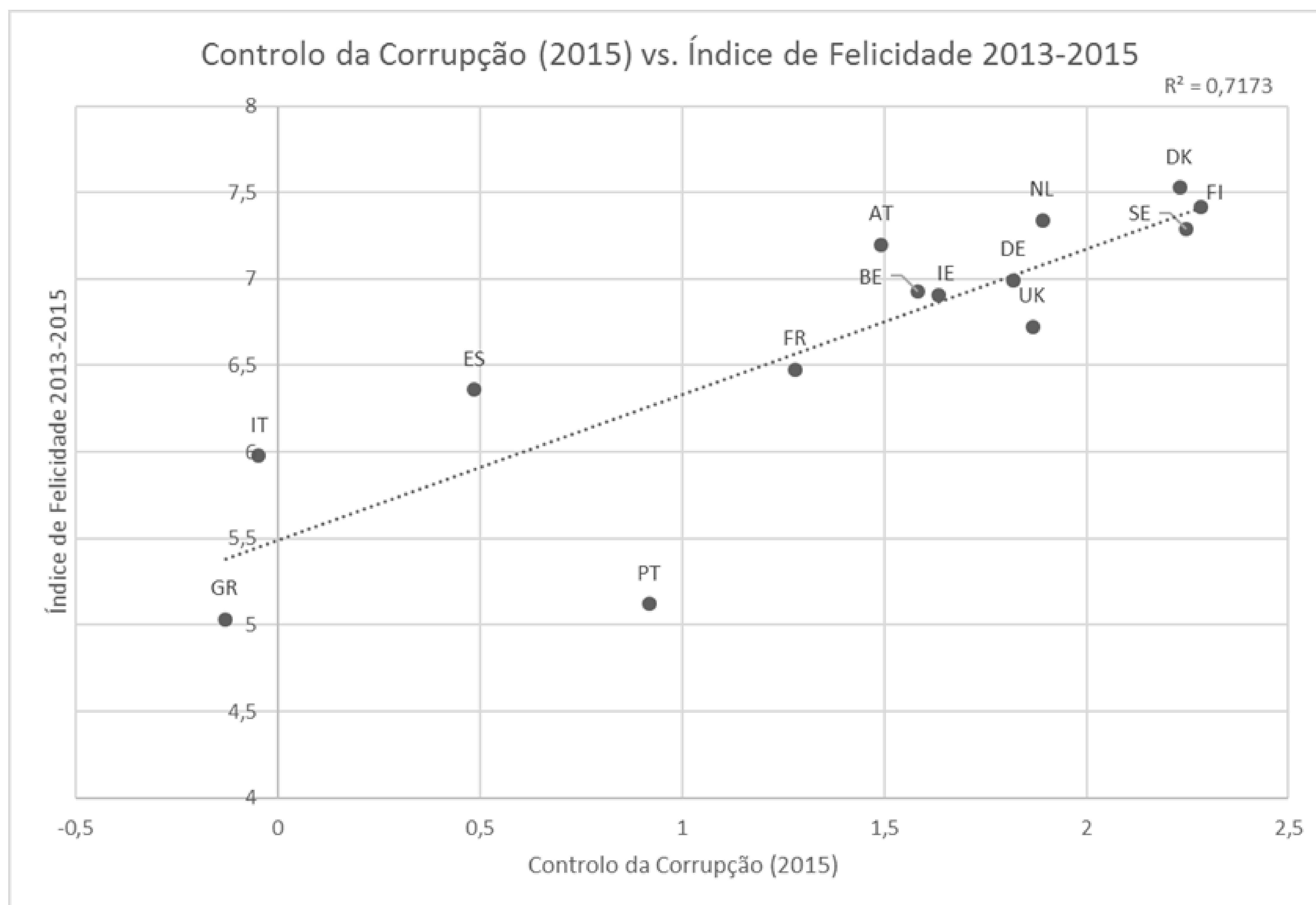
Por fim, resta contrapor o controlo da corrupção com um indicador que expressa um fim essencial das aspirações humanas: a felicidade. A ciência económica recentemente começou a incluir na sua nomenclatura a expressão "felicidade", a par de termos como "utilidade" ou "bem-estar". Tal resulta de uma interdisciplinaridade crescente desta disciplina científica com a Psicologia. Um dos primeiros problemas que a "Economia da Felicidade" teve de enfrentar foi a medição do nível de felicidade. A Psicologia deu um contributo para esse desiderato, estando hoje firmada a avaliação subjetiva pelas pessoas ao seu nível de felicidade.<sup>(48)</sup> Nos últimos 50 anos têm sido aplicados questionários em muitos países sobre as perceções subjetivas de felicidade, as quais estão registadas em estatísticas oficiais da OCDE e publicadas nos Relatórios da Felicidade Mundial.<sup>(49)</sup>

---

(48) Os inquiridos são confrontados com a seguinte questão: "No global, qual o seu grau de satisfação com a sua vida atual?" ("Overall, how satisfied are you with your life these days?" - "Subjective well-being" (SWB) - medida de bem-estar subjetivo) e devem apontar um nível entre 0 e 10, em que 0 significa "totalmente insatisfeito" e 10 significa "extremamente satisfeito". Cfr. BRUNO S. FREY, *Happiness - A revolution in Economics*, MIT- Massachusetts Institute of Technology, 2008 (tradução de 2009, "Felicidade - Uma revolução na Economia"), Lisboa: Gradiva, pp. 42 - 55.

(49) Obtido a partir dos "WORLD HAPPINESS REPORTS" em <<http://worldhappiness.report/>> (04-05-2018).





**Figura 14.** Controlo da Corrupção vs. Índice de Felicidade 2013-2015<sup>(50)</sup>  
Fonte: "The Worldwide Governance Indicators" e "Report of Happiness" 2016.

Na Figura 14 é possível identificar uma relação positiva entre o controlo da corrupção e o índice de felicidade ( $\rho = 0,85$ ), ou seja, há uma correlação positiva forte entre os indicadores contrapostos. Os países com maior capacidade para controlar a corrupção tendem a apresentar um maior nível de felicidade.

Em suma, os dados apresentados revelam que o controlo de corrupção pode ser importante a diversos níveis de desempenho das democracias. Está associado ao comprometimento

(50) Os dados da figura baseiam-se no relatório de 2016 editado por JOHN HELLIWELL, RICHARD LAYARD e JEFFREY SACHS. *World Happiness Report, 2016*, <[http://worldhappiness.report/wp-content/uploads/sites/2/2016/03/HR-V1\\_web.pdf](http://worldhappiness.report/wp-content/uploads/sites/2/2016/03/HR-V1_web.pdf)> (28-12-2016)

---

dos cidadãos com as instituições democráticas, ao crescimento económico, ao desenvolvimento humano e a níveis elevados de felicidade.

## 7. Conclusões

O crime de corrupção tem merecido uma grande atenção em Portugal, não só das instituições políticas e da comunicação social, mas também das instituições académicas. Este estudo junta-se à literatura que procura refletir sobre o fenómeno, dissecando os elementos que o caracterizam, dando relevância às suas consequências para a qualidade das democracias, com especial enfoque na situação portuguesa. A análise realizada constata que os recursos utilizados pelo Estado nas economias desenvolvidas apresentam uma dimensão substancial, tendo vindo a aumentar na última década, o que significa que não será anormal a existência de atuações ilícitas por parte de múltiplas entidades com vista à captura desses recursos. Algumas áreas de intervenção do Estado destacam-se por mobilizarem avultados montantes monetários, designadamente a Educação, a Saúde e a Proteção Social. Estes domínios de intervenção estatal são potencialmente polos de atração para práticas de corrupção.

O sistema político encontra-se fragilizado para monitorizar os "desvios" às preferências dos votantes, pois os eleitores não estão devidamente informados. Os níveis de participação eleitoral são baixos, o que revela que os eleitores se envolvem pouco com o sistema político, podendo isso significar que ou

se sentem impotentes para influenciar a escolha pública ou não estão interessados. Ambos são sinais de falta de escrutínio democrático sobre a atuação das entidades públicas e indicam que os grupos de interesse podem ter êxito no exercício de "lobbying", pois os políticos que se submetem a interesses privados dificilmente serão penalizados eleitoralmente. Este contexto cria condições para a proliferação da corrupção. Em acréscimo, esta pode ser um fator de redução da participação eleitoral, pois desacredita as instituições democráticas perante os eleitores, o que abre mais espaço para a existência de comportamentos contrários ao interesse público. Este movimento bilateral, em que a falta de participação eleitoral abre oportunidades para a corrupção e em que o aumento desta reduz a participação eleitoral, coloca em risco a "sobrevivência" da democracia.

Portugal é dos países da União Europeia que apresenta uma menor participação eleitoral nas eleições do Parlamento, o que significa um elevado risco de proliferação da corrupção. O país ratificou as convenções internacionais contra a corrupção e o número de condenações é bastante reduzido. Tal não significa que os crimes de corrupção sejam pouco frequentes, pois é expectável que, atendendo à sua natureza, as "cifras negras" sejam elevadas, ou seja, uma parte substancial dos crimes de corrupção não seja detetada pelo sistema judicial. As perceções dos cidadãos quanto à persistência do fenómeno em Portugal são muito elevadas - paradoxalmente face ao baixo número de casos detetados - o que poderá dever-se a um conjunto de processos em curso que envolvem importantes figuras públicas e, conseqüentemente, será a resposta

à grande amplificação dada pelos órgãos de comunicação social. Especificamente em Portugal foram identificados vários problemas no Parlamento que tornam o processo de feitura de leis permeável à corrupção, pelo que atualmente estão em curso alterações ao regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos de titulares de cargos políticos e altos cargos públicos.

O estudo permitiu identificar, com base numa amostra de países da União Europeia - entre os quais se inclui Portugal - que os esforços de controlo da corrupção podem ser altamente compensadores em termos sociais. Foi possível verificar a existência de correlações positivas fortes entre o controlo da corrupção e: i) a participação eleitoral; ii) o crescimento económico; iii) o índice de desenvolvimento humano; iv) as perceções de felicidade por parte dos cidadãos. Estes resultados são especialmente importantes para Portugal, pois é um dos países da amostra com níveis mais baixos em todos esses itens. Daqui se conclui que o combate à corrupção deve ser uma prioridade política para evitar o enfraquecimento da democracia, que, como foi visto, na sua vertente de participação eleitoral está já bastante debilitada no país, e também para elevar a qualidade de vida dos cidadãos.

Como controlar a corrupção? A resposta a esta questão está para além do escopo deste estudo, mas há uma vasta literatura que se debruça sobre as políticas para reduzir os níveis de corrupção num país desenvolvido. MAIA<sup>(51)</sup>, tendo revisto um conjunto de estudos, indica alguns fatores relevantes. Por

(51) ANTÓNIO JOÃO MAIA, "Corrupção - A fraude na governação e na gestão pública". In *Fraude em Portugal: factos e contextos*, ANTÓNIO JOÃO MAIA, BRUNO SOUSA e CARLOS PIMENTA, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 247 - 299.

um lado, ao nível da prevenção, haverá que aumentar na sociedade os índices de partilha e de coesão social em torno de sólidos valores éticos e morais, pelo que o sistema educativo e as instituições que intervêm na formação da "consciência social" terão um papel relevante. Por outro lado, ao nível do sancionamento, a melhoria da eficácia do sistema judicial será necessária. A sensação de impunidade por parte dos infratores é um óbice significativo ao combate à corrupção. Um dos aspetos relevantes ao nível da dissuasão é a celeridade do sistema judicial. Segundo CRUZ<sup>(52)</sup>, Portugal tem grandes dificuldades a este nível, necessitando de reformas para o aproximar dos níveis de celeridade dos sistemas judiciais da maior parte dos países da União Europeia<sup>(53)</sup>, especialmente os que foram objeto de comparação no estudo. Por fim, não será menos importante a eficiência das instituições políticas e da administração pública, em termos de transparência, prestação de contas e eficácia no uso dos recursos públicos, o que contribuirá para uma maior confiança no Estado e para a perceção dos benefícios da sua intervenção. Se se conjugarem estes elementos estão criadas condições para uma forte reação social aos crimes de corrupção, que se traduzirá numa estigmatização social dos prevariadores, o que poderá ser um importante fator de dissuasão.

(52) Cfr. JOSÉ N. CRUZ, "Anomia, criminalidade e debilidades do sistema de justiça em Portugal", *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LX, 2017, pp. 175-193.

(53) Existem disponíveis em Portugal indicadores que procuram medir a eficácia do sistema de justiça, designadamente o tempo necessário à resolução de litígios e a taxa de congestionamento dos tribunais. Cfr. CONCEIÇÃO GOMES, *Os atrasos na justiça*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, p.55 e seg. sobre indicadores sobre atrasos da justiça em Portugal. Internacionalmente são também publicados por diversas agências internacionais vários indicadores que comparam os países quanto à qualidade dos sistemas judiciais. Por exemplo, segundo o Rule of Law Index 2015, publicado pelo World Justice Project - índice construído a partir da avaliação dos sistemas de justiça com base nas experiências e perceções do público em geral e de peritos sobre sistemas de justiça, disponível em <https://worldjusticeproject.org/> (6-11-2017) - Portugal apresentava em 2014, tendo em conta a justiça cível e a penal, o grau de morosidade mais elevado entre os países considerados na amostra.

## Bibliografia

- ARROW, KENNETH, *Social choice and individual values*, New Haven: Yale University Press, 1963, 2<sup>nd</sup>. ed (1st ed. 1951).
- BANFIELD, EDWARD, Corruption as a feature of Government organization, *Journal of Law and Economics*, vol. XVIII, 1975, pp. 587-605.
- BECKER, Gary S., "Crime and punishment: an economic approach", *Journal of Political Economy*, 76 (2), 1968, pp. 167-217.
- BENSON, MICHAEL e SIMPSON, SALLY S., *White-Collar Crime: An Opportunity Perspective*, New York: Routledge, 2009.
- BRUISMAN, GERBAN e WEISBURD, DAVID (ed.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, New York: Springer, 2014, pp. 4544-4551.
- COHEN, LAWRENCE E. e FELSON, Marcus, "Social change and crime rate trends; a routine activity approach", *American Sociological Review*, 44 (4,) 1979, pp. 588-608.
- CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2017, <[https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2017](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017)> (3-04-2018)
- CRIMINAL LAW CONVENTION ON CORRUPTION, <<https://rm.coe.int/168007f3f5>> (3-04-2018).
- CRUZ, JOSÉ N., "Anomia, criminalidade e debilidades do sistema de justiça em Portugal", *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LX, 2017, pp. 95-204
- , *Economia e Política: uma dialéctica na escolha pública*, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 246-266.
- CULLIS, JOHN e JONES, PHILIP, *Public finance and public choice, analytical perspectives*, Mcgraw-Hill Book Company Europe 1992.
- CUNHA, ARY FERREIRA DA, *Authority and accountability: contributions of agency theory to good governance*, Doctoral Dissertation in Law Presented at the Faculty of Law, University of Porto. 2016.
- , *Combate à Corrupção: da teoria à prática*, Lisboa: Quid Juris, 2015, pp.93-95.
- ELORANTA, JARI, ANDREEV, SVETLOZAR e OSINSKY, PAVEL, "Democratization and central government spending, 1870-1938: Emergence of the leviathan?". In Christopher Hanes, Susan Wolcott (ed.) *Research in Economic History*, vol. 30, Emerald Group Publishing Limited, 2014, pp.1 - 46.
- FREY, BRUNO S., *Happiness - A revolution in Economics*, MIT- Massachusetts Institute of Technology, 2008 (tradução de 2009, "Felicidade - Uma revolução na Economia"), Lisboa: Gradiva, pp. 42 - 55.
- GOMES, CONCEIÇÃO, *Os atrasos na justiça*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.
- GONZALEZ, LUÍS e LOPES, CARLOS, "Unobserved heterogeneity and bias in tests of the Leviathan hypothesis", *Journal of Economics*, 42 (1), 2016, pp. 81-99.
- GRECO, "Portugal 4th evaluation report fourth evaluation round: corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors", *Compliance Report Portugal*, Adopted by GRECO at its 78th Plenary Meeting (Strasbourg, 4-8December 2017), 2018, <<https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680790833>> (3-05-2018).
- , "Portugal 4th evaluation report fourth evaluation round: corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors", *Evaluation report*

- Portugal*, Adopted by GRECO at its 70th Plenary Meeting (Strasbourg, 30 November - 4 December 2015), 2016, <<https://rm.coe.int/16806c7c10>> (3-05-2018).
- HELLIWELL, JOHN; LAYARD, RICHARD e SACHS, JEFFREY, *World Happiness Report*, 2016, <[http://worldhappiness.report/wp-content/uploads/sites/2/2016/03/HR-V1\\_web.pdf](http://worldhappiness.report/wp-content/uploads/sites/2/2016/03/HR-V1_web.pdf)> (28-12-2016)
- KAUFMANN, DANIEL; KRAAY, AART e MASTRUZZI, MASSIMO, "The Worldwide Governance Indicators: methodology and analytical issues", *Hague Journal on the Rule of Law*, 3 (2), 2011, pp. 220-246.
- KRUEGER, ANNE, "The Political Economy of the Rent-Seeking Society", *American Economic Review*, vol. 64, June, 1974, pp. 291-303.
- HOBBS, THOMAS, *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, 1642, tradução de João Paulo Moraes e Maria Beatriz Nizza da Silva, 2.ª Ed., Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda («Estudos Gerais»).
- MAIA, ANTÓNIO JOÃO, "Corrupção - A fraude na governação e na gestão pública". In *Fraude em Portugal: factos e contextos*, ANTÓNIO JOÃO MAIA, BRUNO SOUSA e CARLOS PIMENTA, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 247 - 299.
- MALTEZ, JOANA V. e CRUZ, José N., "A teoria da escolha racional e o crime económico e financeiro". In *Infrações Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e Direito*. JOSÉ N. CRUZ; CARLA S. CARDOSO; ANDRÉ LAMAS LEITE e RITA FARIA, (coord.), 2013, Coimbra: Coimbra Editora.
- MCLAUGHLIN, EUGENE e MUNCIE, JOHN (ed.), *The Sage Dictionary of Criminology*, London: Sage Publications, Ltd, 2001, pp. 252-253.
- MINISTÉRIO PÚBLICO PORTUGAL, Casos em Portugal: corrupção e criminalidade conexa - Relatório Síntese | 2014-2016, <[http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio\\_corrupcao\\_2014-2016.pdf](http://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/relatorio_corrupcao_2014-2016.pdf)> (3-04-2018).
- MUELLER, DENNIS C., "Constraining Leviathan", *Constitutional Political Economy*, 25 (1), 2014, pp. 88-102.
- OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, OECD, 2011, <[https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\\_ENG.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf)> (3-04-2018).
- ROSE-ACKERMAN, SUSAN, "The economics of corruption", *Journal of Public Economics*, 4 (2), 1975, pp. 187-203.
- ROSS, STEPHEN A., "The economic theory of agency: the principal's problem", *The American Economic Review*, 63 (2), 1973, pp. 134-139.
- SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, "A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência". In *A corrupção*, CLÁUDIA CRUZ SANTOS; CLAUDINO BIDINHO e DÉBORA THAÍS DE MELO, (coord.), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp.110-144.
- SHLEIFER, ANDREI e VISHNY, ROBERT W., Corruption. *Quarterly Journal of Economics*, 108 (3), 1993, pp. 599-617.
- SOUSA, LUÍS DE, "Political Parties and Corruption in Portugal", *West European Politics*, 24 (1), 2001, pp.157-180.
- STOCKEMER, DANIEL, LAMONTAGNE, BERNADETTE e SCRUGGS, LYLE, "Bribes and ballots: The impact of corruption on voter turnout in democracies", *International Political Science Review*, 34(1), 2013, pp. 74- 90.
- TULLOCK, GORDON, "The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft", *Western Economic Journal*, vol. 5, 1967, pp. 224-232.
- UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION, United Nations Office on Drugs and Crime, New York, United Nations, 2004 <[https://www.unodc.org/documents/brussels/UN\\_Convention\\_Against\\_Corruption.pdf](https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf)> (3-04-2018).

# CORRUPÇÃO NAS ESTATAIS E NOVAS REGRAS DE GOVERNANÇA E FISCALIZAÇÃO

IRENE PATRÍCIA NOHARA

Livre-Docente em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo (USP), Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP, por onde se graduou. Professora-Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Email: irene.nohara@uol.com.br

**Resumo:** O presente artigo aborda a corrupção nas estatais e as novas regras de governança e fiscalização. Explica o contexto de surgimento da recente Lei das Estatais no Brasil, como reflexo da Operação Lava Jato. Traça um histórico de criação, proliferação e diminuição das estatais no Brasil. Explica quando os parâmetros de governança corporativa começaram a ser utilizados com maior intensidade também na governança pública, enfatizando que na sociedade de economia mista há um conflito de interesses inerente entre os acionistas e o Estado. Por fim, explica quais são as novas exigências de fiscalização, enfatizando a necessidade de mudança nas práticas organizacionais, com a introdução de parâmetros de moralidade no âmbito da alta gestão das estatais.

**Palavras-Chave:** Estatais, Operação Lava Jato, Governança Corporativa, Compliance, Fiscalização

**Abstract:** The present article addresses state corruption and the new governance and the oversight rules. It explains the context of the emergence from



---

new act. It approaches the history of the creation, increase and diminution of state-owned enterprises in Brazil. It explains when the parameters of corporate governance began to be used with higher intensity also in public governance, emphasizing that in the mixed-economy society there is an inherent conflict of interest. Finally, it explains the new requirements of supervision, emphasizing the need to change organizational practices, with the introjection of morality parameters within the scope of state management.

**Key-Words:** State-Owned Enterprise, Lava Jato Operation, Corporate Governance, Compliance, Supervision

**Sumário.** Considerações Introdutórias. 1. Operação Lava Jato e alteração da Lei das Estatais. 2. Empresas Estatais no Brasil. 3. Regras de Governança e Fiscalização das Estatais. 4. Conflito de interesses inerente às sociedades de economia mista. 5. Transformações no Controle da Nova Lei das Estatais. Conclusões. Referências.

## Considerações Introdutórias

O presente artigo resulta dos trabalhos e reflexões na Reitoria da Universidade do Porto, no memorável *Congresso Luso-Brasileiro de Governança Corporativa e Corrupção*, ocorrido nos dias 11 e 12 de janeiro de 2018, numa organização de Miguel Pestana de Vasconcelos, Ana Flávia Messa e Paulo de Tarso Rodrigues. Portanto, antes de iniciar a exposição da temática da corrupção nas estatais, registro meus agradecimentos aos organizadores do evento, que reuniram exposições de temas convergentes, relevantes e atuais, e pela calorosa acolhida e ao tratamento impecável que recebemos na Universidade do Porto.

É importante ressaltar, a propósito do tema da corrupção nas estatais, que foi justamente um caso de corrupção em estatal considerado como o estopim que mobilizou o governo brasileiro a pressionar o Congresso Nacional para a aprovação de uma lei que contivesse novas regras de governança e fiscalização das estatais. Contudo, desde 1998, quando da Reforma Administrativa, que, no Brasil, culminou com a aprovação da Emenda Constitucional nº 19, já havia a exigência de que as estatais que atuassem no domínio econômico se submetessem a um estatuto com regras próprias.

Logo, percebe-se que a Lei das Estatais surgiu tardiamente, apesar de ter sido aprovada às pressas devido à cobrança social. Diante do *impeachment* ocorrido e da tentativa de o governo interino, que assumiu, procurar legitimar indicações mais técnicas nas estatais, em face do escândalo provocado pela Operação Lava Jato, houve a edição célere, em 2016, da

Lei das Estatais, Lei nº 13.303, diploma legislativo que, conforme mencionado, já era aguardado desde 1998.

A nova legislação não resolveu inúmeras questões que poderiam ter sido tratadas, como o regime jurídico adotado pelas estatais em função do desenvolvimento de suas atividades, assunto que se tornou ainda mais complexo, dada a escolha por inserir na abrangência do mesmo diploma tanto estatais que atuam no domínio econômico quanto as que prestam serviços públicos. Contudo, dois pontos relevantes foram disciplinados: as regras de licitação e contratos das estatais, e o aspecto que interessa à presente abordagem: as novas regras de fiscalização das estatais.

O artigo desenvolvido irá especificar o contexto político conturbado de criação da atual Lei das Estatais no Brasil, explicando o que é a Operação Lava Jato. Depois, será exposto o histórico de surgimento das estatais no Brasil, qual o contexto de expansão da criação de estatais e quando se deu a sua retração. Na sequência, haverá a abordagem do processo de influência das regras de governança corporativa na governança das estatais, sobretudo no contexto da sociedade de economia mista, que abre parte do capital para aquisição de acionistas minoritários.

Por fim, haverá a pormenorização dos principais pontos de alteração do controle das estatais. Pretende-se apresentar um quadro de alterações positivo em relação ao controle, mas simultaneamente focar que a *equity*, da governança corporativa, deve efetivamente ser equilibrada para que haja tanto o atendimento aos anseios dos particulares que investem nas

sociedades de economia mista, como para que a estatal se volte a realizar os fins públicos que justificam a sua criação no Brasil.

Com o artigo pretende-se, pois, ressaltar que há relevantes e estratégicas razões para a existência de diversas das estatais, sendo advertido, ainda, que o combate à corrupção não pode ser utilizado como um pretexto para o desmonte e sucateamento e entrega indiscriminada de tais empresas, que ainda desempenham funções associadas ao desenvolvimento, sendo que, assim como ocorre com a iniciativa privada, aquelas que forem envolvidas em fraudes, devam ter a oportunidade de se renovar, cumprir com as suas responsabilidades, assumir o pagamento dos danos provocados e se comprometer com parâmetros de integridade em suas condutas.

## **1. Operação Lava Jato e alteração da Lei das Estatais**

A Operação Lava Jato representou uma das maiores investigações sobre corrupção realizadas no Brasil. Ela teve início em 2014, no Estado-membro do Paraná, com investigações que recaiam sobre postos de combustíveis e lava jatos de veículos em Brasília, que eram utilizados como fachadas para movimentação de recursos públicos. Posteriormente, ela se concentrou num esquema de corrupção na Petrobrás, que é uma estatal, envolvendo agentes políticos e empreiteiras.

Houve a descoberta de inúmeras fraudes e irregularidades em contratações de empreiteiras. Ainda, funcionários da cúpula da empresa cobravam “propina” dos empreiteiros, em

contratos superfaturados. Alguns contratos não eram realizados e outros, ainda, tinham aditivos que faziam com que o valor final das obras superasse o custo planejado inicialmente.

Os recursos arrecadados com esse esquema eram direcionados a doleiros, os quais utilizavam empresas de fachada, contas no exterior, operações fictícias de importação de mercadorias, para repassar a agentes políticos, sendo muito desse desvio orientado para criar caixa 2 para o futuro financiamento de campanhas políticas. Por esse motivo, havia o aparelhamento político das estatais, o que era feito por meio das indicações em escalões superiores de estatais de pessoas que colaboravam com essa dinâmica.

Os partidos políticos contribuía para a indicação de diretores da Petrobrás e os dirigentes participavam do esquema, alimentado por propina, que era repassada a agentes políticos. Conforme denunciado em esquemas de colaborações premiadas, tais articulações não ocorreram apenas no âmbito da Petrobrás, mas também no setor elétrico, na usina nuclear de Angra 3, em Belo Monte, na obras obras da Copa do Mundo, nos transportes em geral e no metrô em particular.

Existem também investigações para averiguar a adequação dos financiamentos obtidos no BNDES, que é uma estatal (empresa pública federal, sendo um banco de desenvolvimento), pela JBS.

Percebe-se, então, que a Operação Lava Jato desdobrou-se em inúmeras outras operações. A Operação Cobra, conduzida também pelo Ministério Público Federal, investiga ex-presidente do Banco do Brasil, uma sociedade de econo-

mia mista,<sup>(1)</sup> que supostamente teria solicitado 17 milhões de “propina” entre 2009-2015, como condição para viabilizar rolagem de dívida da Odebrecht AgroIndustrial.

Também se objetiva verificar na Operação Resta Um se houve um cartel, envolvendo a empreiteira Queiroz Galvão, para fraudar licitações da Petrobrás. Há uma operação que analisa a possibilidade de desvios em Angra, usina nuclear, que foi denominada Operação Radioatividade.

As repercussões da Operação Lava Jato foram os móveis que inspiraram o legislador a dar uma resposta mais precisa quanto à necessidade de regras mais rígidas de parâmetros de governança corporativa e fiscalização nas estatais, dado que o esquema teve como estopim desvios ocorridos em empresas estatais.

## 2. Empresas Estatais no Brasil

A opção pela criação de estatais no Brasil se deu a partir do contexto da substituição de importações, após a década de 30, em um cenário de industrialização crescente do País. Até a década de 30 o Brasil se voltou eminentemente a fornecer matérias-primas ao mercado internacional, numa dinâmica que lhe era desfavorável.

(1) Existem discussões sobre se o Banco do Brasil (BB) seria uma sociedade de economia mista, pois, conforme enfatiza Edmir Netto de Araújo, somente o Decreto-Lei nº 200/67 e a Lei nº 6.404/1976, forma responsáveis pela criação da sociedade de economia mista, exigindo este último diploma autorização legislativa como condição para sua categorização. Como o BB foi criado muito antes, seria, para alguns, apenas uma empresa sob o controle acionário do Estado. Já a corrente (majoritária) que defende a natureza de sociedade de economia mista para o BB, afirmam que a exigência contida no art. 236 da Lei das S/A seria aplicável tão somente às companhias mistas que se constituíram depois da vigência da lei, não antes, sendo, portanto, injusta a desqualificação do BB enquanto sociedade de economia mista. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 232, e tb: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 643.

Apesar de haver registros de estatais criadas antes desse período, como o Banco do Brasil, em 1808, e a Caixa Econômica Federal, em 1861, o Brasil, ao longo do século XIX, era ainda um País eminentemente liberal, não sendo corrente na época a visão que legitimava a assunção de atividades econômicas em escala pelo Estado.

A crise de 29 e a Grande Depressão marcam a necessidade de uma escolha que promovesse um modelo de desenvolvimento que também beneficiasse o mercado interno do País. Tamanho foi o impacto da crise na exportação da matéria-prima café, da qual a economia brasileira dependia, que Getúlio Vargas praticou a chamada política de compra e queima de café, injetando dinheiro na economia, para mitigar os efeitos da queda ocorrida no preço da *commodity*.

Como o Brasil ainda era um país eminentemente agrário, não havia ainda estruturas de mercado suficientes para sustentar os rumos da proposta de desenvolvimento pela industrialização. Então, a opção de Vargas foi pelo Estado assumir o papel de criar indústrias de base para que o Brasil se modernizasse.

Percebe-se que o desenvolvimento da indústria nacional foi dialeticamente gestado pelo esgotamento do modelo agrário-exportador após a Crise de 29. Houve, a partir de então, o investimento do Estado em áreas estratégicas abrangidas pelo Programa de Substituição de Importações (PSI). Também influenciou essa escolha o fato de que a Segunda Guerra Mundial prejudicou a importação de bens e matérias-primas, sendo que, diante da rigidez burocrática da Administração Direta e

o tímido setor privado nacional, as empresas estatais foram tidas como a melhor solução, dada a agilidade, a autonomia e a flexibilidade maior em seu regime jurídico.<sup>(2)</sup>

São da época do Estado Novo de Getúlio: a criação da CSN, em 1941, a Companhia Vale do Rio Doce, de 1942, sendo, por sua vez, a CHESF, Companhia Hidroelétrica do São Francisco, criada em 1945. Posteriormente, ainda, foi criado o BNDES, em 1952, e a Petrobrás, por sua vez, em 1953.

Depois de Getúlio, dá-se destaque ao desenvolvimentismo de Juscelino Kubitschek (1956-1960). Este objetivou, com o Plano de Metas, investir em infraestrutura, com foco para os setores de transportes, que sofriam estímulo do eixo rodoviário dada influência de grandes montadoras estrangeiras, e energia elétrica. É de 1957 a criação de Furnas.

Nas décadas de 60 e 70, o Estado acentua o seu papel empresário, investindo na Siderurgia, em Petroquímica, Construção Naval e produção de Energia Elétrica. O Decreto-lei 200/67 surge como um marco normativo no sentido de tentar disciplinar o regime jurídico dos entes da Administração Pública, sobretudo a Administração Indireta, da qual fazem parte as estatais.

Logo após esse período, ocorre o auge da criação de estatais, num ciclo de grande crescimento econômico vivenciado pelo Brasil, abrangendo a criação: da Embraer e dos Correios, em 1969, da Serpro, de 1970, da Elebrás, da Embrapa e da Infraero, em 1972, da Codevasf e da Dataprev, em 1974 e da Radiobrás, da Imbel, do Nuclep e da Eletronuclear, em 1975.

---

(2) Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Histórico. Acesso em: < <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/coordenacao/historico>>. Acesso em 23 fev. 2018.



No regime militar brasileiro, época de proliferação de estatais, houve o seu direcionamento para o desenvolvimento de setores da economia considerados de interesse nacional, tendo em vista um projeto de desenvolvimento que focava na soberania econômica e, principalmente, na segurança nacional, temas da preocupação dos governos militares.

Adverta-se que muito da falta de legitimidade dos governos militares foi compensado com o preenchimento de indicações para empregos nas estatais, ou seja, muitos dos empregos públicos existentes foram preenchidos a partir de indicações políticas, ocasionando o fenômeno apelidado no Brasil de “cabide de empregos”. O inchaço das indicações obrigou o ordenamento jurídico “ampliar os meios de controles das estatais, estreitando os freios a tais atividades das empresas”.<sup>(3)</sup>

Assim, apesar do discurso (já daquela época), no sentido da descentralização e da contratualização, os governos de então agiram no sentido oposto, isto é, da centralização e da estatização. A criação de estatais foi uma estratégia utilizada para promover “cabides de empregos”, pois houve a expansão da burocracia como forma de gerar nomeações, o que contribuía para que houvesse menos questionamentos à ilegitimidade dos governos de então pela classe média brasileira, dado que alguma parcela dela era cooptada pelos governos ilegítimos na base da “troca de favores”.

Esse “boom” de estatais no Brasil começou a ser refreado após os efeitos dos dois choques do Petróleo, sendo a segunda crise de 1979. Por conseguinte, é deste ano o Programa Nacio-

(3) ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 222.

nal de Desburocratização, veiculado pelo Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979, que objetivava maior contratualização e refrear o crescimento da Administração.

Conforme se observa dos seguinte objetivos, contidos, respectivamente, nas alíneas *f*, *g* e *h*, do art. 3º, do Programa Nacional de Desburocratização, o governo de então objetivava: “fortalecer o sistema de livre empresa, favorecendo a empresa média e pequena, que constituem matriz do sistema, e consolidando a grande empresa privada nacional, para que ela se capacite, quando for o caso, a receber encargos e atribuições que se encontram hoje sob a responsabilidade do Estado; impedir o crescimento desnecessário da máquina administrativa federal, mediante o estímulo à execução indireta, utilizando-se, sempre que praticável, o contrato com empresas privadas capacitadas e o convênio com órgãos estaduais e municipais; e velar pelo cumprimento da política de contenção da criação indiscriminada de empresas públicas.

A Constituição de 1988, por sua vez, surgiu num contexto de reação de anos de governos autoritários, tendo sido responsável por um momento de viragem, ao fundar um Estado Democrático de Direito.

Houve, na ordem econômica, o desdobramento de um regime publicístico para a prestação de serviços públicos, conforme delimitado no art. 175 da Constituição, com a responsabilidade objetiva, ainda hoje estabelecida sem alterações no art. 37, § 6º, sendo, por outro lado, a exploração do Estado de atividades no domínio econômico disciplinada no art. 173 da Constituição, cujo *caput* contempla a seguinte redação: “Reservados os casos previstos nesta Constituição, a exploração

direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

A Emenda Constitucional nº 19/98, da Reforma Administrativa, procurou exigir um estatuto próprio para as empresas estatais. Tal exigência foi introduzida no § 1º, do art. 173 da Constituição, o qual determina que: a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação em contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; e V - os mandados, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Foi com base nesta previsão constitucional, contida no § 1º do art. 173, após os reflexos da Operação Lava Jato, que houve a aprovação, às pressas, do projeto que criou a Lei das Estatais, Lei nº 13.303/2016.

### **3. Regras de Governança e fiscalização das estatais**

Fiscalização das estatais é uma atividade de controle das estatais. Do ponto de vista do Direito, envolve também a análise da disci-

plina jurídica que regula as exigências de controle das empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias.<sup>(4)</sup> Estatal é um termo que designa toda sociedade, civil ou comercial, da qual o Estado tenha controle acionário, sendo espécies do gênero: as empresas públicas, as sociedades de economia mista e qualquer outra empresa controlada pelo Estado.

Enquanto a empresa pública é uma sociedade de patrimônio próprio e capital votante exclusivo, sendo o seu capital social constituído de recursos provenientes do setor público, podendo revestir-se de qualquer forma admitida em direito;<sup>(5)</sup> a sociedade de economia mista, por sua vez, conta com a participação tanto do Poder Público como de particulares em seu capital e administração, sendo sempre organizada na forma de sociedade anônima.

Na década de noventa houve, no Brasil, a intensificação do debate sobre a necessidade de delimitação de parâmetros mais rigorosos de governança corporativa para as empresas estatais. Tal discussão partiu da necessidade da previsão de um sistema de governança que intensificasse a transparência e o controle para minimizar as possíveis falhas de integridade na conduta da alta gestão dessas empresas.

A presença de parâmetros mais rigorosos de controle das empresas, pautado na governança corporativa, foi assunto influenciado pelo debate norte-americano da década de oitenta.

---

(4) Assunto trabalhado também no verbete: NOHARA, Irene Patrícia. Fiscalização nas empresas estatais. In. *Enciclopedia Jurídica da PUCSP*. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbeta/116/edicao-1/fiscalizacao-das-empresas-estatais>>.

(5) Curiosamente o Decreto que regulamenta a Lei das Estatais determina que a empresa pública deverá assumir preferencialmente a forma de sociedade anônima, cf. art. 11 do Decreto nº 8.945/2016.

Houve, nos Estados Unidos, a intensificação do ativismo societário de fundos de pensão, com destaque para o Calters, sobretudo após um conflito que ocorreu entre a visão dos acionistas minoritários, que não concordaram com a decisão dos diretores da Texaco de não venderem a empresa para a Chevron, e os dirigentes. Os acionistas dos fundos de investimento da Califórnia ficaram insatisfeitos com a concentração decisória nos diretores-presidentes das companhias, que tinham acentuada influência nos Conselhos de Administração, e começaram então um movimento no sentido do reconhecimento de maior influência dos acionistas nas decisões estratégicas da empresa.

O ativismo societário foi, portanto, no sentido de reivindicar mais poder aos acionistas minoritários. Posteriormente, em 1995, houve, nos Estados Unidos, um escândalo envolvendo fraudes identificadas na Euron, o que estimulou a criação da Lei Sarbanes-Oxley - SOX, diploma responsável pela intensificação dos bons padrões de governança corporativa no gerenciamento de risco das sociedades em geral.

O debate americano teve influência no brasileiro, pois foi incorporado do sistema do *Common Law*, sobretudo a partir de sua visão da nova gestão pública (*New Public Management*), um novo vocabulário. O vocabulário, de língua inglesa, foi sendo paulatinamente transplantado para os Códigos Brasileiros de Melhores Práticas de Governança Corporativa, o que incluiu quatro desdobramentos: (1) a *accountability* ou prestação de contas; (2) a *disclosure* ou transparência: para que os *stakeholders* (investidores) saibam da situação efetiva da empresa

e tenham meios de mensurar os riscos dos investimentos que serão feitos; (3) a *equity* ou equidade na composição de eventuais interesses divergentes entre acionistas, membros do Conselho de Administração e dirigentes das empresas; e (4) a *compliance*, que se realiza a partir da edição e da prática dos Códigos de Ética e de Integridade organizacional.

De acordo com o manual de governança do Tribunal de Contas da União, governança corporativa é definida como o sistema pelo qual as organizações são dirigidas e controladas, o que inclui mecanismos de convergência de interesses de atores direta e indiretamente impactados pelas atividades das organizações. Tais mecanismos protegem os investidores externos de expropriação pelos internos, sendo estes últimos os gestores e acionistas controladores.<sup>(6)</sup>

Os conceitos da governança corporativa começaram então a povoar o Direito Administrativo brasileiro, que também continha definições similares, por exemplo: a transparência, que depois foi disciplinada pela Lei de Acesso à Informação, é associada ao princípio constitucional da publicidade; a *compliance* veicula, conforme dito, os denominados programas de integridade e Códigos de Ética, sendo atualmente uma exigência feita também pela Lei Anticorrupção; e a *accountability* relaciona-se com a prestação de contas, fator relevante de controle organizacional.

Também a *accountability* foi termo utilizado no movimento da Reforma Administrativa, que depois deu ensejo à positividade da Emenda Constitucional nº 19/98, sendo esta resul-

(6) BRASIL. Tribunal de Contas da União - TCU. *Governança Pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria*, p. 19.

tante da influência do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (1995). O mencionado plano era um documento oficial que esclarecia os objetivos da Reforma. Ele propunha, entre outras coisas, que houvesse a substituição da *rule-based accountability* pela *performance-based accountability*, isto é, do controle ou fiscalização baseado nas regras e procedimentos para um controle de resultados ou desempenho, conforme se intensificou no Brasil o discurso em favor da eficiência e a proposta controvertida de substituição do modelo de gestão burocrático pelo chamado modelo gerencial.<sup>(7)</sup>

Do ponto de vista das atividades de produção de bens e serviços para o mercado, a ideia do plano era de intensificação da privatização, o que ocorreu de forma progressiva ao longo da década de noventa. Essas transformações, entretanto, não deixaram de ter suas complexidades. Primeiramente, porque a Constituição legitima a existência das estatais para as circunstâncias legais de imperativos da segurança nacional e o cumprimento de relevante interesse coletivo.

Logo, há razões de importância estratégica e de interesse geral para que existam empresas estatais, pois, não obstante a força hegemônica do discurso em favor da desestatização, também é sabido que as empresas estatais cumprem um significativo papel na dinamização da economia de um país, sendo frequentemente indutoras de desenvolvimento, a depender do tipo de atividade e da forma como é desempenhada, mesmo que atuem no domínio econômico.

---

(7) NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 97.

## 4. Conflito de interesses inerente às sociedades de economia mista

Outro fator a ser considerado no debate do controle ou da fiscalização das estatais é o fato de que a importação dos referenciais da governança corporativa para a governança pública nem sempre é suficiente para dar conta de todas as complexidades analisadas do ponto de vista da realização da função social das estatais.

No caso da sociedade de economia mista, por exemplo, além da necessidade, por meio da *equity*, da composição entre os interesses de acionistas privados, que são parcela de seus financiadores, e dos dirigentes, responsáveis pela gestão da estatal e por parte de suas decisões estratégicas, que terão impacto no valor das ações, a estatal foi criada também para realizar interesses coletivos.

Ela é orientada, segundo dicção do § 1º do art. 27 da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), para o alcance: do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos, com vistas tanto à ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da estatal; como para o desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira de produção e oferta de produtos e serviços da estatal, sempre de maneira economicamente justificada.

Por conseguinte, apesar de uma sociedade de economia mista precisar também ser orientada para o lucro, se desejar atrair mais acionistas privados para aumentar o seu capital, ainda assim seus objetivos precípuos, que legitimam sua



criação, também se voltam para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, sendo necessário distinguir interesse público primário de interesse público secundário.<sup>(8)</sup>

Assim, se há alguma estatal que produz energia elétrica, por exemplo, a tarifas mais módicas, ampliando o acesso ao serviço, tal atividade pode contribuir não apenas com os usuários do serviço, mas também com o incremento das atividades econômicas do País, pois o funcionamento da indústria também depende, no geral, do valor pago pela energia elétrica, o que tem impacto na geração de empregos e, conseqüentemente, no desenvolvimento socioeconômico do País.

Há, entretanto, um conflito de interesses latente nas sociedades de economia mista. Tal conflito de interesses inerente às atividades das sociedades de economia mista foi exposto há tempos por Bilac Pinto, no clássico artigo denominado *O declínio das sociedades de economia mista e advento das modernas empresas públicas*,<sup>(9)</sup> em que relata a intensificação, na Europa do século XX, da associação entre capital público e privado e, depois, a insuficiência do modelo da sociedade de economia mista diante do conflito latente.

A sociedade de economia mista foi engendrada na Europa como solução jurídica para as desvantagens que o modelo de concessões começou a oferecer durante um período da história, tendo em vista que as cláusulas de garantia de juros e a extensão dada à teoria da imprevisão (com o restabelecimento

---

(8) Aqui a lucratividade da empresa, que é importante, não é o interesse público primário que justifica a sua criação, mas a realização dos interesses coletivos e dos imperativos da segurança nacional são os motivos que legitimam sua existência.

(9) PINTO, Bilac. *O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas*. *Revista de direito administrativo: seleção histórica*, pp. 257-270 (publicada originariamente na RDA 32/9).

da cláusula *rebus sic stantibus* a partir de meados da Primeira Guerra Mundial<sup>(10)</sup>), acabaram forçando o Estado a progressivamente participar das perdas da exploração do serviço público concedido.

Se antes a concessão corria efetivamente por conta e risco do concessionário, o Estado posteriormente passou a arcar, na prática, com o risco dos negócios também. Diante dessa circunstância, a sociedade de economia mista passou a ser vista como uma forma de o Estado assumir o controle de um serviço, sem deixar de captar investimentos e recursos da iniciativa privada, dada possibilidade de abertura do capital.

A sociedade de economia mista permite, portanto, uma associação entre o Poder Público, que detém o controle acionário da empresa, e os particulares, que investem em suas ações. A empresa é estatal, porque o controle é do Estado, não obstante a participação de investidores da iniciativa privada, mas à sociedade é reconhecida a natureza jurídica de direito privado, dotando-a de métodos de ação da iniciativa privada, o que, em tese, lhe garantiria maior eficiência.

No entanto, desde cedo o modelo da sociedade de economia mista não se revelou perfeito, sendo o principal entrave apontado por Bilac Pinto justamente o conflito de interesses entre o Estado e os particulares investidores, pois, enquanto o particular objetiva lucro, sendo menos importante para ele se a empresa desempenha suas atividades com preços acessíveis ou tendo em vista a universalização do serviço pela modicidade da tarifa, o Estado, por sua vez, tem o dever de orientá-la

---

(10) Conforme o *leading case* ou precedente (arrêt) Caso Gás de Bourdeaux (1916).

para que cumpra sua função social de promoção dos objetivos de desenvolvimento, o que implica na ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da estatal.

Daí porque houve, na Europa da década de 60, o declínio das sociedades de economia mista, que foram sendo aos poucos substituídas pelas empresas públicas, uma vez que estas últimas teriam um capital integralmente público, sendo então menos propensas a provocarem esse tipo de conflito.

No Brasil das décadas de 60 e 70, houve, conforme visto, a proliferação das empresas estatais, tendo em vista um movimento de estatização. Os anos dos governos militares foram marcados pela criação de diversas empresas estatais. Não se considerava, na prática, nenhum “sacrilégio” a atuação direta do Estado no domínio econômico, que era, de fato, incentivada apesar da ressalva formal da Constituição de 1967, do art. 163, § 1º.

Contribuiu também para a intensificação do conflito de interesses nas estatais na época da ditadura o seu direcionamento para fornecerem produtos e serviços abaixo do valor de mercado, tendo em vista que a equipe econômica praticou nelas uma política econômica de preços orientada para o controle inflacionário.

Essa ingerência do Estado nas estatais foi descrita também por Pedro Paulo de Almeida Dutra, em estudo originado de tese defendida em Paris acerca do controle das estatais brasileiras,<sup>(11)</sup> em que se aborda que o endividamento externo

---

(11) DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle de empresas estatais*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 52.

de muitas empresas estatais nem sempre teve relação com imperativos de sua gestão, mas foi antes o resultado da intervenção governamental com vistas à obtenção de recursos financeiros.

Assim, era comum na década de oitenta também a utilização, pelo governo federal, das estatais como meio de captação de recursos para pagamento de suas dívidas financeiras, em um contexto de inflação elevada, o que resultou no progressivo endividamento das empresas estatais.

O movimento de estatização foi revertido no Brasil principalmente a partir da década de 90, em que o pêndulo se inverteu para a privatização, dentro de um projeto político de desestatização, apoiado pelos organismos financeiros internacionais da época. A Emenda Constitucional nº 19, proveniente do movimento de reforma da década de 90, determinou, conforme visto, que a lei estabeleceria o estatuto jurídico da estatal.

## **5. Transformações no Controle da Nova Lei das Estatais**

É controvertida a discussão sobre a nova Lei das Estatais do Brasil, no entanto, um ponto é relativamente consensual: houve muitos avanços em termos de fiscalização, tendo em vista as irregularidades praticadas pela alta gestão da Petrobrás, que trouxeram prejuízos da ordem de bilhões de reais a acionistas.

Assim, são pontos positivos do novo diploma no tocante às regras de fiscalização: a previsão da Carta Anual de Governança Corporativa, a presença de um Comitê de Auditoria Estatutário, a previsão de Código de Ética e Integridade e a presença

de maiores rigores nas indicações dos dirigentes das empresas estatais.

A Carta Anual de Governança Corporativa deve consolidar, em documento escrito, linguagem clara e direta, as informações relevantes, de forma tempestiva, sobre as atividades desenvolvidas (dados operacionais), estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração.

A lei também prevê a gestão de riscos, tanto do ponto de vista organizacional, como também a presença de matriz de riscos no âmbito contratual, conforme dispositivo contido no art. 42, X, da Lei das Estatais, sendo determinação que imprime maior racionalidade e estratégia nas decisões, evitando-se, caso haja efetivamente a matriz, aquisições que sejam prejudiciais à empresa.

Também há a previsão legal de um Comitê de Auditoria Estatutário composto por membros independentes, que fazem investigações, apuram dados dos fundos de investimentos de previdência complementar. É justamente no manejo dos fundos de investimentos das estatais que deve ser acionado um sistema de fiscalização, para que não haja desvios prejudiciais aos beneficiários dos fundos.

Ao Comitê de Auditoria Estatutário cumpre, entre outras atribuições relevantes, avaliar a razoabilidade dos parâmetros em que se fundamentam os cálculos atuariais, bem como o resultado atuarial dos planos de benefícios mantidos pelo

fundo de pensão, quando a empresa pública e a sociedade de economia mista for patrocinadora de entidade fechada de previdência complementar. O Comitê de Auditoria Estatutário, que será integrado por, no mínimo, três e no máximo cinco membros, em sua maioria independentes.

Deve possuir autonomia operacional e dotação orçamentária, anual ou por projeto, dentro dos limites aprovados pelo Conselho de Administração, para conduzir ou determinar a realização de consultas, avaliações e investigações dentro do escopo de suas atividades, inclusive com a contratação e utilização de especialistas externos independentes. O Comitê se reunirá no mínimo bimestralmente, de modo que as informações contábeis sejam sempre apreciadas antes de sua divulgação.

As atas das reuniões do Comitê de Auditoria Estatutário devem ser divulgadas, exceto se a divulgação for considerada pelo Conselho de Administração como algo que possa pôr em risco interesse legítimo da estatal, hipótese em que só se divulgará o extrato das atas (essa opacidade não atinge, todavia, os órgãos de controle, que deverão ter total e irrestrito acesso ao conteúdo das atas do Comitê, com responsabilidade da transferência do sigilo).

Também houve a previsão do Código de Ética e Integridade, com canal de denúncia que proteja aqueles que prestem as informações. O canal de denúncia da Petrobrás na época dos escândalos era monitorado pelos próprios agentes políticos envolvidos, prejudicando com que as denúncias chegassem àqueles que tinham interesse em apurar irregularidades.

Por fim, um outro ponto positivo foi o maior rigor dado às indicações de dirigentes de estatais. De acordo com a lei, só podem ser indicados para tais cargos cidadãos de reputação ilibada e notório conhecimento, que tenham, alternativamente: (a) dez anos de experiência profissional no setor público ou privado da área de atuação da estatal ou em área conexa; (b) quatro anos de três possibilidades: (b1) em direção ou chefia de empresa de porte ou objeto social semelhante ao da estatal; (b2) em cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior no setor público; ou (b3) de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da estatal; ou, ainda (c) quatro anos de profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da estatal; e, cumulativamente: formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado e não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade.

Não podem ser indicados para o Conselho de Administração e para a Diretoria: (1) representante do órgão regular ao qual a estatal está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo - ou de parentes consanguíneos ou afins em até o terceiro grau deles; (2) de pessoa que atuou, nos últimos 36 meses, como participante da estrutura decisória de partido político ou em trabalho vin-

culado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral; (3) de pessoa que exerça cargo em organização sindical; (4) de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, com fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da estatal ou com a própria empresa ou sociedade.

Também prevê a lei que o Conselho de Administração terá o número mínimo de sete e máximo de onze membros, sendo 25% dos membros independentes, isto é: que não tenham vínculo com a estatal; nem sejam cônjuges ou parentes de detentores de cargos de chefia no Executivo, como o Presidente da República, Ministros ou Secretários de Estados e Municípios ou de administrador de estatal; que não tenham mantido nos últimos três anos vínculo de qualquer natureza com a estatal, que possa vir a comprometer sua independência; que não tenham sido nos últimos três anos empregados ou diretores de estatal, exceto se o vínculo for exclusivamente com instituições públicas de ensino ou pesquisa; que não tenham sido fornecedores ou compradores, diretos ou indiretos, de serviços ou produtos da estatal; e que não sejam funcionários ou administradores de sociedade ou entidade que esteja oferecendo ou demandando serviços ou produtos à estatal ou receberem outra remuneração da estatal, além daquela relativa ao cargo de conselheiro, à exceção de proventos em dinheiro oriundos de participação no capital.



## Conclusões

Percebe-se que, em termos legislativos, as apurações de corrupção nas estatais foram fatores que contribuíram para a previsão legal de parâmetros mais rigorosos do controle e fiscalização de tais empresas, sendo este um ponto positivo. Também os parâmetros de governança corporativa são alicerces que permitem uma gestão mais transparente, com regras de integridade e de equidade.

Contudo, não se deve esquecer que a função precípua da estatal ainda é alinhada com uma proposta de desenvolvimento, daí porque elas se veiculam com imperativos da segurança nacional e relevante interesse coletivo, conforme se verifica do art. 173 da Constituição. Logo, não se deve, a pretexto de amparar as reivindicações exclusivas de acionistas minoritários, esquecer-se de que a estatal não foi criada simplesmente para lucrar com a atividade econômica, mas ela tem uma função a ser desenvolvida que justifica sua criação.

Assim, a perspectiva de equidade não deve se ater exclusivamente à uma governança do prisma lucrativo para a organização, mas deve considerar uma governança que analise também a dimensão funcional da estatal. Por outro lado, conforme visto, a estatal não deve ser utilizada para o aparelhamento político dos governos, mas sim para as funções de Estado relacionadas com o incremento do bem-estar da sociedade, conforme atuação de relevante interesse coletivo e segurança nacional.

Outrossim, não é o fato de ter havido distorções que significa que as estatais devam ser todas privatizadas e entregues, a preços desvalorizados, ao capital estrangeiro, pois muitas

delas ainda desempenham um papel relevante e estratégico à realização de interesses coletivos.

Assim, deve haver, do prisma da investigação acadêmica, um olhar de suspeição, pois o fato de ter ocorrido desvios, que redundaram em exigências mais rígidas de parâmetros de governança, não significa que daí devam ser extintas todas as remanescentes estatais que auxiliaram o Estado na promoção de um desenvolvimento de ordem mais includente da perspectiva socioeconômica.

O mesmo movimento pedagógico de *compliance*, que é direcionado aos grandes grupos organizacionais privados que se envolvem ou envolveram em escândalos e crimes contra consumidores e/ou ambientais, sem que isso implique necessariamente dar cabo à organização como um todo, deve ser direcionado, *mutatis mutandi*, às estatais. Depois de grandes escândalos, muitas das organizações se renovam, arcam com a pedagógica punição e se comprometem com novas práticas.

Então, ainda que a questão da corrupção seja premente no Brasil, seus efeitos também devem ser analisados. Não seria desejável que o Brasil enfrentasse uma movimentação de combate à corrupção que, no fundo, servisse a outros interesses, entre os quais: a desvalorização e entrega de estatais, ou, ainda, a troca política com foco lamentável na continuidade dos desvios, doravante feitos por outros grupos, que se apoderam da mesma dinâmica, como se identifica, por exemplo, na década de noventa na Itália, na Operação Mãos Limpas (*Mani Pulite*), que, no fundo, não contribuiu para o fim da corrupção, pois esta continuou sendo praticada com grande intensidade por outros partidos que tomaram posse dos esquemas.

Em suma, as alterações na fiscalização foram boas, mas a questão é de índole ética e o maior desafio não é simplesmente a mudança da lei. O mais relevante é que haja a transformação efetiva das práticas organizacionais, com a introjeção de parâmetros de moralidade no âmbito da alta gestão das estatais.

---

## Referências

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle de empresas estatais*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.
- . Fiscalização nas empresas estatais. In. *Enciclopedia Jurídica da PUCSP*. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/116/edicao-1/fiscalizacao-das-empresas-estatais>>.
- . *Reforma administrativa e burocracia*. São Paulo: Atlas, 2012.
- PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. *Revista de direito administrativo: seleção histórica*, pp. 257-270, originalmente publicada na RDA32/9.

# NOVAS LUZES SOBRE A CIÊNCIA JURÍDICA: A (INEVITÁVEL) REAPROXIMAÇÃO DA ÉTICA AO DIREITO EM TEMPOS DO PÓS-POSITIVISMO

CARLOS EDUARDO NICOLETTI CAMILLO\*

**Resumo:** Este trabalho busca discutir a redefinição da teoria geral do direito na era contemporânea, delineando a chamada teoria do pós-positivismo, suas características e papel fundamental para conduzir o jurista do século XXI a uma nova dimensão da hermenêutica jurídica, com a descrição de seus atributos: a) reaproximação entre a ética e o direito, b) a compreensão de que o direito não encerra apenas uma noção de ordem e segurança, tampouco se resume a um conjunto de regras do direito positivo, para também se caracterizar como um sistema aberto de valores, c) normatividade de princípios que são materializados explicita ou implicitamente, sobretudo, na Constituição, d) releitura e ressignificação de princípios que já existiam no ordenamento jurídico, com a atribuição de um novo significado para se alcançar novas dimensões, de maneira a instrumentalizar os valores fundantes da sociedade, com ênfase ao fundamento da dignidade da pessoa humana, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e e) hermenêutica que privilegie

---

\*Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Coordenador Geral do Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie desde janeiro de 2016. Professor dos programas de Introdução ao Estudo de Direito, Biodireito e Teoria Geral do Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie desde agosto de 2002. Advogado militante em São Paulo desde fevereiro de 1992.

---

a interpretação do verdadeiro sentido e alcance da norma jurídica por outros métodos que primem pela verdadeira busca dos valores da sociedade, além dos clássicos. Também se discute a relação entre moral e o direito, assim como a teoria do mínimo ético, e o objeto maior da finalidade da lei anticorrupção. Ao final, ruma-se para a conclusão de um novo arcabouço, sustentando-se a teoria do máximo ético.

**Palavras-chaves:** Ciência Jurídica. Pós-Positivismo. Direito. Moral. Teoria do Mínimo Ético. Lei anticorrupção e sua significação. Teoria do Máximo Ético.

**Abstract:** This paper seeks to discuss the redefinition of the general theory of law in the contemporary era, outlining the so-called theory of post-positivism, its characteristics and a fundamental role to guide the jurist of the 21st century to a new dimension of legal hermeneutics, with a description of their attributes : a) rapprochement between ethics and law, b) the understanding that law does not only contain a notion of order and security, nor does it boil down to a set of rules of positive law, also to be characterized as an open system of values, c) normativity of principles that are materialized explicitly or implicitly, above all, in the Constitution, d) rereading and re-signification of principles that already existed in the legal order, with the attribution of a new meaning to reach new dimensions, in order to instrumentalize the founding values of society, with emphasis on the foundation of the dignity of the human person, as well as and e) hermeneutics that privileges the interpretation of the true meaning and scope of the juridical norm by other methods that prevail for the true search of the values of the society, besides the classic ones. It also discusses the relationship between morality and law, as well as the theory of ethical minimum, and the larger object of the purpose of anti-corruption law. In the end, one moves towards the conclusion of a new framework, underpinning the theory of maximum ethics.

**Key-words:** Legal Science. Post-Positivism. Right. Moral. Theory of the Minimum Ethical. Anti-corruption law and its significance. Theory of Maximum Ethics

**Sumário:** 1. As luzes da ciência jurídica contemporânea. 2. Direito e moral. 2.1. Teoria do mínimo ético no pós-positivismo. 3. A corrupção como transgressão da ordem jurídica e moral. 4. A Teoria do *máximo* ético na universalidade contemporânea.

O direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a.

*Dante Alighieri*<sup>(1)</sup>

## 1. As luzes da ciência jurídica contemporânea

O positivismo jurídico inundou a ciência do direito, a partir do final do século XIX, com teorias que, em essência, objetivavam excluir todo o enfoque ideológico do direito, com o intuito de revelar claramente a sua protagonista e objeto maior do jurista: a norma jurídica. Além disso, vislumbrava-se que o direito somente poderia ser conhecido e classificado por meio de seus referenciais técnicos e objetivos que lhe fundam e lhe dão sentido: a norma e suas variáveis normativas, como os costumes, a jurisprudência, o contrato, os princípios gerais.

Para essas teorias, a política, a sociologia, a história, a filosofia e, por conseguinte, a ética e a justiça, são referenciais estranhos ao direito. Estava lançada, assim, a pedra fundamental de uma ciência *pura*, que tinha por escopo ordenar e garantir a segurança da sociedade.

Foi um tempo em que a positivação da norma jurídica bastava para outorgar e estabelecer a ordem – sobretudo quando servia como mecanismo de simulação para dar legitimidade a diferentes ordens, inclusive aquelas revestidas de autoritarismos e tiranias. A ideia de direito estava alicerçada mais a um instrumento de *dominação* do que de distribuição de justiça, propriamente dito.

(1) DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*, p. 16.



Sob o prisma da validade formal, eficácia e existência, o direito estava reduzido a um conjunto de normas. Mas isso não perdurou por muito tempo.

O século XX, que ao mesmo tempo foi palco de intensa evolução social, cultural e tecnológica, flertou com a morte, a dor e a destruição em massa, em manifesta desumanização, atravessando duas grandes guerras, entre tantos outros conflitos, a ponto de ser identificado como século sangrento<sup>(2)</sup>.

Cessada a segunda grande guerra e por ocasião dos Julgamentos de Nuremberg<sup>(3)</sup> que tinham por finalidade processar e julgar os membros da liderança política, militar e econômica nazista, por todos os crimes cometidos contra a humanidade, toda a aparente fortaleza dos fundamentos dessas teorias positivistas desmoronou.

Afinal, como sustentar a legitimidade de ordens que, de uma só vez, atentaram covardemente contra a humanidade e conspiravam cruelmente contra o protagonista de toda a proteção do direito, isto é, o ser humano?

Mas não bastava simplesmente reconhecer os crimes contra a humanidade. Era preciso *declarar*<sup>(4)</sup> e não necessariamente *legislar* que a *pessoa humana* traduz o valor fundamental da ordem jurídica e que o direito à vida, ao lado de tantos outros direitos, faz parte dos chamados *direitos humanos básicos* que deverão ser respeitados e garantidos por todos os povos.

---

(2) CARLOS EDUARDO NICOLETTI CAMILLO, *A teoria da alteridade jurídica*, p. 15. A este respeito, ERIC HOBSBAWN divide a história do século XX em três eras distintas: "era da catástrofe", "era dos anos dourados" e "o desmoronamento", in *Era dos extremos: o breve século XX. 1914-1991*, p. 31.

(3) Realizados entre 20 de novembro de 1945 e 1º de outubro de 1946.

(4) Do latim *declarare*, pronunciar, referir, confessar, que deriva de *clarare*, de *clarus*, claro, brilhante.

Nessa ordem de ideias, adotou-se e proclamou-se a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*<sup>(5)</sup>, em 10 de dezembro de 1948 pela ONU - Organização das Nações Unidas, especialmente com o escopo de se atingir novos paradigmas ideológicos.

À evidência que esse momento não é histórico apenas para a humanidade, mas sobretudo para a ciência jurídica, na medida em que se viu florescer novas perspectivas para a compreensão do fenômeno jurídico, já que a norma jurídica, protagonista, pois, da teoria positivista jurídica, não mais se mostrava apta e adequada para abarcar toda a ciência jurídica.

E assim é que posteriormente a esse histórico momento, firme na concepção de frustração da teoria positivista jurídica, novas opções teóricas surgiram, sobretudo lastreadas na releitura das estruturas normativas que posicionam o jurista para além da sua delimitada atitude cognoscitiva fundada em *juízos de fato*, alcançando-se, assim, *juízos de valor*.

É tempo, agora, de resgatar o enfoque valorativo do direito que havia se esvaziado em meio às teorias puramente normativas. Não se trata, portanto, de *desconstrução*, mas da superação aos limites objetivos do sistema jurídico para possibilitar a sua interpretação com a reintrodução da justiça<sup>(6)</sup> e da busca incessante dos valores éticos para a construção de um ordenamento, por meio da intersecção das regras jurídicas, sem jamais perder de vista os valores e princípios que permeiam a nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais, que parte de nossos juristas intitulam de *pós-positivismo*.

(5) [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm).

(6) LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 326.

---

Embora possamos entender que se trate de uma teoria inacabada - e talvez seja esse o seu maior diferencial e, ao mesmo tempo, a sua maior vantagem - é possível delinear alguns de seus fundamentais atributos:

a) reaproximação entre a ética e o direito, com vista a superação da bandeira do legalismo exacerbado insito nas teorias positivistas, com lastro no reconhecimento de todos os valores importantes da sociedade,

b) compreensão de que o direito não encerra apenas uma noção de ordem e segurança, tampouco se resume a um conjunto de regras do direito positivo, para também se caracterizar como um sistema aberto de valores,

c) normatividade de princípios que são materializados explicita ou implicitamente, sobretudo, na Constituição,

d) releitura e ressignificação de princípios que já existiam no ordenamento jurídico, com a atribuição de um novo significado para se alcançar novas dimensões, de maneira a instrumentalizar os valores fundantes da sociedade, com ênfase ao fundamento da dignidade da pessoa humana<sup>(7)</sup>, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade,

e) hermenêutica que privilegie a interpretação do verdadeiro sentido e alcance da norma jurídica por outros métodos

---

(7) Art. 1º, inc. III, da CF do Brasil e art. 1º da Constituição da República Portuguesa.

---

que primem pela verdadeira busca dos valores da sociedade, além dos clássicos (interpretação gramatical, histórica, teleológica, lógica, sistemática), tal como ocorre com o já conhecido Método de Interpretação Conforme a Constituição, onde o intérprete promove a interpretação de norma infraconstitucional que seja mais favorável e consentâneo à Constituição Federal, bem como o Método Científico Espiritual (RUDOLF SMEND), Método Tópico Problemático (THEODOR VIEHWEG), Método Hermenêutico Concretizador (CONRAD HESSE), Método Normativo Estruturante (FRIEDRICH MULLER), dentre outros.

Nesse diapasão, mostra-se imprescindível delinear o impacto das novas luzes da ciência jurídica, sobretudo em face das relações interpessoais em nossa sociedade.

## 2. Porque cumprimos as regras jurídicas?

Trata-se de uma interessante questão, que nos remete a antigas lições da dogmática jurídica.

As relações entre o direito e a moral compreendem um dos capítulos fundamentais da teoria geral do direito. Atribuiu-se à doutrina de KANT o marco divisor que propiciou a separação entre essas duas instituições.

Afirma-se que a moral, por si só, não detém as mesmas prerrogativas que o direito, de maneira que a adesão às suas regras, acaso não tenham sido chanceladas no ordenamento jurídico, encerra um cumprimento espontâneo. Daí se atribuir à moral a pecha da *autonomia*.

O direito, por seu turno, tem a sua edificação na sociedade e se instrumentaliza com o Estado, usufruindo, assim, de uma legítima força, encerrando uma verdadeira coação para assegurar o cumprimento de todas as regras jurídicas da sociedade, a qual se materializa, ordinariamente, por meio de sanções das mais diversas ordens.

Com efeito, toda vez que se desencadeia uma contrariedade à ordem chancelada pelo Estado, estar-se-ia diante do ilícito, permitindo-se, conseqüências várias, desde o pagamento de uma multa, passando pela reparação de danos, até culminar-se com penas privativas da liberdade.

É por essa razão que se defere ao direito o atributo da *bilateralidade atributiva*, isto é, os sujeitos da relação jurídica que goza da licitude em nosso sistema jurídico, ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer, garantidamente, algo<sup>(8)</sup>.

Quer isso dizer, portanto, que às lícitas relações jurídicas, sempre se outorgará aos sujeitos que dela fazem parte – ou mesmo a terceiros interessados – a prerrogativa concreta e real de fazer uso de todas as prerrogativas asseguradas ao cumprimento ou mesmo questionamento em nosso sistema jurídico.

Daí se sustentar, com apoio em KANT, que o direito, diferentemente da moral, pertence à heteronomia, isto é, as pessoas estão sujeitas à imperatividade do direito, não podendo declinar do cumprimento das regras de ordem pública e, pois, cogentes.

Em uma palavra, o direito não encerra um convite ou uma singela recomendação (“por favor cumpra a regra jurídica”) mas,

---

(8) MIGUEL REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 51.

verdadeiramente, encerra um preceito, uma ordem que, via de regra, se destina ao cumprimento por todos na sociedade.

A questão que fica, no entanto, parece singela - mas não é: será que as pessoas realmente cumprem as regras jurídicas, porque temem se sujeitarem às sanções impostas pelo Estado?

Ou será porque o cumprimento das regras é ínsito à convivência numa sociedade e, por essa razão - não porque temem, portanto, às sanções, mas porque querem conviver numa sociedade, cumprem as regras jurídicas?

As regras jurídicas são produzidas ordinariamente pelo Legislativo que, em uma primeira análise, é composto por mandatários do único e genuíno detentor do poder: o povo.

Quer isso dizer, portanto, que a expectativa quando da criação das leis é a de que se tenha uma aderência à consciência coletiva e ao querer desse mesmo povo, de maneira a se assegurar que as leis não se choquem com a tradição, costumes e valores do povo. Em suma, a perspectiva é a de que se observe estrita correspondência e aderência entre a lei e aos valores primordiais desse povo.

Quando isso ocorre, isto é, quando a lei criada pelo legislador aderiu aos valores primordiais do povo, implica dizer que é plena a expectativa de cumprimento e adesão pelo povo à lei então criada. O inverso modifica por completo este pensamento. De fato, quando as normas criadas contrariam as tendências e inclinações dominantes no seio da coletividade, somente o cumprimento compulsório, é que faz garantir o cumprimento à essa lei<sup>(9)</sup>.

(9) MIGUEL REALE, *op. cit.*, p, 112.

Destarte, é possível concluir que havendo correspondência e adesão aos valores morais de uma determinada sociedade, a expectativa será a de cumprimento da regra jurídica por grande parte da sua população, independente da existência de qualquer mecanismo coercitivo que, neste particular, funciona como um *plus* - e não como *conditio sine qua non* - para o seu cumprimento.

## 2.1. Teoria do Mínimo Ético no pós-positivismo

Há uma peculiar teoria que sustenta que o Direito deve representar o mínimo de moral declarado obrigatório para que uma sociedade possa sobreviver<sup>(10)</sup>.

E essa teoria nos parece incrivelmente significativa, na medida em que revela que os valores de ordem moral que nos são fundamentais podem e devem ser positivados. Com isso, resolvida estaria a insuficiência das regras de ordem moral que, uma vez positivadas, sujeitariam às pessoas não a um cumprimento espontâneo e autônomo, mas, definitivamente, obrigatório e heterônomo, sob pena da incidência das penas previstas no cardápio legislativo.

Significativo exemplo, aqui, se encontra no inciso I do art. 1.521 do Código Civil Brasileiro<sup>(11)</sup>, que não permite o matrimônio entre ascendentes e descendentes. Malgrado a sua influ-

(10) MIGUEL REALE nos ensina, a respeito, que essa teoria fora originalmente idealizada e exposta por JEREMY BENTHAM e que, embora desenvolvida por outros tantos autores, encontrou apenas em GEORG JELLINEK a maturidade necessária para a sua melhor significação, *op. cit.*, p. 42.

(11) "Art. 1.521. Não podem casar: (I) os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil". Em Portugal se vislumbra similar proibição, como se verifica da leitura do art. 1.602º, "a": "São também dirimentes, obstando ao casamento entre si das pessoas a quem respeitam, os impedimentos seguintes: a) o parentesco na linha recta".

ência direta do Código Canônico<sup>(12)</sup>, inegável que se trata de figura que nos causa repulsa e que a sua gênese repousa em valores de ordem moral.

De outro lado, essa teoria revela outra impactante realidade. Um ordenamento jurídico também se compõe de regras que se afiguram *amorais* e *imorais*.

As regras *amorais* são eminentemente técnicas, não aderindo a qualquer aspecto da moral, como se vê, por exemplo nas chamadas regras técnicas para a feitura de uma tese de doutoramento ou a dissertação de mestrado, em sede de pós-graduação *stricto sensu*. As regras *imorais* se mostram contrárias e atentatórias à moral.

Emblemático exemplo, sobretudo para os brasileiros, dizia respeito à Lei n. 7.087/82, que não mais vige em nosso Estado e apenas deixou saudades para os parlamentares. De acordo com aquela Lei, a aposentadoria de deputados e senadores era concedida quando o parlamentar completava 8 (oito) anos de mandato e 50 (cinquenta) anos de idade, muito distante da realidade para a grande maioria dos brasileiros que, se sujeitavam à contribuição de mais de três décadas para a concessão da aposentadoria<sup>(13)</sup>.

Como se vê, a constatação de regras *amorais*, *imorais* e *morais*, contradizem a essência da teoria do mínimo ético, mas não negam, dentro da lógica do razoável propugnada pelo grande RECASÉN SICHES, que as regras de ordem moral que foram positivadas são elementares para o convívio em socie-

(12) Cãnone 1.091 - § 1. Na linha recta de consanguinidade é inválido o matrimónio entre todos os ascendentes e descendentes, tanto legítimos como naturais.

(13) Presentemente, o regime jurídico da aposentadoria dos parlamentares é regido pela Lei 9.506/97 que outorgou aproximação para o regime geral da aposentadoria dos brasileiros.



dade, não porque trazem em seu arcabouço a perspectiva de uma sanção mas, especialmente, porque revelam valores fundamentais de uma sociedade.

A tarefa do jurista do século XXI, portanto, não é apenas a de promover a interpretação das leis mas, verdadeiramente, revelar que valores fundamentais são esses e ao assim fazer, aproximará concretamente o direito da ética.

A tarefa do jurista não é mais importante quanto à do médico, a do administrador, do engenheiro, do professor. Ela é tão importante quanto. E se revela diferenciada, na medida em que sempre exigirá uma *resposta*, isto é, *uma decisão* do operador do direito.

Essa resposta ou decisão se materializa com uma interpretação: a hermenêutica pós-positivista exige uma responsabilidade social do intérprete do sistema normativo que, embora tenha como ponto de partida uma regra jurídica – que continua desempenhando o papel de fonte primordial de nosso direito – sem se desviar da sua confluência com os princípios fundamentais de nosso sistema jurídico, firme na vivência dos valores em nossa sociedade.

### **3. A corrupção como transgressão da ordem jurídica e moral**

Corrupção vem do termo latim *corruptio*, composto pela junção dos termos *cor*, de coração, e *rupta*, de ruptura, rompimento, quebra e possui diferentes sentidos, dependendo quando é utilizada no âmbito jurídico, econômico, social, cultural, antropológico, filosófico, etc.

Quer ela significar, em princípio, uma ruptura na conduta de quem deveria agir com firme aderência na legislação.

Mas a corrupção, no entanto, é um fenômeno mundial, de maneira que há uma série de convenções internacionais que indicam condutas de maneira exemplificada, o que comporta mais abrangência para as práticas assim consideradas corruptas<sup>(14)</sup>.

Centramos nossa atenção à corrupção no âmbito jurídico brasileiro, mais precisamente da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, também conhecida como *lei anticorrupção*.

Na forma dessa lei, em sentido estrito, a corrupção deve ser entendida como o mercadejo da função pública com a obtenção de vantagem indevida por parte do funcionário público, em que são punidos tanto o funcionário corrupto (parte passiva), quanto o particular corruptor (parte ativa)<sup>(15)</sup>, sendo assim considerada a corrupção nas seguintes hipóteses do art. 5º, incisos I a V:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

---

(14) O Brasil ratificou, a este propósito, três convenções internacionais, a saber: a) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE); b) a Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC) da Organização dos Estados Americanos (OEA), e c) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC).

(15) VICENTE GRECO GILHO e JOÃO DANIEL RASSI, *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas*, p. 17.

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Quer nos parecer, todavia, que há uma certa dificuldade para precisar o conceito de *corrupção*, dada à pluralidade de sua significação e tipificação em nosso sistema.

Malgrado a tipologia descrita na Lei anticorrupção, não nos afigura incorreto afirmar que a corrupção consiste na transgressão de valores positivados em nosso sistema jurídico, que atenta contra os princípios da administração pública ou contra compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, cuja tipificação encontra-se prevista nos incisos I a V da referida Lei, praticadas por pessoas jurídicas de direito privado ou público no âmbito de seu relacionamento com a administração direta ou indireta.

Também não é errado concluir que os valores que a referida norma busca proteger encontram-se materializados, especialmente, nos princípios ínsitos do art. 37 da CF do Brasil: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Exatamente por ter como valoração tais princípios, corolários do Estado Democrático de Direito e de uma República Federativa que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, qualquer conclusão que se faça a respeito da corrupção, sobretudo quanto à aplicação da referida lei, deverá ser levada em consideração que o âmbito da proteção não é o *Estado* brasileiro, mas de todos os brasileiros.

Promovendo-se a releitura e ressignificação de princípios, bem como a hermenêutica à luz do pós-positivismo sobre a lei anticorrupção, não será difícil compreender que o seu espírito não está atrelado, fundamentalmente, à proteção do patrimônio ou erário públicos.

A mais perfeita significação de corrupção é aquela que permite a identificação de todo o processo inerente à figura daquele que, tem ruptura na conduta de quem *deveria agir* com firme aderência na legislação. Esse *agir* certamente está em perfeita consonância à ética, enquanto conjunto de regras de conduta que se encontram moldadas a definir o que é certo e o que errado.

Ao agir de maneira errada, neste caso, não se está apenas diante de um ilícito, uma vez que a corrupção não é uma atividade isolada, estanque. É sistêmica e pressupõe um conjunto de atos dentro do âmbito de qualquer das figuras descritas na mencionada lei.

Além disso, mostra-se imprescindível aferir o impacto que a corrupção produz no âmbito da administração pública, uma vez que, como resultado direto, recursos públicos serão desviados e inúmeras políticas públicas restarão frustradas dada a escassez daqueles mesmos recursos.

E assim se indaga quem é o destinatário das políticas públicas? Evidente que não é a administração pública direta ou indireta, mas paradoxalmente, os titulares legítimos das políticas públicas e, em uma palavra, os únicos destinatários dos recursos público: o povo.

Ora, com o devido respeito, de longe se vê que a finalidade teleológica da lei anticorrupção à luz da nova releitura aqui tratada neste artigo revela a proteção conferida ao brasileiro, mais precisamente recriminando as condutas ali tipificadas que sabidamente se mostram atentatórias à ética que deve permear as relações jurídicas entabuladas entre a administração pública e particulares.

São condutas que se mostram repugnantes, porque comprometem e vulneram os princípios fundamentais, como também flertam com a imoralidade e não correspondem com os valores primordiais de nossa sociedade.

Além disso, o povo - o legítimo detentor dos recursos públicos - se vê materialmente em manifesto prejuízo, mormente porque referidos recursos não serão aplicados onde justamente deveriam sê-lo, de onde se resta frustrada, ademais, a perspectiva do fundamento maior de nossa Carta Magna, já que a dignidade mínima sequer será observada.

Dentro dessa perspectiva, não seria incorreto intuir que a corrupção é atentatória à dignidade humana e, como tal, igualmente violadora dos direitos humanos.

#### **4. A Teoria do Máximo Ético na Universalidade Contemporânea**

Em tempos em que não há mais lugar para se permitir que seculares condutas sejam perpetuadas, talvez fosse o momento de se repensar acerca da Teoria do Mínimo Ético.

Como vimos, cuida-se de teoria deveras difundida nos séculos XIX e XX, que sustenta que o Direito deve representar o mínimo de moral declarado obrigatório para que uma sociedade possa sobreviver.

Mas os exemplos que temos observado, nos últimos tempos, internacionais ou mesmo nacionais, mostram-se revolucionários quanto à aproximação entre a moral e o direito.

Todos os juristas tentaram superar KANT mas se alguém

superou, não foi nenhum jurista – mas a própria consciência do povo que exige uma profunda aderência ética em todos os relacionamentos.

Pouco importa se institutos consagrados da prescrição ou decadência se verificaram. Denúncias de assédio moral e sexual são frequentes no meio artístico, a ponto de se impor um novo paradigma para a indústria cinematográfica de Hollywood, mediante mobilização social fora e dentro das redes sociais.

No âmbito brasileiro, particularmente, um exemplo significativo se observou em 2018.

Malgrado a competência privativa do Presidente da República para nomear e exonerar Ministros de Estado<sup>(16)</sup>, o governo brasileiro em exercício não logrou êxito em nomear uma Ministra do Trabalho, tendo o Supremo Tribunal Federal, mediante a decisão monocrática de sua Presidente, Min. CÁRMEN LÚCIA, determinado a suspensão da posse, dado que a nomeada para tal cargo não tinha idoneidade para tal cargo, haja vista a existência de reclamações trabalhistas contra a sua pessoa<sup>(17)</sup>.

Todos esses fatos não podem passar despercebido pelo jurista. Não se pode afirmar que a ética está em alta ou simplesmente na “moda”, porque ela sempre esteve. Isso soa exatamente como aquela provocação feita por UMBERTO ECO, que dizia que era moderno ler Platão.

O que sobreleva relevar é que não há mais lugar para desassociar o direito da ética e isso está no centro da preocupação do povo, como também é impossível não vislumbrar que a corrupção, além de se revelar como conduta

(16) Art. 84, inc. I, CF do Brasil.

(17) SL 1146, Min. CARMEN LUCIA, j. 22/01/2018.

antijurídica, de longe revela seu desapego aos valores mais relevantes da população.

E o fato mais relevante, de tudo o quanto abordado, que o ponto comum das novas luzes da ciência jurídica repousa numa antiga sabedoria jurídica, criada a vetusta época do Digesto Romano: *Hominum causa omne jus constitutum est*<sup>(18)</sup>

Isto é, “por causa do homem é que se constituiu todo o direito”, a moldar uma novo esboço teórico, revelando que o Direito deve representar não o mínimo, mas o máximo de moral declarado obrigatório para que uma sociedade possa sobreviver.

---

(18) Justiniano, D 1.5.2.



## Referências Bibliográficas

- ALIGUIERI, Dante. *Monarchia*. Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da Giovanni Treccani, 1999. Curador: Pier Giorgio. Disponível em <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/lb000052.pdf>.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.
- . *Teoria geral da política*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *A teoria da alteridade jurídica - em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas*. São Paulo, Editora Perspectiva, 2016.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e BICALHO, Guilherme Pereira Dola-bella. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico - o atual paradigma jusfilosófico constitucional* in Revista de Informação Legislativa, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011, disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242864>.
- GAYO. *Instituciones*. Tradução de Manuel Abellan Velasco; Juan Antonio Arias Bonet; Juan Iglesias-Redondo e Jaime Roset Esteve. Madrid: Civitas, 1990.
- GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade das pessoas jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- HOBSBAWM, Eric. *Erados extremos: o breve século XX. 1914-1991*. 10ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2001.
- KANT, Immanuel. *Introdução ao estudo do direito - doutrina do direito*. 2ª edição. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007
- LAW, Stephen. *The complete philosophy files*. Londres: Orion Publishing Group, 2011.
- MONTORO, André Franco. *Cultura dos direitos humanos*, disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/artigo%20montoro.htm>.
- NAGEL, Thomas. *Visão a partir de lugar nenhum*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PINHEIRO, Joaquim Cardoso. *A ética comunitarista - exposição, análise crítica e implantação*. Parede: Principia, 2017.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- . *Lições preliminares de Direito*. 27ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- SANDEL, Michael J. *Justiça - o que é fazer a coisa certa?* Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 23ª edição. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2017.
- TRICKER, Bob. *Corporate governance: principles, policies, and practices*. 3ª edição. Londres: Oxford University Press, 2015.

# CORRUPÇÃO E SEUS EFEITOS SOB OS DIREITOS HUMANOS

ANTÔNIO ERNANI PEDROSO CALHAO\*

**Resumo:** O artigo aborda os impactos da corrupção sobre os direitos humanos. Será analisada a dificuldade de se encontrar um conceito único para esta que é um fenômeno social que se desdobra desde que o ser humano se organizou social e politicamente. Fundamental o seu reconhecimento como um aspecto que atinge negativamente os direitos humanos, não atendendo às necessidades dos mais pobres, maculando os valores democráticos. Daí a necessidade de um combate mediante instrumentos jurídicos nacionais e internacionais, proporcionando o real e legítimo bem-estar à humanidade, em consonância aos ideais democráticos. Questionar-se-á, a legitimidade de governos que se contrapõem a tais valores e no mesmo diapasão apontar-se-á a responsabilidade das grandes corporações nesse contexto, enquanto lancem mão de seu poderio econômico, estabelecendo mecanismos que também maculem os valores da sociedade organizada.

**Palavras-chave:** Corrupção; Direitos Humanos; Democracia

**Abstract:** The article addresses the impacts of corruption on human rights. It will be analyzed the difficulty of finding a unique concept for this which is a social phenomenon that unfolds since the human being organized socially and

---

\*Pós-doutor pelo Programa de Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos do *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra - Portugal. Doutor em Direito. Advogado. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie - SP. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas e seu Vice-Presidente. Membro da Academia Mackenzista de Letras - SP

politically. Fundamental is its recognition as an aspect that adversely affects human rights, failing to meet the needs of the poorest, tarnishing democratic values. Hence the need for a fight through national and international legal instruments, providing real and legitimate well-being to humanity, in line with democratic ideals. It will be questioned, the legitimacy of governments that oppose such values and, in the same time, frame will be the responsibility of the big corporations in that context, as long as they use their economic power, establishing mechanisms that also impute the values of society organized.

**Keywords:** Corruption; Human rights; Democracy

1 Introdução; 2 Conceito de Corrupção; 3 Abordagem dos Tratados e Leis Internacionais para o Combate à Corrupção; 4 Causas da Corrupção e sua Agressão aos Direitos Humanos; 5 Um Estado Desonesto e um Poder Político Capturado pelo Poder Invisível 6 A crise e o risco da democracia diante dos populismos de esquerda e de direita 7 Considerações Finais

## 1. Introdução

Ao refletir como a corrupção atinge frontalmente aos direitos humanos, em especial quando por meio de uma governança corporativa, seja em uma aliança espúria com empresários ou mesmo *inter pares*, mormente porquanto vise a obtenção de vantagens pessoais em face de interesses privados, é lamentável perceber que ainda apenas uma parte de seus feitos seja trazida à lume, em especial no que concerne ao seu alcance pela fundamental aplicação da pena e, sobretudo, pela necessária restituição dos valores desviados aos cofres públicos.

Neste momento em que, guiado pelo Direito, teço estas linhas para analisar tais comportamentos, também sou movido pelo clamor de justiça que suplica, protesta e reclama de minha parte um posicionamento, haja vista dia após dia testemunhar o desregramento moral no que concerne ao ignóbil gerenciamento do erário em detrimento de sua função específica, sobretudo em *terras brasilis*, traduzindo o desprezo que se nutre pelas leis, pelos princípios que norteiam a correta aplicação dos recursos financeiros públicos, sobretudo às esteios luminares da democracia.

Não à toa, chega-me ao pensamento as preciosas lições do Padre António Vieira por ocasião do Sermão do Bom Ladrão, pelas quais me permito lançar mão para ilustrar o jaez de tamanha indignidade face à alteração dos rumos por quem ocupe o ofício público, desvirtuando sua função original, maculando valores sempiternos.

A corrupção, como fenômeno social que é, atravessou os milênios solidificando a obtenção ilícita de benefícios a partir

dos recursos públicos, em prejuízo ao suprimento das necessidades do povo. Os corruptos, sempre os teremos entre nós, agindo às ocultas, mediante a aplicação de subterfúgios, ávidos que são pelo aumento do patrimônio próprio em detrimento dos cidadãos; estes, sim, que deveriam se locupletar com os benefícios resultantes de investimentos nas áreas da educação, da saúde e da segurança.

O Padre António Vieira exemplifica a impiedade de tal furto ao comparar os corsários do mar com os de terra. Dizia que aqueles, contingentes, deles se poderia defender-se, em especial por dependerem dos ventos. Aos da terra, assinalou Vieira, “sempre têm por si a monção”, salientando a constância do periódico vento de ciclo anual. Deles, não se pode defender. E concluí, “[...] o corsário do mar pode o que pode: os da terra podem o que querem, e por isso nenhuma presa lhes escapa”.<sup>(1)</sup>

Em que pese esta realidade anunciada por Vieira, os instrumentos legais de combate à corrupção têm sido cada vez mais aprimorados, haja vista a grave lesão impressa diretamente sobre os direitos humanos, submetendo populações à fome, à privação de necessidades básicas, resultando em um *modus vivendi* cruel e desumano.

No entanto, pode-se dizer também que, mediante uma deturpação do poder político, os interesses de grupos se renova a cada dia, imprimindo a bandeira dos direitos humanos apenas aos seus internos, aos seus cidadãos.

O artigo ora em destaque, após a apresentação da difícil

---

(1) VIEIRA, Padre António. Sermão do Bom Ladrão (1655). Domínio Público. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/fs000025pdf.pdf>>. Acesso em 06 fev 2018.

---

abordagem do conceito de corrupção, tomando por base a multidisciplinariedade que lhe recaem as diferentes visões do fenômeno, abordará algumas vertentes em busca da compreensão dos fatos pelos quais corrupção, Estado, democracia e Direitos Humanos se entrelaçam, proporcionando o desvirtuamento de seus conceitos primevos.

Em primeiro turno, apresentados os conceitos de corrupção, sobretudo alguns instrumentos legais de combate entre as organizações internacionais, cumpre-nos recorrer à compreensão de por que a corrupção ocorra, suas consequências diretas e, sobretudo, como acaba por agredir os direitos humanos.

Em segundo turno, ainda buscar-se-á apontar as razões pelas quais existe a corrupção do Estado e no Estado, e nesse tom desvelar-se o jogo desonesto havido entre grupos e governabilidades ilegítimas, resultando em uma verdadeira tirania, haja vista a ilegitimidade decorrente da desonestidade de seus dirigentes perverta o real e único compromisso democrático para com a sociedade.

Ato contínuo o artigo trará a realidade do poder político que fora capturado pelo poder invisível, a saber, o poder que busca o retorno à administração patrimonialista, que visa permanecer pelo viés unilateral e autoritário, em especial ao se aliar a empresas que se apresentam como agentes corruptores, ora um, ora outro, fazendo com que a transparência seja, quando muito, apenas um discurso de campanha eleitoral ou missão empresarial, respectivamente. Serão, portanto, expostas as maneiras como as empresas ocupam um papel funda-

---

mental neste lamiré, contribuindo para imprimir a mutação do sistema.

Por fim, procurar-se-á demonstrar a crise e o risco da democracia contemporânea em face dos populismos de esquerda e de direita, estes que radicalizam mediante propostas que se dizem justificadas em face do mundo tal qual como se encontra. A democracia liberal ou populismo de direita, por seu viés, demonstra o poder se deslegitimar em face da captura por interesses de grupos. De outro lado, a versão progressista ou populismo de esquerda, a pregar uma democracia radical, ou agonista, na trilha dos filósofos da Escola de Frankfurt.

## 2. Conceito de Corrupção

Sendo um fenômeno social que se perpetuou no tempo, não há uma só civilização que tenha deixado de experimentar os dissabores de seus resultados – e aqui leia-se, sobretudo, aquelas a quem ela atinge em face da deturpação de suas funções e do desvio de recursos públicos, negando-lhes os benefícios delas decorrentes.

Filósofos na antiguidade já tratavam do tema, tendo em vista a sua existência desde que o ser humano se organizou social e politicamente. Platão afirmava que o Estado ideal seria aquele regido pela ética de seus governantes, contudo, ao se debruçar sobre a realidade, concluía que a supremacia dos interesses privados em detrimento dos interesses públicos era o que fazia o Estado corrupto.<sup>(2)</sup> Já naquela época, o abuso de

---

(2) PLATÃO. *A República*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

autoridade, o depoimento falso e o peculato eram conhecidos atos de corrupção.

Aristóteles via a corrupção como a “mudança que vai de algo até o não ser desse algo; absoluta quando vai da substância ao não ser da substância, específica quando vai para a especificação oposta”, demonstrando a completa alteração da naturalidade que se espera das atitudes, dos fatos, dos resultados, enfim.<sup>(3)</sup>

Remetendo-nos à simples concepção de algo que se degrade, que se deturpe, que se adultere, no entanto, é por derivação, em sentido figurado, por atos que demonstrem a degradação de hábitos e a adulteração de meios e fins quando ocupados os cargos públicos, mediante abuso de poder para “subornar uma ou mais pessoas em causa própria ou alheia”, como bem define o dicionarista Antônio Houaiss<sup>(4)</sup>, onde se encontra o conceito mais aplicado ao termo.

Uma unanimidade entre os doutrinários, a definição de corrupção não é tão simples quanto possa parecer, tendo em vista a sua variedade de perspectivas que a possam conceituar. Segundo se depreende da lição do professor de Ciências Sociais da Universidade da Califórnia, o Dr. Mark J. Farrales<sup>(5)</sup>, ao questionar o que é, enfim, a corrupção, haja vista o intenso despertar pelo tema na virada do milênio, tão simples quanto possa parecer a pergunta, afirma não haver uma resposta clara e fácil.

Segundo o professor emérito de Ciência Política na Univer-

(3) ARISTÓTELES. *Exame das Duas Repúblicas de Platão*. In. *Tratado da Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

(4) HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1ª ed. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

(5) FARRALES, Mark Jorgensen. *What is corruption? A History of Corruption Studies and the Great Definitions Debate*. University of California, San Diego. Version: June 8, 2005. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1739962](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1739962)>. Acesso em: 06 fev 2018.



---

cidade de Bolonha, Gianfranco Pasquino, na obra de Norberto Bobbio, “assim se designa o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa”.<sup>(6)</sup>

Ainda segundo Pasquino, distingue-se a corrupção por três grupos, a saber: “a recompensa oculta que mude a favor do corruptor o sentir de um funcionário público; o nepotismo; e o peculato por desvio, apropriação e destinação de fundos públicos ao uso privado”.<sup>(7)</sup>

Nesta linha também, por exemplo, entre tantos outros doutrinadores em áreas diversas do conhecimento, o Dr. Joshua V. Barr, professor de Direito e Ciência Política da Universidade da Pensilvânia e da Universidade da Carolina do Sul, nos Estados Unidos da América.<sup>(8)</sup>

Cumpre-nos, afirmar, portanto, ser a corrupção uma maneira em que se exerce domínio, pela qual o agente público influencia para a prática de ações ilícitas e ilegais, a fim de se obter vantagens pessoais.

Ao tomarmos de empréstimo o estudo da corrupção pela visão multidisciplinar, as diversas áreas do conhecimento que por sobre o fenômeno se debruçaram, a exemplo da ciência política, cada qual pôde produzir suas próprias definições do

---

(6) PASQUINO, Gianfranco. *Corrupção*. In. BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Tradução de João Ferreira e outros. 2ª ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1986, p. 291.

(7) Ibid. 1986, p.292.

(8) BARR, Joshua V.; FINKE, Jorge; PINILLA, Edgar Michael. *A Legal Perspective on the Use of Models in the Fight Against Corruption*. South Carolina Journal of International Law and Business: Vol. 8: Iss. 2, Article 5, 2012. Disponível em: <<http://scholarcommons.sc.edu/scjilb/vol8/iss2/5>>. Acesso em: 06 fev 2018.

fenômeno por sua própria ótica.

A título de exemplo para a disciplina escolhida por destaque, os cientistas políticos atribuem a corrupção ao abuso de poder estatal, sobretudo quando se revela ausente um mecanismo de controle que seja eficaz.

Por outro lado, cumpre ressaltar que todos, sejam sociólogos, cientistas políticos, juristas, entre outros, concordam que se trate de uma ação eivada de degradação, deturpação, adulteração, assim como dissemos anteriormente, em face do descumprimento das leis no âmbito das esferas do funcionalismo público, adotando-se uma postura ilegal e, sobretudo imoral, para se alcançar vantagens pessoais.

### **3. Abordagem dos Tratados e Leis Internacionais para o Combate à Corrupção**

Entre os diversos instrumentos legais de combate à corrupção, apontamos a Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção (UNCAC) como o mais preciso entre todos os documentos elaborados.<sup>(9)</sup> O documento se originou da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (UNCTOC), esta que foi a primeira convenção das Nações Unidas a enfrentar a corrupção. Compreendida a corrupção como instrumento a serviço do crime organizado, a Assembleia Geral percebeu a necessidade da criação de um instrumento jurídico internacional contra a própria corrupção. Esta conscien-

(9) UNODC. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptao/convencao.html>>. Acesso em 08 fev 2018.

tização, no entanto, não surgiu de imediato, resultando após uma década de debates internacionais contra a corrupção. Segundo a *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODCA), ao se tornar o primeiro instrumento jurídico anticorrupção, obriga os países signatários a criminalizarem os atos de corrupção que abrangem funcionários públicos autóctones e alóctones, assim como os de corporações internacionais públicas.<sup>(10)</sup>

Outro instrumento legal significativo, sendo um dos precursores no combate à corrupção é a *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais*, da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (OCDE), sediada em Paris, tendo em sua agenda o combate à corrupção e à evasão fiscal. Ratificada pelo Brasil em 15 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, a Convenção determina, segundo o Ministério da Transparência e da Controladoria Geral da União, que em todos os Estados signatários se considere por delito criminal “o oferecimento, a promessa ou a doação de vantagem pecuniária ou de outra natureza a um funcionário público estrangeiro”. Isto, obviamente, por meio de sua ação ou omissão no desempenho de suas funções oficiais, com fins de facilitação ou recusa em transações de negócios internacionais que tenham sua condução.<sup>(11)</sup>

(10) HECHLER, Hannes. et. al. *Can UNCAC Address Grand Corruption? A political economy analysis of the UN Convention against corruption and its implementation in three countries*. U4 Anti-Corruption Resource Centre Report. October 2011. Norway: Chr. Michelsen Institute (CMI). Disponível em: <<http://www.u4.no/publications/can-uncac-address-grandcorruption/>>. Acesso em: 08 fev 2018.

(11) BRASIL. *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE*. Ministério da Transparência e da Controladoria Geral da

Ato contínuo apresentamos a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). A Lei de Práticas Corruptas no Exterior. A FCPA é uma lei federal norte-americana, promulgada em 1977, para coibir práticas empresariais que se serviam de expediências ilegais a fim de alcançarem benefícios em seus negócios.

Neste diapasão, a lei visa impedir pagamentos, ofertas de pagamento em dinheiro ou por quaisquer outros bens a funcionários públicos, entre outras autoridades, que tivessem a intenção de obter vantagens financeiras ilícitas, ou mesmo agir no sentido de coibir o avanço de transações comerciais, mediante poder inerente ao cargo que ocupem. A exigência passa pela transparência das transações, sobretudo no que concerne ao gerenciamento de registros contábeis, sob o rigor das penas nas esferas cíveis e criminais.<sup>(12)</sup>

Na esfera da Organização dos Estados Americanos (OEA) consta a Convenção Interamericana contra a Corrupção, com os propósitos de promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, além de 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.

Para tanto, a Convenção elenca não menos que doze medi-

---

União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/articulacao-internacional/convencao-da-ocde>>. Acesso em: 08 fev 2018.

(12) UNITED STATES. *A resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission - Washington, 2012. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>>. Acesso em: 08 fev 2018.

das preventivas, determinando especificamente cinco atos que compreendem corrupção.<sup>(13)</sup>

No Brasil, o Decreto-presidencial nº 4.923 de 18 de dezembro de 2003, que dispõe sobre o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, e dá outras providências, integrando a estrutura básica do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, segundo consta da Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017, que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. O conselho é composto, paritariamente, por representantes da sociedade civil organizada e representantes do governo federal.<sup>(14)</sup>

#### **4. Causas da Corrupção e sua Agressão aos Direitos Humanos**

A agressão que a corrupção proporciona aos Direitos Humanos é inegável. Fácil identificar o ato, entretanto, conforme expusemos anteriormente, difícil a definição do fenômeno; contudo passamos à busca das razões que levam à ocorrência da corrupção, suas consequências diretas, expressas especialmente pela agressão aos direitos humanos.

Estão entre algumas das causas da corrupção a ineficiência administrativa, instabilidade política e o subdesenvolvimento da economia. Michael Johnston, professor de Ciência Política da Universidade de Yale aponta pelo menos duas elucidações

(13) OAS. *Convenção Interamericana contra a Corrupção*. Departamento de Assuntos Jurídicos Internacionais. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>>. Acesso em 08 fev 2018.

(14) BRASIL. *Decreto Presidencial nº 4.923 de 18 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/D4923.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4923.htm)>. Acesso em: 08 fev 2018.

para justificar o fenômeno.<sup>(15)</sup> A primeira por um viés personalista, inerente ao caráter da natureza humana, daí a lição de John Locke no sentido da necessidade de uma sociedade civil instituída pela criação de normas que desenvolvam a liberdade humana e o crescimento da sociedade.<sup>(16)</sup> E, por derradeiro, o cientista político sugere a justificativa institucional, e aqui, cumpre-nos ressaltar, passa pela causa da ineficiência administrativa anteriormente mencionada, dando ensejo à prática da corrupção por seus dirigentes, utilizando-se das lacunas encontradas nas leis.

Não há quem divirja da ideia de que os desvios de recursos públicos venham a impactar os direitos humanos. A esta realidade, em qualquer país, desenvolvido ou não, em qualquer esfera de poder. Em especial nos países em desenvolvimento, a indecorosa atitude por parte de quem detenha o poder faz com que o impacto seja percebido nitidamente quando enormes quantias de dinheiro são má administradas ou mesmo desviadas, jamais chegando às áreas fundamentais a que se destinariam, tais como saúde, educação e segurança. Em países asiáticos, sul-americanos e africanos, a mesma quadratura impede o crescimento saudável da sociedade organizada, proporcionando estados de degradação humana, em total oposição à Declaração dos Direitos Humanos.

No aspecto da saúde, porquanto resulte em atendimentos e instalações hospitalares precários, seja pela ausência de leitos, seja falta de treinamento de profissionais, seja pela escassez de material, inclusive, neste aspecto convém ressaltar, o

(15) JOHNSTON, Michael. *Political corruption and public policy in America*. Monterey: Brooks/Cole. 1982.

(16) LOCKE, John. *The Second Treatise on Civil Government*. Prometheus Books. 1986.

---

Brasil segue de forma contraditória, na contramão da Política Pública de Humanização da Saúde implantada pelo próprio Governo Federal. Chega-se ao absurdo de tratamentos e exames clínicos em caráter de urgência serem agendados para um ano depois da consulta, esta que não raro sujeita idosos e mulheres com crianças de colo a enfrentarem filas desde a madrugada para conseguirem uma senha de atendimento, não bastassem os inúmeros casos de morte devido ao longuíssimo prazo a que o sistema de saúde brasileiro submete os pacientes. Dito isto, importa dizer também que saúde se faz com fornecimento de água potável e saneamento básico, mas o que se vê é o descaso ocasionado pelos desvios de recursos.

Tal indiferença, igualmente se vê retratada na seara da educação, onde escolas públicas são apresentadas de norte a sul do país em péssimo estado de conservação, com refeitórios muitas das vezes oferecendo merenda escolar de baixo teor nutritivo às crianças, comprometendo seu crescimento físico e intelectual. Da mesma forma, mantimentos e materiais escolares acabam por sofrer deterioração devido à ineficiência administrativa de distribuição pela excessiva burocracia, esta, também uma causa que dá ensejo aos atos de corrupção.

Nesse diapasão, não bastassem professores receberem baixos salários, enquanto políticos se locupletam de vantagens das mais absurdas que a máquina administrativa lhes proporciona, e aqui cumpre dizer, por legislação em causa própria, deixam de receber treinamentos, não têm acesso a cursos de aperfeiçoamento, tampouco proporcionando-os a mínima possibilidade de compra de livros para o seu aprimoramento,

---

impossibilitando-os, portanto, de terem uma vida digna, sobretudo valorizada nesta que é a mais nobre das profissões, porquanto formadora de pensadores e profissionais de toda sorte.

Ao falarmos do aspecto da segurança, ainda nos mantendo em terras brasileiras, as consequências seguem nefastas, não apenas porque ao sofrer com os desvios de recursos públicos por parte dos governantes, seja para desviá-los a outros projetos de menor importância, seja para transferir a setores atingidos pela má administração, mas, sobretudo pelo próprio desvio em decorrência da corrupção em subornos e contratos superfaturados, faz com que esta, como em outras áreas de fundamental importância para a população, sobretudo a de baixa renda, vivencie as agruras da parca estrutura, essencial em termos de treinamento psicológico, estratégico e social, causando, não raro, a deterioração moral entre os seus integrantes. O que dirá, então, quando o assunto é o sistema penitenciário, submetido às mais degradantes formas de tratamento humano, resultando na impossibilidade de qualquer reeducação e reintegração ao seio da sociedade. Quem sofre com isso direta e indiretamente, senão a população que se vê refém da violência urbana, não fosse tão somente o impedimento de experimentar as benesses de uma vida civilizada, preconizada pelos valores democráticos que fundamentam a sociedade organizada.

Saindo um pouco do cenário nacional para o mundo, contudo mantendo-nos na mesma linha de reflexão, que se ressalte a opinião da alta comissária dos Direitos Humanos, Navi Pillay, ao apontar que entre 2000 a 2009, US\$ 8,44 bilhões foram a



soma de “fluxos financeiros ilícitos nos países em desenvolvimento”. Em seu pronunciamento, feito durante o Painel de Alto Nível sobre a Corrupção, Pillay destacou que por volta de 870 milhões de pessoas passam o dia inteiro sem comer absolutamente nada, sendo a maioria, crianças, “cujos direitos à alimentação e à vida são negados” devido ao fenômeno da corrupção. E destacou ainda a alta comissária durante o Painel, que o suborno e o desvio de recursos ocasionam um aumento de até 40% a nível global, aos custos de projetos de fornecimento de água potável e saneamento às populações carentes. No mesmo tom, a agressão que se apresenta quando dos desvios de dinheiro dos cofres públicos, que poderiam ser aplicados na educação, atendendo às necessidades de desenvolvimento, tirando milhares de pessoas da pobreza, proporcionando educação às crianças. Por fim, ressaltou não ter dúvidas de que a corrupção se apresente como um obstáculo importante a ser transposto, sobretudo mediante a aplicação de regras rígidas no combate ao fenômeno, porquanto seja imprescindível sua extirpação para o “desenvolvimento humano e de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”.<sup>(17)</sup>

Correspondente a esse entendimento, também a opinião da Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Dodge, durante a 30ª Reunião do Conselho Nacional de Direitos Humanos, em Brasília, em 2017. Afirmou a Dra. Raquel: “A corrupção é uma ameaça perigosa aos direitos humanos. Quando a com-

---

(17) ONU News. *Custos anuais da corrupção podem alimentar 80 vezes os famintos*. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2013/03/1431461-custos-anuais-da-corrupcao-podem-alimentar-80-vezes-os-famintos-diz-onu>>. Acesso em: 08 fev 2018.

batemos, estamos defendendo os direitos humanos, porque a corrupção tira investimento de áreas como saúde e educação”.<sup>(18)</sup> No mesmo diapasão, o ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ayres Brito, em entrevista ao jornalista Josias de Souza, falando sobre as causas da corrupção e em especial sobre a Operação Lava Jato, que tem colocado poderosos empresários e políticos brasileiros na cadeia. Afirmou o Ministro Ayres Brito: “Os assaltantes do erário são os meliantes mais prejudiciais à ideia de vida civilizada”. E continua: “O dinheiro que desce pelo ralo da corrupção é o que falta para o Estado desempenhar bem o seu papel no plano da infraestrutura econômica, social, educação de qualidade, saúde etc”.<sup>(19)</sup>

Não cumprindo com suas obrigações, em especial quando inerentes ao campo dos direitos humanos, o Estado ao praticar ou fechar os olhos aos atos de corrupção, deixando de combatê-los onde quer que se encontrem e por quem quer que seja que os pratique, não respeita e não protege o cidadão, afrontando o seu acesso a direitos inalienáveis, tais quais os mencionados anteriormente, e não raro, permitindo que danos os alcancem de forma irreparável. Não à toa, o Estado viu a necessidade de repactuar com a sociedade a proteção aos direitos humanos, que na história encontra linha divisória delimitada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, logo após a 2ª Grande Guerra. Suas razões acostavam-se inicialmente no direito à paz. Ato contínuo pela proteção do homem contra os

(18) DODGE, Raquel. *A corrupção é uma ameaça perigosa aos direitos humanos*. Jornal Estado de São Paulo. 29/09/17. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-corrupcao-e-uma-ameaca-perigosa-aos-direitos-humanos-alerta-raquel/>>. Acesso em 08 fev 2018.

(19) BRITO, Ayres. *Para ex-presidente do STF, facção de 'assaltantes do erário' é pior que PCC*. Blog do Josias. 22/01/2017. Disponível em: <<https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2017/01/22/para-ex-presidente-do-stf-facciao-de-assaltantes-do-erario-e-pior-que-pcc/>>. Acesso em: 08 fev 2017.

---

abusos do Estado, reforçando as liberdades civis e políticas e, por fim, pelas perspectivas de garantia aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Perante a linha anteriormente mencionada, as liberdades básicas enumeradas pelo pensamento do filósofo John Rawls, a saber, as liberdades da pessoa, sobretudo a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física, a liberdade política e a liberdade de expressão e reunião, a liberdade de consciência e de pensamento, entre outras.<sup>(20)</sup> No mesmo tom, a menção de Rawls aos bens primários, que na compreensão de sua obra, enuncia-os como “direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda, riqueza e bases sociais de auto respeito”.

Por eles, Rawls atribui justiça social e bem-estar. Em especial pelo bem primário de bases sociais de auto respeito, o tem por mais importante, porquanto proporcione ao homem o sentimento de ser respeitado e valorizado, trazendo-lhe a confiança para empreender a vida, tendo voz ativa. Entre os bens primários sociais listados por Rawls, além das próprias liberdades básicas já mencionadas, também a liberdade de emprego, prerrogativas de cargos e responsabilidade, renda e riqueza, e as bases sociais de autoestima. Assim, os bens primários ofertam base para a formação de uma sociedade democrática e bem-ordenada.

Por definição, a corrupção tem um propósito discriminatório e um efeito discriminatório, que resulta na anulação ou no prejuízo do exercício do direito à vida, à educação e à saúde. A corrupção, por si só, distingue e exclui direitos, obstruindo

---

(20) RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

---

o homem de vivenciar a essência dos direitos humanos. Ao conceder a alguém um direito diferenciado, anulando a igualdade de tratamento, permanece tão somente nesta esfera, não alcançando outros direitos humanos. No entanto, quando mediante corrupção, se viola o direito humano de educação, de saúde, de alimento, de água, de saneamento básico, agride toda a formação como pessoa humana, dando ao indivíduo a certeza de não valorização, tirando-lhe qualquer perspectiva de autoestima.

Obstruindo o indivíduo ao acesso a uma boa educação, deixa de proporcionar o pleno desenvolvimento de sua personalidade humana, de seu sentido de dignidade, enfraquecendo o seu entendimento e o seu respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Assim também quando mediante atos de corrupção, que se resumem em desvios de recursos públicos, contribuindo, por exemplo, para o sucateamento da infraestrutura médico hospitalar do sistema de saúde, não assegura a criação de condições que proporcionem assistência médica adequada, sobretudo às pessoas mais pobres.

Ao combater a corrupção, portanto, garante-se a observação do cumprimento efetivo dos direitos humanos, ratificando-se assim, a responsabilidade social do Estado. Por este entoar, coíbe-se a discriminação, efetivando-se a igualdade de acesso à saúde de qualidade, à educação que não encontra causa para o mau desempenho escolar, garantindo os princípios fundamentais dos direitos humanos pelos vieses civis, sociais, políticos, econômicos e culturais. Em consonância aos bens primários enumerados por Rawls, tais direitos se encon-

---

tram garantidos pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assinado pelo Brasil.<sup>(21)</sup>

## 5. Um Estado Desonesto e um Poder Político Capturado pelo Poder Invisível

Os direitos humanos, portanto, como se pôde depreender, acabam por se colocar eles próprios como um ponto a ser considerado no combate à corrupção, enquanto se adote a transparência, a não-discriminação e a efetiva participação do homem na sociedade, parâmetros que vão ao encontro de seus princípios fundamentais. De outra forma, continuar-se-ia a preponderância de um jogo desonesto havido entre grupos e governabilidades que se demonstram ilegítimas, haja vista a distorção de seu real compromisso com a sociedade, resultando, em uma verdadeira tirania. O fenômeno, longe de ser regional, tem seus braços estendidos por todo o globo. Não apenas lhes dá causa a má função do cargo público ocupado, mas também por meio de empresas.

Porque existe a corrupção do Estado e no Estado? Como dissemos nas linhas iniciais do presente artigo, entre algumas das causas da corrupção estão a ineficiência administrativa, a instabilidade política e o subdesenvolvimento da economia. Tais pontos proporcionam terreno fértil para a desonestidade, que por sua vez, se mostra como comparada a uma espécie de tirania, mormente praticada por grupos empresariais, polí-

---

(21) BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm)>. Acesso em 09 fev 2018.

---

ticos em meio a um sistema de governabilidade que empreendem pelo fenômeno da corrupção o amealhar de recursos públicos em proveito próprio, obtendo assim, não raro, uma maneira de voltar a usar os recursos desviados para a compra de políticos e empresários, valendo-se do poder econômico em tempos de campanha política. Ora pois...

E como não falar de democracia em todo esse contexto? A democracia moderna é uma reinvenção da democracia dos antigos, porquanto naqueles tempos não se falava em direitos como se os têm atualmente reconhecidos. Os Estados Unidos, por exemplo, ao recriar a democracia, teceu rígidos parâmetros para seu exercício. Não à toa, para Thomas Jefferson que governou os Estados Unidos, toda a arte de governar consiste em ser honesto. Em artigo escrito para o jornal Folha de São Paulo, ainda em meados dos anos 90, o megaempresário Antônio Ermírio de Moraes<sup>(22)</sup> escrevia compreender a democracia como um “processo lento, baseado em longas cadeias de erros e acertos -sendo que a descoberta dos erros é tão importante quanto os resultados dos acertos”. E concluía ele, afirmando que a transparência que despontava entre os brasileiros seria fundamental para o progresso democrático.

Aqui, questionamos: poder-se-ia afirmar que um Estado desonesto detém um poder ilegítimo, porquanto traia seu compromisso de servir à sociedade, obstruindo o acesso a direitos fundamentais tendo em vista a prática da corrupção? Sabe-se bem que, e já o comentamos anteriormente, uma das faces mais cruéis de uma situação como esta é a descrença e o desencan-

---

(22) MORAES, Antônio Ermírio de. *A lição de Thomas Jefferson*. Folha de São Paulo. 04/12/94. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/12/04/opiniaio/6.html>>. Acesso em: 09 fev 2018.

---

tamento que se apoderam do pensamento coletivo. O reflexo de um Estado corrupto é uma atitude social massiva de desvalor que passa imperar no seio da sociedade. Mas, enfim, o Estado desonesto traduz um poder legítimo?

A este contexto, uma análise anterior. Ingresso ao poder mediante eleições democráticas, tem-se um poder legítimo, contudo, ao adotar medidas ao longo de seu curso, que traduzam disparidades para com o que estrutura o Estado de Direito, e aí se tem presente também o fenômeno da corrupção, sabe-se, há mecanismos jurídicos para destituir o governo em curso. Contudo, resta-nos o aspecto ético, sim, pois, mesmo adotando medidas que possam ser ilegais, tais atos podem ser considerados necessários, e vistos pela comunidade como legítimos, assim como o contrário também é verdadeiro, sendo vistas determinadas medidas como injustas e eticamente reprováveis.

Em face desta realidade, questionamos ainda: Que elemento nos une enquanto nação? Qual o sentimento que ainda nos mantém coesos enquanto um povo? Que crenças e valores, em um contexto de corrupção sistêmica e endêmica, ainda sobrevivem? Estas preocupações têm grande relevância quando se constata que, no regime democrático, o Estado não pode quebrar o vínculo de confiança com a sociedade. Em sentido político, o Estado ao romper com os valores cívicos, éticos e morais degrada a dimensão pública, porquanto se afasta da condição basilar de uma democracia que é a virtude da honestidade. Aqui, ressalto o já mencionado pelo empresário Antônio Ermírio de Moraes, ao referir-se ao presidente

---

americano Thomas Jefferson, constitucionalista que governou os EUA, de 1801 a 1809, afirmando que toda a arte de governar consiste em ser honesto.

Um Estado desonesto, portanto, é, sim, um poder ilegítimo, porquanto trai seu compromisso de servir à sociedade. Na expressão do Prof. José Renato Nalini, “Quando os de cima não dão o exemplo, os de baixo se sentem liberados”, ressaltando ainda a expressão do filósofo espanhol novecentista Jaime Balmes, que afirmou: “Não nos esqueçamos que, quando o Poder dirige sua mira para o bem pessoal de quem o exerce, já degenerou em tirania”.<sup>(23)</sup>

Aqui, resta-nos a reflexão quanto aos fatos do poder político que fora capturado pelo poder invisível, a saber, o poder que busca o retorno à administração patrimonialista, que visa permanecer pelo viés unilateral e autoritário, em especial por aliar-se a empresas que se apresentam como agentes corruptores, fazendo com que a transparência seja, quando muito, apenas um discurso vazio. Norberto Bobbio aponta as promessas não cumpridas pela democracia, desde seus primórdios oitocentistas.<sup>(24)</sup> Toda luta contra a opacidade do poder político que permeia o ideário das Revoluções Liberais, ainda está por se concretizar. A almejada transparência, o dever de visibilidade, de cognoscibilidade e de controle soberano do povo ainda não saiu do texto legal.

---

(23) NALINI, José Renato. *Quando os de cima não dão o exemplo, os de baixo se sentem liberados, diz o presidente do TJ-SP*. Jornal Estado de São Paulo. 02/02/15. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/quando-os-de-cima-nao-dao-o-exemplo-os-de-baixo-se-sentem-liberados-diz-presidente-do-tj-sp/>>. Acesso em 10 fev 2018.

(24) BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.



---

Atente-se ao papel fundamental do Poder Legislativo na fiscalização das contas do Estado. Ao que nos consta, desde a implantação da República do Brasil, somente com impeachment da ex-Presidente Dilma Rousseff é que o TCU e o Congresso apontaram irregularidades nas contas do Poder Executivo. A pergunta que se faz é a seguinte: Que Poder Legislativo é este que deixa de cumprir a sua missão principal que é o da representação da sociedade em uma democracia? O que temos, no ontem e no hoje, e provavelmente no amanhã, pode-se se chamar democracia?

O poder invisível na democracia parlamentar parece ser a tônica no jogo político que leva à perda de sua credibilidade. Uma das estratégias mais utilizadas é a definição de maioria apenas pelas lideranças de bancadas. Ora, nesse contexto, a manipulação dos senhores líderes será sempre no interesse privado e nunca no interesse público. O parlamentar, isoladamente, não possui independência para votar de acordo com o seu representado.

Nessa linha, subornos, desvios de verbas em benefício dos partidos, entre outras artimanhas, determinando coalisões, comprometendo a independência de suas funções, sobretudo em conluio com empresas que vão desde o pequeno ao grande porte, em qualquer esfera de governo, tudo acaba por contribuir para perpetrar uma agressão direta aos direitos humanos, indecorosa e indecente em todos os sentidos, sobretudo por impingir aos mais pobres um estado de penúria cruel e inaceitável.

Outrora já meditávamos na questão em que se mostra clara a versão formal de poder político atual, existindo uma ambiva-

---

lência da atuação do Estado: um público e o cidadão na porta da frente, e um público de clientes na porta dos fundos. Em outro sentido, infere-se um comportamento promíscuo do sistema político, no qual pessoas e partidos atuam como sócios, visando interesses nada republicanos. Foi então que levantamos a questão: que legitimação é essa, formada por grupos de pressão em associação com o Estado, sempre parciais, que não representam a totalidade da sociedade? A explicação, respondíamos, nos parece intuitiva quando se avalia a captura do poder por interesses setoriais da sociedade.

Enfim, é comum, portanto, que o Estado seja capturado por interesses econômicos, e a linha entre política e negócios privados se torna tênue, dirigindo interesses empresariais. Também a captura do poder judiciário tem a atenção da dominação econômica empresarial, e este é um ponto em que se ressalta somente a independência para a aplicação das sanções judiciais poderá fazer frente aos desmandos testemunhados em todo o mundo. O fato é que mecanismos de combate à corrupção devem ser independentes. O papel da sociedade civil, assim como a mídia, também exerce papel importante nesse combate, perseguindo e apontando conflitos de interesses em contextos em que funcionários públicos se vejam envolvidos por negócios privados ou mesmo com a política.

As empresas, sabe-se, são os principais agentes corruptores do Estado. Expõe-se-á, a seguir, mediante um exemplo concreto, como o mundo corporativo age no sentido de cooptação do poder político visando interesses privados. As corporações empresariais e seus prepostos desconhecem limites e aí reside

---

uma das fontes mais conhecidas de corrupção e desrespeito aos direitos humanos. Na África, milhões perdem suas vidas em guerras causadas pela ganância de empresas que não desejam pagar o preço justo por recursos naturais. Na Europa e na Ásia, milhões adoecem vítimas de níveis de poluição que somente a insensatez do lucro a qualquer custo os explica. Nos EUA, milhões perdem suas casas e seus empregos por conta da especulação financeira de algumas poucas corporações.

Fiquemos apenas no caso africano. O caso do Coltan e a guerra do Congo.<sup>(25)</sup> O 'Coltan' é a combinação de duas palavras que correspondem aos minerais, columbita e tantalita, dos quais se extraem metais mais cobiçados do que o ouro. Pois bem, Ruanda e Uganda ocupam militarmente parte do território congolês. O Coltan é essencial para as novas tecnologias, estações espaciais, naves tripuladas que se lançam no espaço e às armas mais sofisticadas. Segundo dados da ONU a guerra liderada por Ruanda e Uganda já vitimou 5 milhões de seres humanos. Foram identificadas 157 empresas ocidentais envolvidas, e calculou-se que um telefone celular fabricado com matéria-prima daquela região custa a vida de duas crianças. Pasmem: sequer sabemos os nomes destas empresas! Esse é um pequeno exemplo de como o poder invisível destrói seres humanos.

---

(25) REVISTA FÓRUM SEMANAL. *Os "Minerais de Conflito" do Congo*. Por Vinicius Gomes. 06/06/14. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/digital/150/os-minerais-de-conflito-congo/>>. Acesso em: 10 fev 2018.

## 6. A crise e o risco da democracia diante dos populismos de esquerda e de direita

Em linha finais, apenas para sinalizar rumos que pretendemos discorrer com mais profundidade futuramente, nos afastemos um pouco da ideia romântica da legitimidade democrática de um poder voltado ao bem-estar social. Por quê? Como pensar e encarar a democracia quando vivenciamos tempos de impacto de populismos de direita e de esquerda? Nesse diapasão, também agridem os direitos humanos, à medida em que adotem linhas de governabilidade que não raro se revestem de discriminação.

De um lado, na versão da democracia liberal ou populismo de direita, o poder se deslegitimou porque capturado por interesses de grupos. Há claramente um predomínio de forças conservadoras agindo neste sentido. Daqui se projetam posições exacerbadas visando reinventar a política apelando para os efeitos da desindustrialização, do desemprego em razão do crash falimentar em cadeia. Os culpados? Imigrantes, terrorismo, causando xenofobia e islamofobia, para dizer o mínimo.

Essa visão conservadora concorda com a paz e os direitos humanos, contudo em uma visão de paz de portas fechadas. Todos insulados, fechados, mediante barreiras. É como se dissessem: “nossos direitos não podem ser tocados”. Vai daí o *Brexit*, na Inglaterra, e o *Trumpismo* nos Estados Unidos.

De outro lado, a versão progressista ou populismo de esquerda, que prega uma democracia radical, ou agonista, na trilha dos filósofos da Escola de Frankfurt. Despontam os

já mencionados, Chantal Mouffe e Ernest Laclau.<sup>(26)</sup> Convém salientar que a proposta de Rawls e Habermas<sup>(27)</sup>, quanto à “razão pública” ou aos “consensos racionais”, não se considera os antagonismos como um dado inerente da vida social. Qualquer consenso é necessariamente parcial e latente. A ideia, portanto, é radicalizar, porque o consenso democrático só é possível com a hegemonia do povo. Que os mecanismos de combate à corrupção possam considerar estes aspectos.

Beck menciona a presença cada vez maior de estados de exceção relacionados com os riscos; e os limites dos seguros e da controle dos riscos. Quanto ao estado de exceção, conceito trabalhado por Giorgio Agaben, Beck afirma que, devido ao impacto dos riscos globais, os Estados, mesmo no ocidente, estão mais autoritários, mas são ineficientes quando se trata de lidar com as diferentes ameaças e perigos globais.<sup>(28)</sup>

## 7. Considerações finais

Os esforços atuais são significativos na direção de se coibir a corrupção, em especial pela aplicação dos instrumentos de combate, políticas públicas e regimes de responsabilidade corporativa por violações dos direitos humanos. No entanto, sabemos, há que se caminhar muito para se garantir que grandes corporações empresariais, fortes agentes que são em união a

(26) LACLAU, Ernesto. *A polarização entre a democracia liberal e a democracia agônica se resolve com a introdução da lógica da hegemonia, como categoria central do discurso desconstrução, pragmatismo e hegemonia*. Chantal Mouffe (Org.). Tradução Victor Dias Maia Soares. 1. ed. Rio de Janeiro: Mauad X, 2016.

(27) HABERMAS, Jürgen. *Inclusão do outro*. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?hl=p-t-BR&lr=&id=0l8ufT8Xiz4C&oi=fnd&pg=PA11&ots=\\_M\\_yjleQXs&sig=bEpLN75IZn1vOJBN30gk9Qv-jba0&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=p-t-BR&lr=&id=0l8ufT8Xiz4C&oi=fnd&pg=PA11&ots=_M_yjleQXs&sig=bEpLN75IZn1vOJBN30gk9Qv-jba0&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em 10 fev 2018.

(28) BECK, U. *World at Risk*, Cambridge: Polity Press, 2008.

---

governantes e funcionários públicos corruptos, alcancem, compreendam e promovam a valorização dos axiomas democráticos, sobretudo na frágil esfera dos países em desenvolvimento. Fortalecendo valores democráticos, imprimindo consciência para com o respeito aos direitos humanos, os instrumentos legais internacionais se mostram esteio importante na prevenção a práticas corruptas, em especial nos países em desenvolvimento, que não raras vezes não possuem garantias mínimas de responsabilidade, protegendo cidadãos e também investidores, proporcionando vida digna aos homens, assim como possibilidades para que empresas responsáveis se firmem como o padrão que leva em consideração negócios fundamentados em qualidade e preço, ao invés de se submeterem a regimes de subornos, reduzindo a corrupção no mundo. A agressividade política, dominada por elites políticas, ainda muito a teremos entre nós, contudo, não se pode em momento algum arrefecer a crença na substituição de seus termos, cruéis que sempre se mostraram, sobretudo com os menos abastados, em que pese causarem consequências nefastas no seio de toda a sociedade. Alianças políticas espúrias devem ser reveladas e combatidas, não apenas por meio dos revelados instrumentos jurídicos, com o apoio forte de um judiciário independente tal qual organizações de controle, mas, especialmente pelo posicionamento do povo, este para quem o Estado e a legitimidade do poder surgem para lhe servir, proporcionando o equilíbrio que se traduz pelo bem-estar social.

## Referências Bibliográficas

- ARISTÓTELES. *Exame das Duas Repúblicas de Platão*. In. Tratado da Política. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BARR, Joshua V.; FINKE, Jorge; PINILLA, Edgar Michael. *A Legal Perspective on the Use of Models in the Fight Against Corruption*. South Carolina Journal of International Law and Business: Vol. 8: Iss. 2, Article 5, 2012. Disponível em: <<http://scholarcommons.sc.edu/sc-jilb/vol8/iss2/5>>. Acesso em: 06 fev 2018.
- BECK, U. *World at Risk*, Cambridge: Polity Press, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Uma defesa das regras do jogo. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BRASIL. *Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992*. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm)>. Acesso em 09 fev 2018.
- BRASIL. *Decreto n. 4.923 de 18 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/D4923.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4923.htm)>. Acesso em: 08 fev 2018.
- BRASIL. *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE*. Ministério da Transparência e da Controladoria Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/articulacao-internacional/convencao-da-ocde>>. Acesso em: 08 fev 2018.
- BRITO, Ayres. *Para ex-presidente do STF, facção de 'assaltantes do erário' é pior que PCC*. Blog do Josias. 22/01/2017. Disponível em: <<https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2017/01/22/para-ex-presidente-do-stf-facao-de-assaltantes-do-erario-e-pior-que-pcc/>>. Acesso em: 08 fev 2017.
- DODGE, Raquel. *A corrupção é uma ameaça perigosa aos direitos humanos*. Jornal Estado de São Paulo. 29/09/17. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-corrupcao-e-uma-ameaca-perigosa-aos-direitos-humanos-alerta-raquel/>>. Acesso em 08 fev 2018.
- FARRALES, Mark Jorgensen. *What is corruption? A History of Corruption Studies and the Great Definitions Debate*. University of California, San Diego. Version: June 8, 2005. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1739962](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1739962)>. Acesso em: 06 fev 2018.
- HABERMAS, Jürgen. *Inclusão do outro*. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=0l8ufT8Xiz4C&oi=fnd&pg=PA11&ots=\\_M\\_yjleQXs&sig=bEpLN75lZn1vOJBN30gk9Qvjba0&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=0l8ufT8Xiz4C&oi=fnd&pg=PA11&ots=_M_yjleQXs&sig=bEpLN75lZn1vOJBN30gk9Qvjba0&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em 10 fev 2018.
- HECHLER, Hannes. et. al. *Can UNCAC Address Grand Corruption? A political economy analysis of the UN Convention against corruption and its implementation in three countries*. U4 Anti-Corruption Resource Centre Report. October 2011. Norway: Chr. Michelsen Institute (CMI). Disponível em: <<http://www.u4.no/publications/can-uncac-address-grandcorruption/>>. Acesso em: 08 fev 2018.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1ª ed. - Rio de

- Janeiro: Objetiva, 2009.
- JOHNSTON, Michael. *Political corruption and public policy in America*. Monterey: Brooks/Cole. 1982.
- LACLAU, Ernesto. *A polarização entre a democracia liberal e a democracia agônica se resolve com a introdução da lógica da hegemonia, como categoria central do discurso desconstrução, pragmatismo e hegemonia*. Chantal Mouffe (Org.). Tradução Victor Dias Maia Soares. 1. ed. Rio de Janeiro: Mauad X, 2016.
- LOCKE, John. *The Second Treatise on Civil Government*. Prometheus Books. 1986.
- MORAES, Antônio Ermírio de. *A lição de Thomas Jefferson*. Folha de São Paulo. 1994. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/12/04/opiniaao/6.html>>. Acesso em: 09 fev 2018.
- NALINI, José Renato. *Quando os de cima não dão o exemplo, os de baixo se sentem liberados, diz o presidente do TJ-SP*. Jornal Estado de São Paulo. 02/02/15. Disponível em: <<http://politica.estado.com.br/blogs/fausto-macedo/quando-os-de-cima-nao-dao-o-exemplo-os-de-baixo-se-sentem-liberados-diz-presidente-do-tj-sp/>>. Acesso em 10 fev 2018.
- OAS. *Convenção Interamericana contra a Corrupção*. Departamento de Assuntos Jurídicos Internacionais. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-58.htm>>. Acesso em 08 fev 2018.
- ONU NEWS. *Custos anuais da corrupção podem alimentar 80 vezes os famintos*. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2013/03/1431461-custos-anuais-da-corrupcao-podem-alimentar-80-vezes-os-famintos-diz-ONU>>. Acesso em: 08 fev 2018.
- PASQUINO, Gianfranco. *Corrupção*. In. BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Tradução de João Ferreira e outros. 2ª ed. - Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1986, p. 291.
- PLATÃO. *A República*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- , John. *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica*. São Paulo: Lua Nova, 1992.
- REVISTA FÓRUM SEMANAL. *Os "Minerais de Conflito" do Congo*. Por Vinicius Gomes. 06/06/14. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/digital/150/os-minerais-de-conflito-congo/>>. Acesso em: 10 fev 2018.
- THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. *John Rawls: a economia moral da justiça*. 2011, vol.26, n.3, pp.551-564. ISSN 0102-6992. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922011000300007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000300007)>. Acesso em 08 fev 2018.
- UNITED STATES. *A resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. - Washington, 2012. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>>. Acesso em: 08 fev 2018.
- UNODC. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corrupcao/convencao.html>>. Acesso em 08 fev 2018.



# A GOVERNAÇÃO CORPORATIVA NAS EMPRESAS EM CRISE\*

ALEXANDRE ALVES LAZZARINI\*

**Resumo:** Ao se encontrar em situação de crise, a empresa tem que se aprofundar ainda mais na questão da transparência.

Não se trata de apenas mostrar as informações aos seus interessados, mas elaborar todo um pedido e plano de recuperação judicial ou extrajudicial baseados na exposição dos seus negócios, da sua condição e de uma proposta de reestruturação da empresa, juntamente com a forma de pagamento aos credores escolhida.

São nesses momentos de crise que entra em cena o instituto da Governança Corporativa, o qual impõe a necessidade de utilização de instrumentos interdisciplinares, abrangendo toda a estrutura empresarial, como as questões econômicas, administrativas e jurídicas, entre outras, para, assim, evitar ocorrências depreciativas para o próprio plano de recuperação.

Ora, certamente o ideal seria se desde o princípio da atividade empresarial utilizasse-se da honestidade, entretanto, se assim fosse o plano real, não haveria porque tanto se discutir quanto à governança corporativa e a obrigação da transparência nos negócios e condutas, uma vez que uma empresa saudável deve ter boas condutas para evitar crises, e uma empresa em crise deve ter boas condutas para sair dela.

---

\* Palestra feita no Congresso Luso Brasileiro sobre Governança Corporativa e Corrupção, na Universidade do Porto, Portugal, organizado pelas Faculdades de Direito das Universidades Presbiteriana Mackenzie e do Porto, dias 11 e 12/1/2018, pelos Professores Ana Flávia Messa e Paulo de Tarso Domingues.

\*\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, titular na 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial e na 9ª Câmara de Direito Privado. Membro da Academia Mackenzista de Letras, da Academia Paulista de Letras Jurídicas e do Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas - IBR.

---

**Palavras chaves:** Governança corporativa. Governança corporativa. Transparência. Informação. Empresa em crise. Recuperação Judicial. Falência. Anticorrupção.

**Abstract:** By the time it sees itself in a crisis situation the company has to input itself even more in the full disclosure issues.

It's not just about showing the information to the interested ones, but also to formulate the request and the plan for judicial (or extrajudicial) reorganization based on the exposure of its business, its condition and a propose of restructuring the company, along with the payment method chosen.

It's in these moments of crisis that the institute of Corporate Governance comes along, which imposes the necessity of using interdisciplinary tools, including all the business structure, as the economic, management and legal issues, beside others, to avoid deprecating occurrences for the receivership plan itself.

Certainly the ideal would have been that the honesty have been applied since the beginning of the business activity, but, if this happened in the real world, it wouldn't be necessary to discuss that much about corporate governance and the obligation of full disclosure in all the business and practices, once a healthy company must have good practices to avoid crisis, and a company in crisis must have good practices to exit it.

**Key-words:** Corporate governance. Disclosure. Full Disclosure. Information. Company in crisis. Judicial Reorganization. Receivership. Bankruptcy. Anti-corruption.

## SUMÁRIO

### 1 INTRODUÇÃO

### 2 A GOVERNAÇÃO CORPORATIVA

### 3 O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

#### 3.1 O momento da apresentação do pedido de recuperação judicial

#### 3.2 O momento da apresentação do plano de recuperação judicial

### 4 OS NOVOS ATORES NA EMPRESA EM CRISE

### 5 CONCLUSÃO

## 1. INTRODUÇÃO

A governação corporativa (ou governança corporativa, no português do Brasil) entra na linguagem do mundo empresarial como forma de demonstrar que são “politicamente corretas” e, portanto, merecem a confiança das pessoas com quem se relacionam.

A respeito, escreve Renata Weingrill Lancellotti (2010), em obra que tive o privilégio de prefaciar:

A sobrevivência de uma empresa em um ambiente de competição – acirrada pela globalização da economia – depende de investimentos que possibilitem sua inovação e que continuem cumprindo sua função social. Nesse cenário, as empresas que utilizam o mercado de capitais desempenham papel fundamental no aumento da produtividade e na criação de riqueza.

A recente evolução de nosso capitalismo assistiu também à atualização da legislação falimentar brasileira, necessária havia anos, eis que o regime anterior vigorava desde o final da primeira metade do século passado.

Entretanto, válida a observação do Professor José Joaquim Gomes Canotilho (1995), quando da comemoração dos 20 anos do Provedor de Justiça, em Portugal, ao comentar a chamada “constitucionalização da ordem jurídica privada”, em face da proteção dos direitos fundamentais, questionando:

O problema, para alguns, não deve sequer colocar-se, sob pena de os direitos fundamentais se transformarem em “*joker* argumentativo” contra os princípios básicos da autonomia privada. Uma rejeição rotunda da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada poderia resumir-se desta forma breve e incisiva: o que é que tem o Estado a ver com a vida privada dos indivíduos?

---

Trata-se de observação relevante, diante do tema proposto, que leva a interferência do Estado na atividade privada, que é a empresarial, quando esta está em crise.

É certo que, como amplamente noticiado, no Brasil existem empresas em diversas situações de crise, mas o que se propõe, nesta exposição, é aquela decorrente da situação de insolvência, regulada pela Lei n. 11.101/2005, que é a Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas.

Para tanto, importante o art. 47 dessa lei:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação de situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Esse dispositivo corporifica os 12 princípios que norteiam a Lei n. 11.101/2005, expostos pelo Senador Ramez Tebet (MACHADO, 2007), em seu Relatório apresentado na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal Brasileiro, destacando-se os dois primeiros:

1) **Preservação da empresa:** em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, *know-how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.

2) **Separação dos conceitos de empresas e de empresário:** a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes.

Em especial o primeiro princípio, que é o da “preservação da empresa”, tornou-se o “*joker argumentativo*”, a que se referiu Gomes Canotilho na esfera dos direitos fundamentais, com o segundo princípio, em regra, convenientemente esquecido.

Esse “*joker argumentativo*” é bem exemplificado no mundo empresarial. John Kenneth Galbraith (2004, p 23 e 30), em livro intitulado “A Economia das Fraudes Inocentes: verdades para o nosso tempo”, demonstra que o sistema de *mercado* ou o sistema *empresarial*, nada mais é do que um capitalismo disfarçado, com o

poder cada vez maior do produtor para influenciar ou mesmo controlar a procura do consumidor” e que “acreditar numa economia de mercado em que o consumidor é soberano é uma das formas de fraude mais difundidas. Que ninguém tente vender sem administração e controle do consumidor.

Ora, acrescente-se a isso a questão da “governança corporativa”, com a busca da boa administração, superando a “**cultura do dono**” em benefício dos interessados internos (sócios, administradores, sociedade) e externos (trabalhadores, fornecedores, consumidores, Estado).

## 2. A GOVERNAÇÃO CORPORATIVA

Quando falamos na governação corporativa destacamos princípios ou valores vinculados a ela. São eles:

1. A **transparência**, denominada de *disclosure* (ou *full disclosure*), que exige a disponibilização das informações relevantes às partes interessadas. Por isso, alguns estabelecem os seguintes *subprincípios*: a) da relevância; b) da adequação; e, c) da acessibilidade (MILLER, 2005, p. 91-128).

2. **Isonomia**, ou seja, *fairness*, pois pretende-se que os interessados internos e externos da empresa sejam tratados de maneira isonômica. Trata-se de questão relevante esse tratamento igualitário, em especial a partir do momento em que se afirma que o mercado de capitais é forma de poupança popular (MILLER, 2005, p. 91-94; TRINDADE, 2002, 297-300), por conta das normas constitucionais brasileiras<sup>(1)</sup>.

3. **Prestação de contas**, ou seja, *accountability*, as contas devem ser prestadas seguindo as melhores práticas contábeis e de auditoria (COELHO, 1996, p. 395)<sup>(2)</sup>.

(1) Constituição Federal, art. 5º, XXXII (“Estado promoverá a defesa do consumidor...”), art. 21, VIII (compete a União “administrar e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de **crédito**, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de **previdência privada**”), art. 22, VII e **XIX** (compete a União legislar sobre sistema monetário e o “**sistema de poupança, captação e garantia de poupança popular**”), art. 170, III e V (a ordem econômica, conforme os ditames da *justiça social*, deve observar os princípios da função social da propriedade e da defesa do consumidor).

(2) Importante é a diferenciação entre o *balanço contábil de empresas* e a *respectiva realidade econômica*, lembrada por Fábio Ulhoa Coelho (1996, p. 395) **ao reproduzir a lição de Fábio Konder Comparato**: “vulgarmente (...) o balanço é concebido como mera reprodução da realidade econômica da empresa, ou como espelho de uma situação patrimonial, no dizer de um autor (Francesco Messineo. *Studi di Diritto delle Società*, Milão, 1958, p. 132). A não ser na hipótese de lançamentos falsos ou errôneos, o leigo não entende como se possa retocar essa fotografia do patrimônio. Tal concepção, no entanto, é totalmente imprópria. O balanço, como de resto toda a contabilidade, não pode jamais ser um simples reflexo de fatos econômicos, porque se trata de uma interpretação simbólica e, portanto, convencional da realidade. Os fatos econômicos não passam para os livros contábeis no estado bruto, mas são traduzidos, simbolicamente, em conceitos e valores; ou seja, são previamente estimados e valorados, segundo um critério determinado e em função de uma finalidade específica. A exatidão ma-

4. **Responsabilidade corporativa**, ou seja, *compliance*, com a finalidade de obediência às normas existentes, sejam elas os estatutos sociais e regimentos internos, como as leis em geral.

Os três últimos princípios nada mais são do que formas de implementação do princípio da transparência, pois como diz Renata Weingrill Lancellotti (2010, p. 45-46) *“a transparência é mais do que obrigação de informar, é o desejo de disponibilizar para todas as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos”*.

A informação deve ser adequada, acessível e relevante, como anotado, para *“estabelecer um certo grau de igualdade, entre os investidores”*, no dizer de Daniel Schiavoni Miller (2005, p. 105-115), sendo no caso em estudo, a empresa em crise, esses *“investidores”* abrangem todos os credores, pois com aprovação de planos de recuperação judicial contendo deságios, juros reduzidos e um longo período para pagamento, nada mais fazem do que reverter parte substancial do seu crédito em favor das devedoras.

Não é demais observar, todavia, que tornou-se modismo, inclusive por indução da Lei n. 12.846/2013, que recebeu a denominação de Lei Anticorrupção, a instituição de Comitês de *Compliance*.

---

temática dos balanços, que o vulgo contempla admirativamente, é mera coerência interna e recíproca de lançamentos em partidas dobradas, simples exatidão formal. Mas entre a realidade econômica e a sua tradução contábil interfere, necessariamente, um juízo de valor, uma estimativa axiológica, cuja imprecisão e contestabilidade jamais poderão ser suprimidas, porque inerentes ao próprio processo de conhecimento. A verdade contábil é, pois, simplesmente relativa”

---

Porém, como adverte Modesto Carvalhosa (2015, p. 333), em seus comentários sobre a Lei 12.846/13, para demonstrar que de nada adiante criar “padrões de governança”, sem que se modifique os valores das próprias pessoas envolvidas:

seria, por outro lado, ingênuo o Poder Público imaginar que pessoas jurídicas que têm uma cultura corruptiva possuam padrões de governança - a não ser de fachada - e muito menos um regime de conformidade, efetivo e independente, em sua organização.

Ingenuidade que não se reconhece ao empresário, que não pode, em regra, ser comparado a um consumidor, como destaca Paula A. Forgioni (2010, p. 119), ao analisar os comerciantes na condição de “agentes econômicos *ativos e probos*”, quando escreve (a redação está na grafia original):

Se, no direito do consumidor, a presunção é a vulnerabilidade de uma das partes, no direito comercial parte-se necessariamente da assunção oposta. Na dicção de Cairu:

‘os Comerciantes são, ou sempre se presumem, habéis, atilados, e perspicazes em seus negócios [...] Por tanto os que exercem a profissão de mercancia, não devem ser menos prudentes e circunspectos em seus tratos. [...]’

Levin Goldschmidt, um dos maiores historiadores do direito mercantil, já advertia que os mercadores são ‘delle classi della popolazione economicamente meglio addestrate e più sagaci’.



---

### 3. O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Na recuperação judicial da empresa em crise, o princípio da transparência também deve ser respeitado.

São dois os momentos cruciais para tanto: a) na apresentação do pedido de recuperação judicial; b) na apresentação do plano de recuperação judicial (ou extrajudicial).

Os dois momentos têm características e condições diferentes, como passaremos a ver.

#### 3.1. O momento da apresentação do pedido de recuperação judicial

O art. 51 da Lei n. 11.101/05 fixa exigências para a petição inicial da recuperação judicial. Pode-se afirmar que são documentos essenciais para a admissão do pedido de recuperação judicial, ou seja, documentos sem os quais o pedido de recuperação judicial deve ser indeferido.

Mantém-se, ainda, o velho e maléfico hábito existente na época da concordata, onde esta era requerida sem qualquer documento e, daí por diante, protelavam-se os prazos e a quebra da empresa, sem que, muitas vezes, fosse o seu processamento deferido.

O cumprimento do disposto no art. 51 da Lei n. 11.101/05 não representa um formalismo excessivo, mas a necessidade da empresa, que busca a renegociação de sua dívida, apresentar aos seus credores a sua situação real, dando elementos para a análise da substância real e efetiva do plano de recu-

peração judicial, evitando a simples retórica técnica (hoje, o *princípio da preservação da empresa*) utilizada para protelar uma decretação da falência, como costumeiramente se fazia na concordata.

Assim, esse é o momento em que a empresa mostra transparência nos seus negócios e na sua condição.

A regra tem por escopo, justamente, evitar condutas do sócio ou do administrador ("**cultura do dono**") pretender que os credores aceitem negociar seus créditos, com consequente redução de seu patrimônio, enquanto eles mantêm o *status quo* pessoal inalterado, ou seja, enquanto os credores se sujeitam a perdas, quem administrou mal (em sentido amplo) fica imune na sua situação patrimonial<sup>(3)</sup>.

Por essas razões é que se afirma que o art. 51 da Lei n. 11.101/05 positiva o *princípio da transparência*, relevante para avaliação da empresa em crise, possibilitando, assim, que os credores tenham (a) a capacidade técnica de avaliar as informações constantes no processo de recuperação judicial, (b) bem como o conhecimento do mercado de atuação da empresa em crise (devedora).

---

(3) A revista **Desafios do desenvolvimento (novembro de 2006, ano 3, n. 28, p. 6)**, vinculada ao Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e ao Pnud - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, publica uma nota divulgando pesquisa da organização não-governamental Transparência Internacional, informando que os "exportadores brasileiros estão entre os mais propensos a aceitar propinas na hora de fechar negócios" e que referida organização informou "que a posição do Brasil mostra que suas empresas não se comportam de forma limpa, postura que refletiria o nível de corrupção no país". Aliás, interessante essa questão, pois alega-se que há a necessidade de se corromper a autoridade pública para se obter um contrato; mas a iniciativa privada se carteliza para prejudicar o poder público acertando entre si preços e condutas. Nunca se ouviu notícia de que a iniciativa privada fez um "cartel" para evitar essas condutas ilícitas.

### 3.2. O momento da apresentação do plano de recuperação judicial

O princípio da transparência, como apontado, tem relevância no plano de recuperação formulado.

A empresa em crise no momento em que postula a recuperação judicial (ou mesmo a tutela judicial na recuperação extrajudicial) perde a sua natureza puramente privada e passa a uma condição institucional (sem adentrar, no caso, na discussão se uma sociedade anônima tem natureza contratual ou institucional), onde, embora continue na sua livre administração (apesar de algumas restrições), fica com sua existência *condicionada a vontade de fatores externos*, ou seja, a análise de sua função social (que não se confunde com o seu objeto social) e interesses dos credores; não importa, pois, o interesse do empresário caso esses fatores não convirjam com o dele.

No mais das vezes, pelo que se observa nas declarações<sup>(4)</sup> de sócios das empresas falidas, a falência é decretada em razão da má administração da empresa, seja sob o aspecto administrativo (controles de despesas, por exemplo), como no aspecto comercial (gerenciamento de preços, dependência de um único cliente etc.).

Por isso, parece relevante que o elaborador do plano de recuperação atente-se não só a buscar uma proposta de pagamento, mas uma reestruturação da empresa onde se dê clareza à sua administração, seguindo os princípios daquilo que se passou a denominar-se de *governança corporativa*, que impõe a necessidade de utilização de instrumentos *interdisciplinares*

---

(4) Lei n. 11.101/05, art. 104, I, "a" (no Decreto-lei n. 7.661/45: art. 34, I, "a"): o falido deve "declarar as causas determinantes da sua falência, quando requerida pelos credores".

---

(econômicos, administrativos e jurídicos, entre outros), razão pela qual, como anota Nilson Lautenschleger Júnior (2005, p. 24):

não se trata mais de consultar o jurista para entender o que a lei diz, mas, sim, de consultar o administrador sobre qual a melhor forma e, então, o advogado quanto muito, para saber se uma determinada ação ou estruturação seria ilegal ou não.

A reestruturação ultrapassa os limites do operador do direito; sua participação tem relevância na necessidade do profissional elaborador da reestruturação não ultrapassar a fronteira da legalidade, pondo todo um esforço ladeira abaixo, fenômeno duramente vivido no Brasil com os sucessivos *planos econômicos*, que deram soluções aos problemas da economia, mas que violaram várias normas do sistema jurídico, o que não se admite, sob pena de supressão do próprio Estado de Direito Democrático.

Embora se discuta a questão da governança corporativa em face das sociedades anônimas abertas<sup>(5)</sup>, inclusive pelo fato de que o conflito de interesses nela é mais amplo do que em sociedades limitadas, até pela multiplicidade de interessados<sup>(6)</sup>, não se pode descartar a importância da boa conduta empresarial, para qualquer tipo de empresa, como fator importante para se alcançar o objetivo traçado no plano de recuperação judicial: reerguer a empresa em crise.

---

(5) Inclusive, as regras da governança corporativa foram sendo elaboradas pela antiga Bolsa de Valores de São Paulo - Bovespa, de modo a aceitar-se a abertura de capital das empresas.

(6) Lembre-se que os interesses da sociedade (interesse social ou da empresa) não se confunde com o interesse dos acionistas, controladores e sócios (no caso de sociedades limitadas).

Tal situação está bem exposta no art. 53 da Lei n. 11.101/05 quando fixa informações necessárias que devem estar contidas no plano de recuperação judicial.

A transparência, portanto, deve ser observada não somente no momento do pedido de recuperação judicial, mas, também, na própria concepção do plano apresentado, de modo a evitar circunstâncias depreciativas para o próprio plano<sup>(7)</sup>.

#### 4. Os novos atores na empresa em crise

Admitido o pedido de recuperação judicial de uma empresa, ou seja, deferido o seu processamento, há uma ampliação das pessoas que passam a ter ingerência nela, vindo a fiscalização estatal por meio do Poder Judiciário.

Antes, os *stakeholders* eram limitados aos acionistas, controladores, fornecedores (financeiros, de matéria-prima e de serviços, por exemplo), trabalhadores e consumidores. Com a recuperação judicial, acresce-se a eles: a) o Juiz de Direito, que presidirá o processo de recuperação judicial, e os Tribunais (órgãos colegiados que julgarão os recursos contra as decisões do Juiz), b) o administrador judicial, que, na recuperação judicial fiscaliza as atividades da empresa, c) os credores, que, em princípio, manifestam-se pelo Comitê de Credores e da Assembleia Geral de Credores e d) o Ministério Público.

Também, em qualquer uma das fases, antes ou depois do deferimento do processamento da recuperação judicial, é pos-

---

(7) Imaginem-se alguns fatos: a) o advogado formula o pedido de recuperação judicial abandona o processo; b) quem elabora o plano de recuperação judicial, apresentado em juízo, pede a falência dessa empresa. São condutas que demonstram a falta de solidez do que é apresentado em juízo para a apreciação dos credores.

---

sível existir um outro interessado, ou seja, um *investidor*, bem como não se pode esquecer da constante atuação da Justiça do Trabalho, da Justiça fiscal e das demandas consumeristas, com presença quase constante na vida de uma empresa em crise.

Verifica-se, pois, a complexidade que surge nessas relações, sendo relevante a observação feita por Thomas Felsberg (2009, p. 298):

A confluência de questões legais relacionadas às diversas áreas de atuação da empresa, tais como a ambiental, a regulatória, a trabalhista e a de proteção ao consumidor, pode assumir peso relevante na recuperação.

A ingerência do Poder Judiciário na recuperação judicial fica bem destacada quando se discute a *soberania das decisões das assembleias de credores*, pois a legalidade do plano está sujeita ao controle judicial, sem adentrar no âmbito da sua viabilidade econômica, conforme já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTROLE DO MAGISTRADO SOBRE O PLANO DE SOERGUMENTO. APROVAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. VIABILIDADE ECONÔMICA. SOBERANIA DA AGC. LEGALIDADE. VERIFICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE.

1. Processamento da recuperação judicial deferido em 24/05/2013. Recurso especial interposto em 04/11/2014 e atribuído ao Gabinete em 25/08/2016.

2. A jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado do STJ

---

Sedimentou que o juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores.

3. O reexame de fatos e provas e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis.

4. Recurso especial não provido.

(**REsp nº 1660195/PR**. Terceira Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Nancy Andrigli, j. em 04/04/2017)

Em âmbito doutrinário, temos o Enunciado nº 44, da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: *"a homologação do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial da legalidade"*.

Desse modo, e embora seja inequívoca a soberania da vontade dos credores manifestada na assembleia geral, é perfeitamente admissível o controle judicial da legalidade do plano de recuperação, sem ingresso no controle de sua viabilidade econômica.

## 5. CONCLUSÃO

Com essas breves reflexões, o ideal seria podermos resumir que toda a atividade seja exercida com honestidade.

Fosse isso seguido de maneira espontânea, não haveria a necessidade de reclamarmos a governação corporativa.

Mas infelizmente, como lembra o Professor e Magistrado Newton de Lucca (2009, p. 334 e 384), devemos estar atentos a afirmação de David Rockefeller (*"the business of business is*

---

*business, not ethics*”), motivo pelo qual questiona se não é ingenuidade pensar a ética empresarial, para em seguida comentar sobre a governação corporativa nos seguintes termos: “Parece decorrer naturalmente de tudo o quanto foi exposto a respeito da governança corporativa, que a ética desempenha papel de extremo relevo no que se refere aos fundamentos do próprio instituto. Pode-se dizer, em certo sentido, que governança corporativa e ética são ideias interativas e complementares, na medida em que não se pode imaginar a primeira sem o conteúdo de natureza axiológica que lhe é fornecido pela segunda”.

Essa mesma questão da ingenuidade já nos referimos no tópico que tratamos dos princípios da governação corporativa, colacionando a lição de Modesto Carvalhosa.

A empresa saudável deve ter boas condutas para evitar crises; a empresa em crise, como a situação analisada, deve ter boas condutas para sair dela.



## Referências

- CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, 2ª tiragem.
- COELHO, Fábio Ulhoa; *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, 2.ª ed.
- CANOTILHO, Gomes; Palestra feita Solenidade Comemorativa na Assembleia da República, do 20º aniversário do Provedor de Justiça, em 30/11/1995; CANOTILHO, Gomes; Palestra feita Solenidade Comemorativa na Assembleia da República, do 20º aniversário do Provedor de Justiça, em 30/11/1995; [http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Sessao20Anos\\_textos.pdf](http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Sessao20Anos_textos.pdf) - acesso em 30/12/2017).
- FELSBURG, Thomas; Posfácio à Edição Brasileira do livro *Como Recuperar uma Empresa - A gestão da recuperação do valor e da performance*, SLATTER, Stuart e LOVETT, David. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.
- FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2010.
- GALBRAITH, John Kenneth. *A Economia das Fraudes Inocentes: verdades para o nosso tempo*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2004.
- IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; *Desafios do desenvolvimento: revista*, edição de novembro de 2006, ano 3, n. 28.
- LANCELLOTTI, Renata Weingrill; *Governança Corporativa na Recuperação Judicial*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.
- LAUTENSCHLEGER JUNIOR, Nilson; *Os desafios propostos pela Governança Corporativa ao Direito Empresarial Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- LUCCA, Newton de; *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2009
- MACHADO, Rubens Approbato. "Relatório do Senador Ramez Tebet sobre o projeto da Lei n. 11.101/2005, apresentado na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal Brasileiro" in *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresa*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2007, 2ª ed.
- MILLER, Daniel Schiavoni; "Governança corporativa e full disclosure: o direito à informação como direito subjetivo instrumental, implicitamente essencial e inderrogável do acionista", in *Governança Corporativa: empresas transparentes na sociedade de capitais*, vários autores, org. Luiz Leonardo Cantidiano e Rodrigo Correa. São Paulo: Ed. Lazzari, 2005.
- TRINDADE, Marcelo F.; "O papel da CVM e o Mercado de capitais no Brasil", em *Fusões e aquisições: aspectos jurídicos e econômicos*, vários autores, org. Jairo Saddi, São Paulo: Editora IOB, 2002.

# ACORDO DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO PENAL E ADMINISTRATIVO

EVERTON LUIZ ZANELLA\*

**Resumo:** O presente artigo tem como escopo tratar do acordo de leniência e seus efeitos no âmbito do sistema legislativo brasileiro. Aborda-se o instituto nas duas normas legais nas quais ele é previsto: a Lei n.º 12.529/2011 (Lei que trata do sistema de defesa da concorrência) e Lei n.º 12.846/2013 (Lei que dispõe sobre o combate à corrupção empresarial). São analisados todos os pressupostos e requisitos legais para o acordo, a legitimidade para realizá-lo e sobretudo suas consequências, na esfera administrativa, civil e penal, fazendo-se um paralelo necessário com a colaboração premiada do ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, tecemos uma comparação entre os sistemas legais de Brasil e Portugal no que tange ao enfrentamento às infrações concorrenciais e atos de corrupção.

**Palavras-chave:** Acordo de leniência. Pressupostos e requisitos. Efeitos administrativos e penais. Colaboração premiada. Combate às infrações concorrenciais e à corrupção.

**Abstract:** The purpose of this paper is to discuss the Leniency Agreement and its effects within the Brazilian legislative system. The institute is approached in two legal norms in which it is envisaged: Law 12529/2011 (Law that deals with the antitrust system) and Law 12846/2013 (Law that deals with the fight against

---

\* Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo, Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

corporate corruption). The text analyzes all the assumptions and legal requirements for the agreement, the legitimacy to carry it out and its consequences in the administrative, civil and criminal areas, making a necessary comparison with the plea agreement of the Brazilian criminal legal system. Finally, we have compared the legal systems of Brazil and Portugal in the face of antitrust infractions and acts of corruption.

**Key words:** Leniency agreement. Assumptions and requirements. Administrative and penal effects. Plea agreement. Confronting antitrust and corruption acts.

## 1. Conceito e previsão legal

O acordo de leniência é um ajuste celebrado entre o Poder Público e um particular, infrator da norma, mediante o qual este (particular) fornece ao Estado provas e informações relevantes sobre o ato ilícito praticado, recebendo, em contrapartida, um abrandamento da sanção aplicável.

Nas palavras de Abduch Santos, Bertoncini e Custódio Filho,

“Leniência significa suavidade, brandura, ternura e, no direito brasileiro, o uso deste vocábulo serve para qualificar determinados acordos celebrados entre a Administração Pública e particulares envolvidos em ilícitos, por meio dos quais estes últimos colaboram com a investigação e recebem em benefício a extinção ou redução das sanções a que estariam sujeitos por tais ilícitos”<sup>(1)</sup>.

Tal espécie de acordo surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei n.º 10.149/2000, que acrescentou os artigos 35-B e 35-C à Lei n.º 8.884/1994 (antiga Lei antitruste), que fora revogada pela Lei n.º 12.529/2011 (atual Lei antitruste), a qual manteve o instituto do acordo de leniência, com novos contornos, em seus artigos 86 e 87.

Atualmente, o acordo de leniência, além de previsto no sistema antitruste (Lei supracitada), também encontra normatização no artigo 16 da Lei n.º 12.846/2013, a qual estabelece o sistema de combate à corrupção empresarial.

(1) SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Comentários à Lei 12.846/2013 - Lei anticorrupção. São Paulo: RT, 2014, p. 232.

## 2. Acordo de leniência na Lei antitruste

A Lei n.º 12.529/2011, que regula o sistema de defesa da concorrência (Lei antitruste), prevê o acordo de leniência em seus artigos 86 e 87.

### 2.1. Hipóteses de celebração do acordo e suas consequências

O acordo é celebrado, de um lado, pela Administração Pública, representada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e, de outro, pela pessoa física ou jurídica investigada por cometer infrações à ordem econômica.

Referidas infrações são definidas no art. 36 da mesma norma legal, havendo perfeita identidade com as condutas definidas como crimes pelo artigo 4º da Lei n.º 8.137/90 (com redação alterada pela própria Lei n.º 12.529/2011). Noutras palavras, tais ações - ilícitas - são simultaneamente infrações administrativas e penais e, por isso, dão azo a uma dupla responsabilização.

José dos Santos Carvalho Filho sintetiza que essas ações ilícitas configuram um domínio abusivo dos mercados no setor econômico e apresentam-se sob múltiplas espécies, destacando-se os trustes, os cartéis e o *dumping*, além de algumas outras formas de abuso que derivam dessas três<sup>(2)</sup>.

Sintetiza o autor que truste é "*a forma de abuso do poder econômico pela qual uma grande empresa domina o mercado e afasta seus concorrentes, ou os obriga a seguir a estratégia econômica que adota*"; cartel é "*a conjugação de interesses entre grandes empresas com o mesmo objetivo, ou seja, o de elimi-*

---

(2) CARVALHO FILHO, José. Manual de Direito Administrativo. 31.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: GEN-Atlas, 2017, p. 979-980.

*nar a concorrência e aumentar arbitrariamente seus lucros"*; por fim *dumping* é um abuso de caráter internacional, mediante o qual uma empresa multinacional, após receber subsídios oficiais de seu país de origem, barateia o custo de seu produto, que se torna muito inferior aos das concorrentes nacionais que arcam com suas próprias despesas e por isso não conseguem competir<sup>(3)</sup>.

Celebrado o acordo entre CADE e pessoas física ou jurídica investigada, entendemos que ele deve seguir para manifestação do Ministério Público Federal, por inteligência do art. 20 da Lei n.º 12.529/2011, o qual define que o *Procurador-Geral da República designará membro da instituição para dar parecer nos processos administrativos destinados a impor sanções administrativas por infrações à ordem econômica*. Desta maneira, ainda que não haja previsão expressa de oitiva do Ministério Público especificamente no acordo de leniência, trata-se de um procedimento administrativo que impõe sanções ao infrator, motivo pelo qual nos parece aplicável a regra do art. 20 da lei antitruste<sup>(4)</sup>.

Se o CADE não tinha conhecimento prévio da infração - a qual é revelada em primeira mão pelo infrator -, o acordo de leniência produzirá como consequência a *imunidade administrativa absoluta*, isto é, a *"extinção da ação punitiva da admi-*

(3) CARVALHO FILHO, José. Op. cit., p. 980.

(4) "Apesar de os artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 não exigirem expressamente a participação do Ministério Público para a celebração de Acordo de Leniência, a experiência consolidada do CADE é no sentido de viabilizar a participação do Ministério Público, titular privativo da ação penal pública e detentor de atribuição criminal, tendo em vista as repercussões criminais derivadas da leniência. Assim, o Ministério Público Estadual e/ou o Federal participa como agente interveniente no acordo, a fim de conferir maior segurança jurídica aos signatários do Acordo de Leniência, além de facilitar a investigação criminal do cartel" (item 61 do Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE, disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf), acesso em 11/03/2018.)

nistração pública em favor do infrator” (art. 86, § 4º, I, da Lei). Desta forma, nenhuma sanção administrativa poderá ser aplicada ao infrator leniente.

Se o CADE já tinha conhecimento prévio, haverá um benefício menor, qual seja a *imunidade administrativa relativa*, consistente na redução da multa<sup>(5)</sup> de um a dois terços (1/3 a 2/3). O quantum da minoração dependerá da efetividade da colaboração e da boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência (art. 86, § 4º, II, da Lei). Neste caso (imunidade relativa), o único beneplácito é a redução da multa, mantendo-se a possibilidade de imposição das demais sanções administrativas previstas no art. 38 da Lei n.º 12.529/2011<sup>(6)</sup>, não excluídas pela Lei.

(5) A multa será fixada nos moldes do art. 37 da Lei: de 0,1% a 20% (um décimo por cento a vinte por cento) do faturamento bruto da pessoa física ou jurídica no exercício anterior, não podendo, contudo, ser inferior à vantagem auferida. Quando não for possível definir o faturamento bruto, a multa será arbitrada entre R\$ 50 mil e R\$ 2 bilhões (de cinquenta mil a dois bilhões de reais). O administrador de pessoa jurídica, que agir com culpa ou dolo, receberá multa no patamar de 1% a 20% (um a vinte por cento) da multa aplicada à empresa. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

(6) Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Além da imunidade administrativa – absoluta ou relativa –, o art. 87 da Lei n.º 12.529/2011 estabelece que a celebração do acordo de leniência tem como efeito a *suspensão do processo penal* no tocante aos *crimes contra a ordem econômica* (aqueles definidos no já aludido art. 4º da Lei n.º 8.137/90) e *“demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel”*, tais como os crimes de fraude a licitações (Lei n.º 8.666/1993) e os tipificados no Código Penal, como, por exemplo, o delito de associação criminosa estatuído no art. 288 do mencionado diploma.

O art. 87 vai muito além, ao definir, em seu parágrafo único, que *“cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”*.

Desta feita, a feitura do acordo de leniência traz como consequência imediata a suspensão do processo criminal relativo aos delitos contra a ordem econômica e delitos conexos; e o efetivo cumprimento do acordo acarreta na extinção da punibilidade, benefício bastante extenso para o acordante.

Ao descrever crimes “tais como” os da Lei de Licitações e do Código Penal, entendemos que o legislador fez, claramente, uso da interpretação analógica, adotando alguns exemplos de delitos sobre os quais incidem os benefícios da suspensão e extinção da punibilidade, e estendendo a outros que forem praticados em conexão com os delitos contra a ordem econômica. Assim, aos que nos parece, nos termos da legislação vigente a suspensão do feito e a extinção da punibilidade podem atingir quaisquer crimes, desde que guardem relação com as infrações econômicas.



## 2.2. Pressupostos e requisitos para o acordo de leniência

A Lei exige, no seu artigo 86, incisos I e II, dois pressupostos para a realização do acordo de leniência: que o autor da infração contra a ordem econômica colabore de forma efetiva (real, concreta) com as investigações e procedimento administrativo; e que essa colaboração resulte na identificação dos demais envolvidos no ilícito e na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração.

Evidentemente que as informações transmitidas e os documentos entregues devem ser inéditos, desconhecidos da autoridade pública. No que diz respeito à identificação “dos demais envolvidos”, a norma não estabelece se o leniente deve, obrigatoriamente, delatar todos eles.

Pensamos que o acordo somente será efetivo se o acordante indicar todas aquelas pessoas jurídicas e físicas que *ele tem conhecimento* serem autoras ou ao menos partícipes do ilícito, sem, portanto, ocultar nenhuma informação que possua nesse sentido.

Em adição a estes pressupostos, o art. 86, § 1º, da Lei anti-truste exige os seguintes *requisitos cumulativos* para o acordo:

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

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

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

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

O primeiro requisito é que a pessoa jurídica seja a primeira a reportar às autoridades a conduta anticoncorrencial; requisito este que, conforme redação expressa do § 2º, não é exigido da pessoa física.

Caso outras pessoas jurídicas tenham interesse em colaborar com a Administração Pública, ela poderá formalizar um termo de compromisso de cessação (TCC). Consoante o *Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE*,

“O Acordo de Leniência é instrumento disponível apenas a o primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial entre concorrentes ao CADE (art. 86, §1º, I da Lei nº 12.529/2011) e cujos benefícios são tanto administrativos quanto criminais (art. 86, §4º c/c art.87 da Lei nº 12.529/2011).

O TCC, por sua vez, é acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva (art. 85 da Lei nº 12.529/2011), gerando benefícios na seara administrativa, mas sem previsão de benefícios automáticos na seara criminal<sup>(7)</sup>.

Assim, a primeira pessoa jurídica a relatar os fatos é a única que pode celebrar o acordo de leniência<sup>(8)</sup> e gozar dos benefícios que a Lei confere à empresa leniente - imunidade admi-

(7) Guia do Programa de Leniência Antitruste do CADE, disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf). Acesso em 11/03/2018.

(8) Este requisito (ser a primeira pessoa a querer colaborar) havia sido retirado pela medida provisó-

nistrativa e penal. As demais poderão apenas celebrar um compromisso (TCC) que lhe gerará benesses estritamente na seara administrativa<sup>(9)</sup>.

Os demais requisitos legais para a celebração do acordo de leniência são: que a empresa jurídica ou física cesse completamente seu envolvimento nas infrações econômicas a partir da data do acordo; que o CADE não tenha outros meios para comprovar os fatos (ou seja, o acordo de leniência é útil e necessário do ponto de vista da obtenção das provas do ilícito); que a pessoa física ou jurídica (nesse último caso por meio de seu representante legal) confesse sua participação na infração econômica e coopere plenamente com as investigações e o procedimento administrativo.

Importante observar, por derradeiro, que o descumprimento do acordo de leniência tem como consequência impedir a formalização de novo acordo (da mesma natureza) pelo prazo de 3 (três) anos.

---

ria n.º 703/2015, de 18/12/2015, a qual permitia que qualquer empresa firmasse o acordo de leniência. Todavia, esta medida provisória perdeu sua validade ao não ser convertida em Lei dentro do prazo constitucional (60 dias, prorrogados por igual período, conforme art. 62, § 3º, da Constituição Federal), voltando, em 30/05/2016, a vigorar o requisito legal limitador da legitimidade para a celebração do acordo.

(9) Não há participação do Ministério Público no TCC (diferentemente do que ocorre no acordo de leniência), razão pela qual os efeitos deste compromisso não atingem a esfera criminal. Desta forma, eventuais benefícios nesta última esfera somente poderiam ser obtidos numa colaboração premiada, instrumento que veremos adiante.

### 3. Acordo de leniência na lei anticorrupção empresarial

#### 3.1. Incidência da Lei: atos lesivos à Administração Pública

A Lei n.º 12.846/2013 prevê a responsabilidade *objetiva, administrativa e civil*, da pessoa jurídica pela prática de atos lesivos à Administração Pública. Conforme doutrina de Leandro Sarcedo, *"acabou o legislador escorando-se num modelo de direito administrativo sancionador, no qual se cominam sanções civis e administrativas às pessoas jurídicas"*<sup>(10)</sup>.

Os atos lesivos à Administração estão definidos no art. 5º da Lei<sup>(11)</sup>. Basicamente são aqueles que atentam ao patrimônio público; ferem os princípios da Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal); ou colidem com os compromis-

(10) SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016., p. 133.

(11) Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

...  
sos internacionais assumidos pelo Brasil para combater a corrupção. Algumas das condutas também são definidas como crimes, destacando-se a corrupção ativa (art. 5º, I, da Lei anticorrupção; correspondente ao art. 333 do Código Penal) e as fraudes a licitações (art. 5º, IV, da Lei anticorrupção; correspondente a condutas criminosas previstas na Lei n.º 8666/93).

Note-se que a legislação previu a responsabilidade objetiva - civil e administrativa - da *pessoa jurídica* que praticar atos de corrupção (em sentido amplo), mas não exclui a responsabilidade subjetiva - civil, administrativa e penal - das *peças físicas envolvidas* (responsabilidade solidária).

No escólio de Maria Sylvia Zanella di Pietro,

“A Lei n.º 12.846/13 prevê hipótese de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica que pratica atos contra a Administração Pública e a responsabilidade subjetiva dos dirigentes e administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (...) a regra da responsabilidade objetiva exige, no caso da Lei n.º 12.846/13, que: 1. Haja nexo de causa e efeito entre a atuação da pessoa jurídica e o dano sofrido pela Administração Pública; 2. Seja praticado ato lesivo, tal como definido no art. 5º; 3. O ato lesivo seja praticado por pessoas jurídicas (art. 1º, caput); 4. O ato lesivo cause dano à Administração Pública, nacional ou estrangeira (...). Já a regra da responsabilidade subjetiva dos dirigentes e administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito exigem os mesmos requisitos apontados, ressaltando o mencionado no item 1, já que exige demonstração de sua culpabilidade (art. 3º, § 2º)<sup>(12)</sup>.

---

(12) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GEN-Forense: 2017, p. 1036.

### 3.2. Pressupostos e requisitos para o acordo de leniência

A Lei n.º 12.846/2013 estabelece que o acordo de leniência por atos de corrupção será celebrado, de um lado, pela Administração Pública, "*representada pela autoridade máxima do órgão público lesado*" (Controladoria-Geral da União em âmbito federal e pelas Controladorias ou Corregedorias Estaduais e Municipais); e, de outro, pela *pessoa jurídica* responsável pelo ato de corrupção.

O procedimento para a elaboração do acordo é regulamentado pelos artigos 28 a 40 do Decreto Regulamentar Federal n.º 8.420/2015.

A Lei anticorrupção empresarial não previu a participação do Ministério Público como interveniente ou participante do acordo de leniência, como fizera a Lei antitruste. Aparentemente não o fez porque não dispõe, como consequência do acordo administrativo, a imunidade penal.

Todavia, pensamos que não agiu bem o legislador.

Primeiro porque o Ministério Público é a instituição incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, cabendo-lhe, dentre suas missões constitucionais, a proteção ao patrimônio público (art. 127 e 129, III, ambos da Constituição Federal).

Segundo porque caberá ao Ministério Público perseguir a responsabilização judicial civil da pessoa jurídica pelo mesmo ato de corrupção (art. 19 da Lei n.º 12.846/2013), além, evidentemente, da promoção da respectiva ação penal pela conduta criminosa equivalente (em face das pessoas físicas envolvidas), e da ação de improbidade administrativa contra o agente

público responsável pelo ato ilícito e terceiros por este beneficiados (art. 3º da Lei n.º 8.429/92), aqui incluindo-se, por óbvio, a pessoa jurídica praticante do ato de corrupção<sup>(13)</sup>.

Pensamos, por isso, que o legislador não agiu bem ao excluir o Ministério Público do acordo, ferindo, com isso, normas constitucionais.

Os pressupostos para o acordo de leniência disciplinados na lei anticorrupção são os mesmos da legislação antitruste, quais sejam, que a pessoa jurídica leniente colabore efetivamente com as investigações e o procedimento administrativo, e que esta colaboração resulte na identificação dos demais envolvidos no ato lesivo e na obtenção de documentos e informações que comprovem os fatos (art. 16, incisos I e II, da Lei n.º 12.846/2013).

Os requisitos cumulativos exigidos pelo artigo 16 da Lei n.º 12.846/2013 também são praticamente idênticos aos previstos na Lei n.º 12.529/2011. *In verbis*:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e

---

(13) Importante mencionar que a prática tendo sido diferente. Isto porque o Ministério Público Federal, na operação "Lava-Jato" (megaoperação em combate a atos de corrupção e lavagem de dinheiro, que atingiu dezenas de agentes públicos e poderosos empresários), após firmar alguns acordos de colaboração premiada, também celebrou acordos de leniência, dentre eles com a empreiteira *Odebrecht*, o qual foi homologado pela 13ª Vara Federal de Curitiba/PR (<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/moro-homologa-acordo-de-leniencia-da-odebrecht/>, acesso em 18/03/2018). Foram formalizados, consoante reportagem jornalística de dezembro de 2017, um total de 18 acordos de leniência pelo Ministério Público Federal, os quais envolvem um montante aproximado de 24 bilhões de reais (<https://www.poder360.com.br/justica/mpf-acordos-de-leniencia-de-18-empresas-envolvem-r-24-bilhoes/>, acesso em 11/03/2018).

coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

### 3.3. As consequências do acordo de leniência

A celebração do acordo de leniência possuirá os seguintes efeitos:

- isenção da sanção de publicação da sentença condenatória proferida em âmbito administrativo (art. 6º, II, c.c. art. 16, § 2º, da Lei n.º 12.846/2013);

- isenção da sanção de proibição de receber incentivos e doações do Poder Público (art. 19, IV, c.c. art. 16, § 2º, da Lei n.º 12.846/2013);

- redução da multa em até dois terços (2/3)<sup>(14)</sup> (art. 16, § 2º, da Lei n.º 12.846/2013);

- Em caso de fraude a licitação, o acordo de leniência poderá isentar ou atenuar as sanções dos artigos 86 a 88 da Lei n.º 8.666/93 (*multa por inexecução de contrato; impedimento de participar de licitação e assinar contrato com o Poder Público por até 2 anos; declaração de inidoneidade*) (art. 17 da Lei n.º 12.846/2013).

O art.7º da lei anticorrupção empresarial fixa critérios que devem ser considerados pela Administração Pública para a

(14) A multa é estabelecida no art.6º da lei anticorrupção empresarial e segue os mesmos critérios da lei antitruste. Ela varia de 0,1% a 20% (um décimo por cento até vinte por cento) do faturamento bruto do exercício antecedente, não podendo, em nenhuma hipótese, ser inferior ao valor da vantagem ilícita.



aplicação das sanções. Serão considerados a gravidade da infração; a vantagem auferida pelo infrator; a consumação ou não da infração; o grau de lesão ou perigo de lesão; o efeito negativo produzido pela infração; a situação econômica do infrator; o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com a entidade pública lesada; a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; e *"a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica"* (tais mecanismos internos de integridade são conhecidos como *"programas de compliance"*).

Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica receberá como sanção a proibição de realizar novo acordo da mesma natureza pelo prazo de 3 (três) anos.

Por fim, salutar recordar que a feitura do acordo de leniência elide, como regra, somente sanções de cunho administrativo, *permanecendo intacta a responsabilização civil da empresa* (bem como a criminal dos sócios, como veremos no subitem seguinte).

Portanto, o acordo de leniência não altera o dever de reparar integralmente o dano causado à Administração Pública (art. 16, § 3º da Lei n.º 12.846/2013), tampouco evita a responsabilização judicial - civil - da empresa (art. 18 da mesma norma).

Por isso, não obstante o acordo na seara administrativa, o art. 19 da Lei anticorrupção empresarial reza que os entes federativos (União, Estado e Município) e o Ministério Público

poderão ajuizar ação judicial<sup>(15)</sup> que busque a condenação da pessoa jurídica infratora às seguintes sanções, de forma isolada ou cumulativa:

- I - perdimento do produto ou proveito da infração;
- II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
- III - dissolução compulsória da pessoa jurídica, se houver prova do uso da pessoa jurídica para a prática reiterada de ilícitos ou de que tenha sido ela constituída de forma fraudulenta (isto é, já com a finalidade de ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade de seus sócios);
- IV - proibição de receber incentivos, doações ou empréstimos de órgãos públicos, pelo prazo de 1 (um) a 5 (cinco) anos<sup>(16)</sup>.

### 3.4. Acordo de leniência e a responsabilização civil e penal

Como já discorremos - e ora reiteramos -, o acordo de leniência da lei anticorrupção empresarial não abrange as esferas cível nem penal.

(15) A ação judicial para responsabilização civil das pessoas jurídicas que praticaram atos lesivos à Administração seguirá o rito da ação civil pública, disciplinado pela Lei n.º 7.347/85. Neste sentido, o ensinamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro, op. cit., p. 1045.

(16) Observamos que esta última sanção pode ser atingida pelo acordo de leniência (art. 6<sup>a</sup>, II, c.c. art. 16, § 2º, da Lei) e, então, não haveria possibilidade de ajuizamento de ação civil que busque exclusivamente esta penalidade, por falta de interesse de agir. Porém, as sanções dos demais incisos (I a III) não são atingidas pelo acordo de leniência e, por isso, ação pode ser proposta com tal escopo. Cumpre obter que o Ministério Público pode pleitear, conjuntamente, sanções de natureza civil e administrativa (art. 20 da Lei); porém, é evidente que, **havendo acordo de leniência, a ação do Parquet visará tão apenas ao perdimento do produto ou proveito da infração (sanção do inciso I) mais a reparação do dano (efeito da condenação, consoante artigo 21 da Lei)**, porquanto a sanção administrativa (inciso IV) já teria sido contemplada pelo acordo; e, ademais, não haveria motivos para suspender ou dissolver a empresa (sanções dos incisos II e III) se ela fez um acordo de leniência na qual se compromete a cessar a prática de infrações.

### 3.4.1. Responsabilização civil

Na esfera cível, ainda que realizado o acordo de leniência, persistirá, ao menos, o dever de reparar o dano ao erário e perda do produto e proveito da infração, medidas que serão buscadas em ação civil própria, ajuizada pelo Ministério Público ou pelo ente lesado em face da pessoa jurídica que praticou os atos de corrupção (podendo ser parte do polo passivo da ação também as pessoas físicas que representem a empresa, lembrando, aqui, que a responsabilidade civil da pessoa jurídica é objetiva, ao passo que a da pessoas física é subjetiva, dependendo da prova de sua culpabilidade).

Outrossim, frisamos também a possibilidade de ação civil pública por ato de improbidade administrativa que pode ser movida contra o agente público ímprobo, que tenha cometido os atos de improbidade dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n.º 8.429/92 (quais sejam, *enriquecimento ilícito, dano ao erário e afronta aos princípios da Administração Pública*). No polo passivo desta ação pode estar também a pessoa jurídica beneficiária do ato de improbidade (art. 3º da Lei n.º 8.429/92) que, ao agir em concurso de pessoas com o agente público, praticara ato lesivo contra a Administração Pública.

Importante notar que os atos lesivos contra a Administração Pública praticados por pessoas jurídicas estão definidos no art. 5º da Lei n.º 12.846/2013 e guardam correspondência com os atos de improbidade praticados por agentes públicos. Exemplo: quando um agente público recebe verba indevida de um particular, para favorecê-lo, teremos um ato de improbidade previsto no art. 9º, I, da Lei n.º 8.426/92 por parte do agente

público – cuja responsabilização, em ação civil de improbidade administrativa, é extensiva à pessoa jurídica favorecida (art. 3º da lei de improbidade) -, além de um ato lesivo à Administração Pública previsto no art. 5º, I, da lei anticorrupção empresarial, que gerará ação de responsabilização judicial.

Por esse motivo, o artigo 30 da Lei n.º 12.846/2013 prevê expressamente que a aplicação das sanções previstas na lei anticorrupção empresarial *não afeta* os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa (previstos na Lei n.º 8.429/92). Então, tanto o agente público ímprobo como o particular favorecido estarão sujeitos às sanções do artigo 12 da lei de improbidade, quais sejam: *perdimento dos bens* (produto ou proveito da infração); *reparação do dano* causado à Administração Pública; *perda da função pública* (aplicável somente ao agente público); *multa*; *suspensão dos direitos políticos* (pelo prazo de 5 a 10 anos); e *proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais* (pelo prazo de 3 a 10 anos).

As duas últimas sanções acima mencionadas (suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público) não são previstas na lei anticorrupção empresarial, mas, por força do art. 3º da Lei n.º 8.429/92, são aplicáveis à empresa que praticar atos de corrupção (que, repita-se, também configuram *improbidade*) e deles se beneficiar.

Pensamos que, buscando a economia processual e a efetividade da justiça (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), poderiam o Ministério Público ou a entidade pública lesada promover uma mesma ação civil cumulando pedido de aplicação

---

de sanções previstas nas duas normas legais (Lei 12.846/2013 e Lei 8429/92).

### 3.4.2. Responsabilização penal

Apessoa jurídica não responde penalmente por atos de corrupção, por falta de previsão constitucional e legal nesse sentido. Contudo, as pessoas físicas envolvidas (sócios, representantes legais, gerentes, administradores etc.) podem responder nesta seara (penal), desde que comprovado terem agido com dolo na prática do ato lesivo contra a Administração Pública (art. 5º da lei anticorrupção empresarial), já que, como mencionamos acima, tais atos também configuram tipos penais.

Diferentemente do que ocorre com a Lei antitruste, o acordo de leniência em atos de corrupção não gera imunidade penal das pessoas físicas envolvidas.

Nada obsta, contudo, que seja realizado o acordo de leniência com a pessoa jurídica e a *colaboração premiada* com a pessoa física que a represente.

Tal como o acordo de leniência, a colaboração premiada é um compromisso celebrado entre o Estado e o infrator, no qual este último fornece informações relevantes (que comprovem os fatos ilícitos) em troca de um prêmio ou benefício. A grande diferença é que chamamos de colaboração premiada o acordo na esfera criminal (quando se apura a prática de fatos definidos como crimes), o qual é celebrado entre o representante do Ministério Público (titular da ação penal) ou a autoridade policial com a pessoa física investigada ou processada pelo delito.

No Brasil, a colaboração premiada aparece em diversas normas legais: Lei nº 9.807/99, artigos 13 e 14 (proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas e ao réu colaborador); Lei nº 9.613/98, artigo 1º, parágrafo 5º, com a redação da Lei nº 12.683/12 (lavagem de dinheiro); Lei nº 8.072/90, artigo 8º, parágrafo único (crimes hediondos); Lei nº 8.137/90, artigo 16, parágrafo único (crimes contra a ordem tributária, ordem econômica e relações de consumo); Lei nº 7.492/86, artigo 25, parágrafo 2º (crimes contra o sistema financeiro nacional); Código Penal, artigo 159, parágrafo 4º (crime de extorsão mediante sequestro); Lei nº 11.343/06, artigo 41 (tráfico de drogas); Lei nº 12.850/2013, artigos 4º a 7º (combate às organizações criminosas). Cada uma dessas normas estabelecem requisitos específicos (que guardam pertinência com os bens jurídicos que se propõem a tutelar) e benefícios distintos ao colaborador.

Apesar da especificidade de cada uma das Leis acima, é possível extrair, de todas elas, algo em comum: o Poder Público busca do colaborador: a identificação dos demais coautores e partícipes do crime e a recuperação de seu produto ou proveito.

Todas as normas referenciadas oferecem em contrapartida à colaboração a redução da pena de um a dois terços (1/3 a 2/3). Porém, vantagens ainda mais significativas são previstas na Lei de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12), na Lei de proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores (Lei nº 9.807/99) e na Lei de combate ao crime organizado (Lei nº 12.850/13), as quais permitem

que o colaborador receba o *perdão judicial* (causa extintiva da punibilidade) ou que sequer seja denunciado pelo crime<sup>(17)</sup>.

Embora não haja uma previsão expressa de colaboração premiada para autores de delitos contra a Administração Pública (como a fraude a licitações e a corrupção ativa), pensamos que, realizado o acordo de leniência entre a pessoa jurídica que pratique atos de corrupção (*lato sensu*) e o Poder Público (representado, por exemplo, pela CGU), o representante legal da empresa leniente certamente poderá oferecer-se para uma colaboração premiada com o Ministério Público. Primeiro porque muitas vezes a corrupção vem conexa a um crime de lavagem de dinheiro e é atribuída a uma organização criminosa da *espécie empresarial* (aquela que atua no mercado econômico-financeiro), de forma que incidente o regramento das colaborações estatuídas nas Leis n.º 9.613/98 (lavagem de capitais) e 12.850/2013 (crime organizado). E, mesmo que não haja tal liame e o ato de corrupção seja isolado, ainda assim seria possível admitir a colaboração premiada com respaldo na Lei n.º 9.807/99 (Lei de proteção a vítimas, testemunhas e acusados colaboradores).

---

(17) É aquilo de chamamos de imunidade processual e cuja natureza jurídica pensamos ser de uma causa de perdão judicial condicional, que somente será efetivado ao final do processo (sentença), se o colaborador cumprir integralmente os termos do acordo. A respeito do tema, assim já dissertamos: “A homologação judicial tem por finalidade controlar inicialmente a legalidade e fornecer segurança jurídica ao pacto firmado. Porém, a homologação não implica no imediato reconhecimento de causa extintiva da punibilidade. Esta causa, para nós, é condicional, porquanto se trata de um perdão judicial que será reconhecido somente na sentença, de forma que o descumprimento do acordo pelo agente não obstará o ajuizamento de denúncia ou retomada da ação penal. Portanto, haverá um sobrestamento do feito somente em relação ao colaborador (o feito segue e relação aos demais réus), para que este, além de seguir cumprindo integralmente o acordado, confirme os fatos em juízo quando necessário. Se ele honrar com sua parte no trato, o perdão judicial será declarado na sentença (por isso é um instituto, nesse caso, condicional)” (ZANELLA, Everton Luiz. Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado – análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016, p. 174/175.

Em suma, em que pese o acordo de leniência da Lei n.º 12.846/2013 não estender a imunidade para a área penal (restringindo-se à isenção ou atenuação de responsabilidade da pessoa jurídica no campo administrativo), a imunidade penal – seja absoluta ou relativa – pode ser ajustada por meio de uma colaboração premiada, desde que, claro, estejam presentes os pressupostos e requisitos legais.

#### 4. Comparativo com a legislação portuguesa

Em Portugal, a Lei n.º 19/2012, a qual regula o regime jurídico da concorrência (equivalente à Lei Brasileira n.º 12.529/2011), prevê, em seu capítulo VII, a dispensa ou redução da *coima*<sup>(18)</sup> em *processos de contraordenação por infração às regras de concorrência*<sup>(19)</sup>, o que é chamado, pela doutrina portuguesa, de “*programa de clemência*”, equivalente ao acordo de leniência da legislação brasileira.

O art. 77 da Lei n.º 19/2012 estabelece os requisitos para a dispensa da coima (uma espécie de imunidade administrativa) por parte da “*autoridade da concorrência*” (autoridade administrativa competente). São eles: que a empresa revele a sua participação no ato ilícito e que seja a primeira a fornecer informações e elementos de prova, suficientes e concretos, e que não sejam de conhecimento do Poder Público (“*a Autoridade da Concorrência não disponha ainda de elementos de prova suficientes sobre a infração*”).

(18) Os portugueses chamam de *coima* a sanção pecuniária de cunho administrativo, e utilizam a palavra multa para se referir à sanção pecuniária de natureza penal.

(19) A *contraordenação por infração às regras de concorrência* é o que chamamos, no Brasil, de infrações administrativas contra a ordem econômica.



Para a dispensa da coima, a empresa deve cumprir, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- cooperar plena e continuamente com a autoridade da concorrência, fornecendo todas as informações e provas que tenha ou venha a ter na sua posse;
- responder prontamente a qualquer pedido de informação que possa contribuir para a elucidação dos fatos;
- abster-se da prática de quaisquer atos que possam dificultar a investigação, notadamente a ocultação de provas;
- cessar sua participação na infração.

Já o artigo 78 da mesma norma legal permite a redução da coima (imunidade administrativa relativa) quando a empresa pretende colaborar, mas não dispõe ou não fornece provas ou informações essenciais e concretas que levem à demonstração da infração, mas que possuam, tão somente, um *“valor adicional significativo por referência às informações e provas já na posse da Autoridade da Concorrência”*.

A empresa, para receber a imunidade relativa, deve preencher todos os demais requisitos do artigo anterior (77) e será destinatária de uma redução da coima de até 30% (a depender se é a primeira, segunda, terceira, etc. a dar as informações, bem como do valor adicional desta informação para a investigação). Quando antes a empresa der a informação e quanto mais valiosa ela for para a obtenção da prova cabal da infração, maior será a fração de redução da coima.

Nas leis portuguesas de combate à corrupção, diferentemente da legislação brasileira, não há nenhuma previsão de acordo de clemência na esfera administrativa. Há, isto sim, pre-

visão de isenção ou redução de pena para colaboradores na esfera do direito criminal

A Lei portuguesa n.º 36/94, que estabelece medidas de combate à corrupção e criminalidade econômica e financeira, dispõe, em seu art. 8º, sobre uma *atenuação especial* da pena cominada para os crimes previstos no artigo 1.º, n.º 1, alíneas "a" e "e"<sup>(20)</sup>, se o agente "*auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis*".

O Código Penal português, estabelece, em seu art. 374-B (aplicável aos crimes do capítulo IV, secção 1: recebimento indevido de vantagem; corrupção ativa; e corrupção passiva), a **dispensa da pena** se o agente denunciar o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do ato, desde que antes da instauração de procedimento criminal e desde que voluntariamente restitua a vantagem; bem como a **atenuação da pena** se o agente, até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis (imunidades podem atingir pessoas jurídicas ou físicas, diante da possibilidade expressa de que a pessoa jurídica também responde por fatos criminosos contra a Administração Pública: art. 11º-2 do Código Penal Português).

(20) Os crimes são os seguintes:

- a) **Corrupção, peculato** e participação económica em negócio (grifamos);
- b) Administração danosa em unidade económica do sector público;
- c) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito;
- d) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática;
- e) Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional

Desta forma, num comparativo entre as legislações brasileira e portuguesa, temos que:

- Legislação antitruste: No **Brasil**, há possibilidade de acordo de leniência que pode ensejar na imunidade administrativa absoluta (extinção da ação punitiva) ou relativa (redução da multa) da pessoa jurídica envolvida, com extensão para uma imunidade absoluta na esfera penal para as pessoas físicas que representem as empresas ou que pratique ou colabore para os ilícitos. Em **Portugal**, há previsão de acordo na esfera administrativa (perante a autoridade da concorrência) que pode levar à isenção ou redução da multa, não havendo extensão dos efeitos para a esfera penal.

- Legislação anticorrupção: No **Brasil**, há previsão de acordo de leniência para redução da multa e atenuação de outras sanções na esfera administrativa. Não há extensão automática dos efeitos para a esfera penal, mas nesta é possível um novo acordo (colaboração premiada junto ao Ministério Público ou autoridade policial) que possa levar ao perdão judicial, imunidade processual ou redução de pena. Em **Portugal**, não há previsão de acordo de leniência na esfera administrativa para atos de corrupção; havendo, contudo, possibilidade de isenção ou atenuação da pena criminal (para pessoas jurídicas ou físicas) em caso de colaboração com o Poder Público.

recebimento indevido de vantagem (372), corrupção passiva (373), corrupção ativa (374), peculato (375) e peculato de uso (376).

## Referências

- CARVALHO FILHO, José. Manual de Direito Administrativo. 31.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: GEN-Atlas, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GEN-Forense: 2017.
- SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Comentários à Lei 12.846/2013 - Lei anticorrupção. São Paulo: RT, 2014.
- SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016.
- ZANELLA, Everton Luiz. Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado - análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo. Curitiba: Juruá, 2016.

## Sites

- GUIA DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE, disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf), acesso em 11/03/2018.
- JORNALO ESTADO DE SÃO PAULO, disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/moro-homologa-acordo-de-leniencia-da-odebrecht/>, acesso em 18/03/2018).
- SITE PODER 360, disponível em <https://www.poder360.com.br/justica/mpf-acordos-de-leniencia-de-18-empresas-envolvem-r-24-bilhoes/>, acesso em 11/03/2018).

# A advocacia pública no combate à corrupção

CÍNTIA BOCCHI SONODA\*

JOÃO LUIZ MARTINS ESTEVES\*\*

**Resumo:** Análise da responsabilização da pessoa jurídica nacional ou estrangeira e de seus dirigentes por atos lesivos à Administração Pública, por meio dos procedimentos criados e definidos pela Lei Anticorrupção, com ênfase para a atuação da Advocacia Pública dos Municípios no que tange ao processamento e eficácia das sanções aplicáveis.

**Palavras-chave:** Lei Anticorrupção. *Compliance*. Advocacia Pública.

**Abstract:** The analysis of the liability of national and international companies and their leaders by damage acts against the State, through procedure created and defined by the Anti-Corruption Law, highlighting the work of municipal public advocacy in the processing and efficacy of the applicable penalties.

**Key-words:** *Anti-Corruption Law. Compliance. Public Advocacy.*

---

\* Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Servidora pública na Procuradoria-Geral do Município de Londrina - Paraná. Advogada.

\*\* Doutor pelo programa de Doutorado da Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Mestre em Direito do Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho - UGF. Especialista em Filosofia Política e em Filosofia: História do Pensamento Brasileiro pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Procurador efetivo do Município de Londrina. Professor Titular do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina - UEL, onde ministra aulas de direito constitucional e administrativo na graduação e na pós-graduação.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Objetivos da Lei nº 12.846/2013; 3 Compliance; 4 Procedimento Administrativo de Responsabilização; 4.1 Sanções Previstas na Lei Anticorrupção 4.2 Acordo de Leniência 4.3 Atuação da Advocacia Pública e a Eficácia das Medidas Administrativas 4.4 Advocacia Pública Municipal no Brasil 5 Considerações Finais; 6 Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução

Em 2013 foi publicada a Lei nº 12.846 cuja súmula a define como norma que “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.”

A corrupção, que é o ato ou resultado de corromper, dentro da Administração Pública, fere os princípios constitucionais e afeta negativamente o funcionamento da máquina pública, resultando em serviços públicos sem qualidade ou na falta destes, o que se pretende combater.

Como a inserção da nova lei, é mister fazer a análise de seus objetivos e efeitos no âmbito de sua aplicação.

Tratando-se de norma federal, imprescindível também a verificação acerca da necessidade de sua regulamentação para aplicação pelos Estados, Municípios e inclusive pela própria União.

Criado um novo procedimento de responsabilização, é preciso também que se averigüe qual o rito previsto para seu trâmite, competência, sanções aplicáveis, dosimetria, bem como quais são os atos que dependerão de definição nos atos regulamentadores dos Entes.

Dentro da inovação trazida pela lei federal, busca-se esclarecer qual o papel da advocacia pública e de que forma a sua atuação contribui para o alcance dos resultados esperados da aplicação da normativa.

## 2. Objetivos da lei nº 12.846/2013

A Lei nº 12.846/2013, nos termos do seu preâmbulo, dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Ainda que conhecida como “Lei Anticorrupção”, tal regulamento não foi o primeiro adotado pelo ordenamento jurídico pátrio para erradicar a corrupção dentro do âmbito público.

A referida norma é precedida por diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como a Convenção Interamericana Contra a Corrupção - Caracas, 1996, vigente em território nacional por meio do Decreto nº 4.410/2002 e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, assinada em 2003, vigente com o Decreto nº 5.687/2006 (DI BLASI, 2017).

É mister citar que os crimes de corrupção passiva (Art. 317) e ativa (Art. 333) estão tipificados no Código Penal Brasileiro, que possui um Capítulo referente aos Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral (Capítulo II) e aos Crimes Praticados por Particular Contra a Administração Pública Estrangeira (Capítulo II-A) - acrescido pela Lei nº 10.467/2002).

Ainda, uma das leis importantes para o Poder Público é a denominada Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), que prevê punições aos agentes públicos, servidor ou não, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Diante dos textos normativos citados, tem-se que a ino-



vação trazida pela Lei chamada Anticorrupção, é o preenchimento da lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando a punição de pessoa jurídica pela prática de atos que atentem contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Prevendo a responsabilização de tais entes, bem como a sua punição em grau elevado (como pelo previsto no Art. 6º, I), a finalidade maior almejada pelo legislador, é coibir os atos, erradicando a corrupção diante do caráter preventivo da sanção.

Nessa monta, vale citar que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica é fato capaz de abrandar a sanção (Art. 7º, VIII).

A implementação ou aprimoramento de mecanismos de integridade, auditoria, aplicação de código de ética e outros também era requisito para a firmação de acordo de leniência, inserido pela Medida Provisória nº 703/2015, o que não permanece, devido ao encerramento da vigência do ato.

Segundo DI BLASI, uma das maiores conquistas do texto normativo em debate foi a promoção de uma administração empresarial ética, regrada também pela boa-fé.

Portanto, no país onde a corrupção é sistêmica, busca-se mudar a crença da impunidade e vantagem a qualquer preço, velando pela boa gestão e cumprimento dos ditames legais.

### 3. Compliance

Derivada do verbo inglês *to comply*, cuja tradução é estar de acordo (MICHAELIS, 2017), *compliance* pode ser entendido como o conjunto de medidas adotadas pela gestão de uma empresa, de modo a cumprir a legislação aplicável, prevenir e punir atos irregulares e pautar a atividade empresarial desenvolvida em ética, isto é,

(..) um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários. (CANDELORO; RIZZO; PINHO apud RIBEIRO, 2015)

Esse conjunto de medidas visando a erradicação de irregularidades e incentivando a sua denúncia, como já dito anteriormente, é o objetivo central do legislador, que o tornou o cerne da Lei nº 12.846, tanto é assim, que os programas de integridade, de aperfeiçoamento da auditoria e conduta ética empresarial ultrapassam as barreiras das empresas privadas e foram previstos também no texto regulamentador das Estatais - Art. 9º da Lei nº 13.303/2016.

Segundo os estudos de Márcia Carla P. Ribeiro, para as empresas,

a implantação da política de *Compliance* tende a gerar vantagem competitiva, uma vez que, num mundo em constante transformação, a nova leva de consumidores tende a ser altamente crítica e a adquirir não somente produtos e serviços, mas valores e comportamentos sustentáveis, além de seus efeitos em termos de confiança pública nacional e internacional (2015).

Desta forma, o ordenamento jurídico busca, de forma contundente, repita-se, prevenir a ocorrência de atos corruptivos, mas este não é o único reflexo da legislação na vida da empresa, como bem observa a autora no trecho descrito.

#### **4. Procedimento administrativo de responsabilização**

O procedimento criado pela Lei Anticorrupção para a apuração de responsabilidade da pessoa jurídica, em âmbito administrativo, encontra-se especificamente disciplinado no seu Capítulo IV, que trata da forma do desenrolar do procedimento, e no Capítulo V, que trata do acordo de leniência, o qual, visando a obtenção de informações quanto a demais envolvidos nas infrações, comprovação do ilícito e isenção e redução de penalidade, deve se dar antes que o procedimento seja finalizado.

Como disposto no Capítulo IV, o procedimento administrativo de responsabilização deve:

- a) ser instaurado e julgado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa (Art. 8º), podendo tal competência ser delegada, vedada a subdelegação (§1º);
- b) ser conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis (Art. 10);
- c) conceder à pessoa jurídica prazo de 30 (trinta) dias para defesa, a partir da intimação (Art. 11);
- d) ser concluído pela comissão no prazo prorrogável de

180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato de instituição da comissão, cujos relatórios devem conter os fatos apurados e eventual responsabilidade da empresa, com sugestão motivada das sanções a serem aplicadas (§3º e §4º);

e) ter o relatório da comissão remetido, juntamente com o procedimento administrativo, à autoridade instauradora para julgamento (Art.12); e

f) após a sua conclusão, cabe à comissão dar conhecimento ao Ministério Público acerca da sua existência, para apuração de eventuais delitos.

Para seguir o rito descrito, considerando as limitações do poder investigatório administrativo, cabe à assessoria jurídica do órgão atuar e propor as medidas judiciais necessárias para a sua concretização, inclusive de busca e apreensão (Art. 10, §1º).

Sendo independente e paralela à reparação integral do dano, nos termos do previsto no Art. 6º, §3º e no Art. 16, §3º, existindo procedimento específico para a sua apuração, este não prejudica a aplicação das sanções da Lei Anticorrupção (Art. 13).

Imputada multa à pessoa jurídica, inexistindo pagamento espontâneo, o crédito será inscrito em dívida ativa da fazenda pública (Art. 13, parágrafo único).

Destaque-se ainda que, atendendo ao Art. 15 do Novo Código de Processo Civil, havendo lacunas ou ausência de norma que regulamente a realização dos atos do procedimento, serão aplicadas as disposições do NCPC supletiva e subsidiariamente.

## 4.1. Sanções Previstas na Lei Anticorrupção

Constatado o cometimento dos atos lesivos à Administração Pública Nacional ou Estrangeira, previstos no Art. 5º, após o encerramento do procedimento administrativo de responsabilização e conforme o sugerido pelo relatório da sua comissão condutora, podem ser aplicadas as seguintes penalidades – Art. 6º:

- I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e
- II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

Pequeno o rol, mas extenso o seu ônus à atividade empresarial, considerando que, além do alto limite máximo percentual – 20% (vinte por cento), o valor base para sua aplicação é faturamento bruto anual da pessoa jurídica, o que significa dizer que a imputação de uma multa em seu máximo limite previsto, ou em alguns casos, menor que este, pode trazer a inviabilidade da continuidade da empresa.

Acresça também que a publicação extraordinária da decisão condenatória tem efeitos catastróficos sobre a imagem e marca da sancionada, que são parte inestimável de seu patrimônio.

Publicada a Lei nº 12.846 em 2013, com vigência prevista a partir de 180 (cento e oitenta) dias, uma das falhas visualizada com relação ao estabelecimento da penalidade pecuniária foi a sua falta de critérios para fixação do seu valor.

Assim, em 2015, através do Decreto nº 8.420, em âmbito federal foi regulamentada a aplicação da referida penalização, que ficou estabelecida em seu Capítulo II, Seção II.

Ainda que tal texto parametrize o procedimento para sua aplicação pelos Entes da União, inegável que os limites estabelecidos em seu corpo servirão de base para aplicação pelos demais Órgãos Estaduais e Municipais, que deverão também emitir a regulamentação em seu próprio âmbito.

A Lei nº 12.846 não se limita, contudo, a prever sanções administrativas. Estabelece também medidas punitivas a serem requeridas pelo Poder Público, por meio de seu órgão jurídico, ou pelo Ministério Público, junto ao Judiciário, como perda dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta e indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé (Art. 19, I); suspensão ou interdição parcial de suas atividades (Art. 19, II); dissolução compulsória da pessoa jurídica (Art. 19, III); e/ou proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, de 1 (um) a 5 (cinco) anos (Art. 19, IV).

Como bem aponta Di Blasi, “esta forma dual de busca pela conduta ética e correção de condutas desviantes fortalece o sistema anticorrupção, uma vez que assegura que empresas estejam sujeitas a duas punições distintas caso desafiem o sistema” (2017).

Ressalte-se que, a responsabilização da pessoa jurídica se dá de forma objetiva, enquanto que, segundo o Art. 3º, §2º, a

responsabilização dos dirigentes e administradores se dará na medida de sua culpabilidade, isto é, de forma subjetiva.

## 4.2. Acordo de Leniência

Previsto no Art. 16 da Lei nº 12.846, o acordo de leniência é um dos institutos mais emblemáticos criados pela normativa. Seguindo a órbita da Colaboração Premiada, mas aplicável à pessoa jurídica, permite a formalização de acordo com a empresa responsável pelos ilícitos previstos na norma, visando sua colaboração com as investigações e com o processo administrativo, sendo os requisitos para sua consecução:

a) obtenção da identificação dos demais envolvidos na infração (inciso I);

b) obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (inciso II);

c) manifestação primária da pessoa jurídica quanto ao seu interesse em cooperar para a apuração do ilícito (§1º, I);

d) cessação completa do envolvimento da pessoa jurídica na infração investigada a partir da data da propositura do acordo, (§1º, II); e

e) admissão pela pessoa jurídica da sua participação no ilícito e cooperação plena e permanente, inclusive com o pagamento de todas as despesas decorrentes do seu comparecimento a todos os atos processuais quando solicitado, até o encerramento.

Com o término da vigência da Medida Provisória nº 703/2015, a obrigatoriedade de implantar ou melhorar os

mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades e à aplicação de código de conduta e ética deixou o rol de requisitos da Lei Anticorrupção para a efetivação de acordo de leniência, no entanto, ainda determinado pelo Art. 37, IV do Decreto nº 8.420, do que se entende que continua obrigatório (DI BLASI, 2017).

Conforme previsto no §2º, a celebração do acordo de leniência implica na isenção à pessoa jurídica das sanções previstas no Art. 6º, II - publicação extraordinária da decisão condenatória, e no Art. 19, IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, num prazo de 1 (um) a 5 (cinco) anos, bem como redução em até 2/3 (dois terços) do valor da multa aplicável - de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo.

Em palestra proferida no Tribunal de Contas do Estado do Paraná em 2016, o Ministro do Tribunal de Contas da União Benjamin Zymler apontou diversas falhas na Lei Anticorrupção, sendo a principal delas a concentração da prerrogativa de firmar os acordos de leniência no Poder Executivo, segundo o qual "a lei deu poderes extraordinários à CGU, desconsiderando a multiplicidade de centros de controle dos gastos públicos", nos termos do Art. 29 do Decreto nº 8.420, segundo o qual compete à Controladoria-Geral da União, em âmbito federal, a celebração dos acordos de leniência.

Ainda na fala do Ministro, a referida norma desconsiderou os instrumentos de punição de empresas cuja aplicação com-



pete a tais Órgãos, como aplicação de multas proporcionais ao dano ao erário e declaração de inidoneidade - que acarreta o impedimento de contratar com o Poder Público.

Contudo, observa-se pela estrutura criada pela Lei Anticorrupção que seu intento não se traduz em desconsideração dos procedimentos sancionatórios de competência dos órgãos de controle.

O que realmente se concluiu da análise das sanções previstas no texto da Lei nº 12.846 é a geração de novo procedimento punitivo, que não obsta a aplicação de medidas por outros Entes, mas que somado a estas, busca alcançar o maior ponto, o horizonte ideal, que é a prevenção dos atos de corrupção.

Nesta monta, se tem a possibilidade de firmar o acordo de leniência, que não prejudica a firmação, por exemplo, de Termo de Ajustamento de Conduta por parte do Ministério Público, assim como a aplicação da multa prevista no Art. 6º, I - cuja base para fixação do valor é o faturamento bruto, não obsta a determinação de multa proporcional ao dano pelo Tribunal de Contas.

Ademais, percebe-se que a sanção de impedimento de receber verbas públicas do Art. 19, IV não converge com o impedimento de contratar derivado da declaração de inidoneidade.

De outro lado, outra crítica feita ao acordo de leniência se foca na sua pertinência ou vantajosidade para a pessoa jurídica, principalmente no que se refere à esta não obstrução de outras penalidades a serem aplicadas por Órgãos de Controle

Externo, como Tribunais de Conta, Ministério Público e Poder Judiciário.

Ao contrário do que tem sido disseminado pelo senso comum, especialmente em razão dos resultados das Colaborações Premiadas no âmbito da “Operação Lava Jato”, o acordo de leniência não tem como finalidade “premiar” a empresa em troca de informações.

Portanto, ainda que incentivada pelas isenções e redução da multa do Art. 16, §2º, a pessoa jurídica ficará ainda sujeita às demais penalidades decorrentes da prática de ilícitos, conforme já previsto no Art. 16, §3º<sup>(1)</sup>, no Art. 18<sup>(2)</sup>, Art. 29<sup>(3)</sup> e Art. 30<sup>(4)</sup>.

### **4.3. Atuação da Advocacia Pública e a Eficácia das Medidas Administrativas**

Devido à sua importância em defesa dos direitos das Entidades Públicas, a Advocacia Pública está prevista na Carta Magna como uma das funções essenciais à Justiça – Capítulo IV, Seção II.

O princípio da eficiência, previsto no Art. 37 da Constituição Federal, voltado às atividades administrativas, refere-se ao uso racional dos recursos disponíveis, como financeiros e

(1) § 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

(2) Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

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

(4) Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011.

humanos, a fim de atingir a qualidade dos serviços públicos, em certo período de tempo.

Já a eficácia é verificada nos resultados produzidos, e o seu grau depende das metas estipuladas e efeito almejado. Segundo André (*apud* ALCANTARA), é o grau em que as metas, entendidas como atributos mensuráveis de objetivos, para um dado período de tempo, foram efetivamente atingidas.

Primeiramente, em relação à aplicabilidade da lei, sua eficácia pode ser estabelecida como a sua efetiva implantação pelas Entidades da Administração Pública, através da regulamentação local e aplicação da devida punição em decorrência da prática das condutas ali tipificadas.

Diferentemente do que expressamente determina o Art. 1º, § 4º da Lei nº 13.303/2016, que impõe o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para a edição de ato normativo próprio pelos Entes no que tange às suas Estatais, a Lei Anticorrupção não colocou termo para a expedição de textos regulamentadores nos respectivos âmbitos, tendo sido regulamentada pelo governo federal somente em 2015 pelo Decreto nº 8.420, quase dois anos após a sua publicação.

Ressaltando que a aplicabilidade do Procedimento Administrativo de responsabilização em muito depende do regramento próprio, uma vez que importantes atos terão seus limites ali delineados, a exemplo do que fez o Decreto nº 8.420/2015, ao definir os parâmetros de definição do valor da multa a serem observados pelos Órgãos Federais.

Assim sendo, primeiramente cabe aos Órgãos, assessorados pelo Jurídico, editar a norma local regulamentadora da Lei nº 12.846/2013.

Já restritivamente dentro do procedimento de responsabilização criado pela Lei Anticorrupção, a atuação da Advocacia Pública pode ser vislumbrada em três etapas distintas e de igual importância.

1) Instrumentalização da produção de provas: a Lei Anticorrupção previu que a competência para instauração e julgamento do processo é da autoridade máxima do Órgão, podendo ser delegada. Em se tratando de atos praticados contra Administração Pública Estrangeira, esta recai sobre a Controladoria-Geral da União, tendo esta também competência concorrente para instauração e avocação de processos no âmbito do Poder Executivo Federal (Art. 8º, §2º e Art. 9º).

Ainda, a condução do procedimento e emissão do relatório a ser base para o julgamento serão de competência da comissão designada, composta de servidores efetivos.

Portanto, a princípio, os trabalhos de apuração e comprovação dos atos ilícitos bem como de sua autoria, recaem sobre servidores membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Diante das funções exercidas por estes somada à natureza das atividades desenvolvidas pelos setores da administração, a força coercitiva da investigação é limitada, necessário assim que se recorra ao Judiciário a fim de se obter instrumento imperioso a compelir a pessoa jurídica investigada, ou terceiro que detenha informações/provas, a apresentá-los à comissão.

Comparativamente, percebe-se que a lei não deu à comissão poderes investigativos tal como ocorre com a Comissão Parlamentar de Inquérito, que segundo determina o Art. 1º da

Lei nº 1.579/52, terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

Nessa monta, ainda que restritos, o poder de investigação e a autonomia da referida espécie de Comissão Parlamentar, lhe permitem determinar medidas instrutórias não conferidas à Comissão da Lei nº 12.846, sem a intervenção judicial como os previstos no Art. 2º<sup>(5)</sup> da Lei nº 1.579/52.

Ao contrário, dentro do procedimento criado pela Lei Anticorrupção, evidente a necessidade de participação ativa do Órgão Jurídico na instrumentalização dos atos para o sucesso do procedimento instaurado.

Por conseguinte, o legislador expressamente previu que a comissão solicite ao Órgão de Assessoria Jurídica a propositura de feitos exigidos para a continuidade da investigação, incluindo medidas de busca e apreensão (Art. 10, §1º), tendo esta atuação um caráter de instrumentalização do processo administrativo de responsabilização.

2) Análise do procedimento e do relatório a ser submetido a julgamento: ainda que sem definição exata pela lei de qual momento deverá ser realizada, o Art. 6º, §2º condiciona a aplicação das sanções de multa e publicação extraordinária à análise prévia e manifestação jurídica. Ainda que indeterminada pelo dispositivo a natureza da referida manifestação, pode-se pressupor que a mesma se refere à emissão de parecer, com verificação do atendimento à legalidade e demais princípios regentes da Administração Pública.

(5) Art. 2º No exercício de suas atribuições, poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito determinar diligências que reputarem necessárias e requerer a convocação de Ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar da administração pública direta, indireta ou fundacional informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença.

Quanto ao momento, esta deve ser emitida antes da aplicação das sanções, contudo na Lei Anticorrupção não há definição se ocorrerá previamente ao relatório da comissão, posteriormente a este, antes ou depois do julgamento pela autoridade competente, o que deverá ser estipulado pelos órgãos quando da elaboração de seu texto regulamentador.

O Decreto Federal nº 8.420, em Art. 9ª, §4º definiu que, nos procedimentos dos Órgãos Federais, a manifestação jurídica se dará posteriormente à emissão do relatório pela comissão e antes que este seja submetido ao julgamento da autoridade, portanto, deverá ser uma análise quanto aos procedimentos realizados, se foi oportunizado o contraditório e ampla defesa, os fatos apurados e a documentação comprobatória, as sanções sugeridas pela Comissão, sua adequação quanto às infrações, a dosimetria, bem como a realização ou não do acordo de leniência.

Em paralelo, é possível comparar essa análise ao saneamento realizado pelo juízo no processo civil – Art. 357, Código de Processo Civil, no que tange à verificação da regularidade do procedimento.

A importância dessa análise, tal como no cível, se dá a fim de que não haja vícios no processo e que o mesmo esteja apto a ser julgado, uma vez que as sanções administrativas são de grande impacto na vida da pessoa jurídica.

Ainda, com a verificação da regularidade, previne-se que seus atos sejam objeto de anulação, desta forma, portanto, capaz de gerar os resultados almejados.

3) Exigência do cumprimento da condenação: após o jul-

gamento e condenação no Procedimento Administrativo de Responsabilização, de forma a buscar o cumprimento das sanções aplicadas, a Advocacia Pública deverá usar de suas prerrogativas e dos meios jurídicos existentes, por exemplo, em não havendo o pagamento da multa, inscrita em dívida ativa, deverá ser proposta Execução Fiscal em desfavor da pessoa jurídica, ou ainda ajuizada Ação de Obrigação de Fazer para determinar que seja realizada a publicação extraordinária.

Portanto, a busca pela eficácia, isto é, o cumprimento das determinações contidas no julgamento da autoridade, entendida também como a sujeição às sanções aplicadas, dependerão da execução de suas atividades pelas Procuradorias e Órgãos de Representação Judicial dos Entes, tal como expressamente prevê o Decreto Federal nº 8.420 em seu Art. 26:

As medidas judiciais, no País ou no exterior, como a cobrança da multa administrativa aplicada no PAR, a promoção da publicação extraordinária, a persecução das sanções referidas nos incisos I a IV do caput do art. 19 da Lei no 12.846, de 2013, a reparação integral dos danos e prejuízos, além de eventual atuação judicial para a finalidade de instrução ou garantia do processo judicial ou preservação do acordo de leniência, serão solicitadas ao órgão de representação judicial ou equivalente dos órgãos ou entidades lesados.

Observa-se que, mesmo que o procedimento tramita devidamente, com a apuração das infrações e aplicação de sanções à pessoa jurídica envolvida, somente se alcançará a eficácia do instituto com a participação do órgão jurídico, por meio da propositura de pleitos visando a satisfação dos débitos.

Já a eficiência das inovações trazidas pela legislação em voga, será verificada com a diminuição das irregularidades que se pretende combater, como dos atos de corrupção e inobservância da legislação.

Vale lembrar que as medidas judiciais citadas decorrem de provocação do judiciário, mas não se tratam da responsabilização judicial prevista no Art. 19. Para esta, também imprescindível a atuação da advocacia pública, uma vez que as sanções decorrentes da responsabilização judicial estão condicionadas à provocação pelo Ministério Público ou pelos Órgãos do Poder Público, devidamente representados por suas advocacias.

A Medida Provisória nº 703/2015 previa a possibilidade de que o ajuizamento e prosseguimento das ações do Art.19, do Art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa ou das ações de natureza civil pelas Advocacias Públicas dos Entes Celebrantes fossem impedidos, desde que estas participassem da celebração do Acordo de Leniência.

Participando também o Ministério Público, tal impedimento se estendia ao Órgão Ministerial.

Destarte, com o falecimento da vigência do ato normativo com termo determinado, os referidos impedimentos não subsistiram, dando assim maior sustentação à independência quanto às sanções, no âmbito administrativo e no judicial.

#### **4.4. Advocacia Pública Municipal no Brasil**

Evidenciada a relevância da participação ativa da advocacia pública, é preciso que se verifique a situação dos Órgãos Jurídicos dos Entes da Federação Brasileira, uma vez que a sua



estrutura é decisiva para atingimento dos resultados da aplicação da Lei Anticorrupção.

Neste caminho, deve ser destacado que grande parte das ações administrativas a serem controladas se dá na esfera dos 5.570 (cinco mil, quinhentos e setenta) municípios<sup>(6)</sup> brasileiros, dotados de autonomia administrativa e financeira.

Imprescindível para o combate à corrupção e à sua prevenção que os agentes atuantes no procedimento de responsabilização estejam revestidos de impessoalidade e moralidade, o que não se coaduna com cargos de livre nomeação e exoneração, característicos de funções de confiança, nas quais há tal vínculo com aquele que nomeia.

Os resultados apresentados no 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil demonstram que “34,4% dos municípios brasileiros contam com ao menos um procurador municipal ativo, ocupante de cargo de provimento efetivo, após aprovação no respectivo concurso público, específico para a carreira” (MENDONÇA, VIEIRA e PORTO, 2018, p.34).

Portanto, mais de 65% (sessenta e cinco por cento) dos Municípios brasileiros não contam com servidor concursado específico para a carreira de procurador municipal.

Tal realidade destoa dos entendimentos já exarados pelos Tribunais, segundo os quais o cargo de procurador do município tem atribuições de natureza eminentemente técnica, devendo agir de acordo com os interesses do Órgão, como bem descrito na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 106054/2011, proposta pela Procuradoria-Geral de Justiça do

---

(6) Dado divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2013/06/cresce-numero-de-municipios-no-brasil-em-2013>>

Estado de Mato Grosso.

Na decisão da referida medida, ainda foi relatado que a existência de vínculo de confiança entre os ocupantes de tal cargo e a autoridade é dispensada, em razão da priorização dos interesses do Ente Federativo.

Ainda, o ingresso na carreira da Advocacia Pública da União e dos Estados se dá por meio de concurso público (Artigos 131 e 132 da Constituição Federal), devendo assim, o provimento no cargo de advogado público do município se dar da mesma forma, com base no princípio da simetria.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná também consolidou o entendimento acerca da necessidade do provimento dos cargos ligados à assessoria jurídica por meio de concurso público, para os Órgãos dos Poderes Legislativo e Executivo, por meio do Prejulgado nº 06.

Conforme exarado pela Corte de Contas Estadual, é permitido que o assessor jurídico seja comissionado, desde que diretamente ligado à autoridade, contudo, não pode atender ao Poder como um todo, bem como, em se tratando do Poder Executivo, também deve ser observada a proporcionalidade entre o número de servidores efetivos e servidores comissionados<sup>(7)</sup>

A despeito do posicionamento acima exemplificado, que determina a necessidade de criação de cargo de procurador municipal, com provimento através de concurso público específico, em conformidade com o que determina a Constituição Federal acerca da Advocacia Pública em seus artigos 131 e

---

(7) Acórdão 1111/2008, Relator : Conselheiro Fernando Augusto Mello Guimarães, TRIBUNAL PLENO DO TCE/PR, Julgado em 07/08/2008, Publicado no AOTC 22/08/2008

132, o Diagnóstico demonstra que a sua concretização ainda é um desafio a ser enfrentado.

Nesta monta, deficiente a institucionalização das procuradorias municipais, havendo apenas cargo comissionado, cuja nomeação e exoneração está ligada ao vínculo de confiança estabelecido com a autoridade, não há como assegurar que todos os interesses do órgão sejam priorizados, situação que coloca em risco a efetividade da Lei Anticorrupção.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, foi editada de forma a permitir a responsabilização de pessoa jurídica por ato atentatório contra a Administração Pública, interna ou estrangeira.

Em análise dos objetivos e efeitos da norma, visando a prevenção de atos de corrupção, além das punições previstas, a lei também estimula a criação de código de ética, políticas de *compliance*, mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidade.

Para sua efetiva aplicação pelos Entes Federativos, é mister que haja a regulamentação da lei em seus respectivos âmbitos, de forma a determinar, a exemplo do feito pelo Decreto Federal, as delimitações a serem observadas quando da definição dos valores da multa e outras particularidades locais, isto é a dosimetria das sanções.

Quanto ao rito como se observa pelo procedimento norteador, delineado pela norma nacional, a instauração e jul-

gamento do procedimento caberão à autoridade máxima do órgão, após a condução e emissão de relatório conclusivo pela comissão especificamente designada.

Contudo, tendo em vista que o procedimento, como evidencia sua nomenclatura, tem natureza administrativa, seus atos estão limitados pela força coercitiva dada aos nomeados.

Assim, a Lei Anticorrupção não dotou os seus atores de poderes distintos daqueles já definidos pela legislação aplicável, como a Constituição Federal, quando da separação dos Poderes e as normas que preveem as atividades vinculadas aos cargos públicos.

Desta maneira, ainda que o procedimento se destine a investigar, dada a limitação do poderio da Comissão sobre os agentes externos, esta tarefa somente será possível se somada às ferramentas delegadas à Advocacia Pública.

Diga-se que, mesmo que a Comissão designada seja a responsável pela condução do procedimento, diante da negativa de total colaboração da pessoa jurídica investigada, exigir-se-á a participação ativa dos Órgãos Jurídicos representantes do Ente Federativo, uma vez que, nessa qualidade, envidarão as medidas cabíveis e necessárias junto ao Judiciário, requerendo deste os respectivos e competentes mandados e decisórios que sujeitarão o particular ao interesse público (Art. 10, §1º da Lei nº 12.846/13<sup>(8)</sup> e Art. 9º, §2º, III<sup>(9)</sup>).

(8) § 1º O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.

(9) § 2º A comissão, para o devido e regular exercício de suas funções, poderá:  
III - solicitar ao órgão de representação judicial ou equivalente dos órgãos ou entidades lesados que requeira as medidas necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão, no País ou no exterior

A Lei nº 12.846/2013 determina ainda que a aplicação das sanções administrativas seja precedida de manifestação da advocacia pública ou pelo órgão de assistência jurídica do Ente, sendo que o Decreto Federal nº 8.420/2015 determina que esta se dará, no âmbito federal, após a emissão do relatório da comissão e antes da submissão deste à autoridade para julgamento.

Assim, esta manifestação jurídica reveste-se de importância dentro do procedimento tendo em vista que à mesma caberá a análise da legalidade dos atos praticados no procedimento, bem como a apuração dos fatos e força probatória da documentação juntada, se a recomendação de sanção guarda razoabilidade e adequação quanto à infração e dosimetria da multa.

Portanto, por meio dessa verificação se busca evitar a existência de vícios no mesmo, bem como a correção anterior ao julgamento.

Do que se depreende da lei, a efetividade das punições aplicadas no âmbito da responsabilização administrativa também somente será alcançada por meio do exercício das funções atribuídas ao órgão de representação judicial, uma vez que, frise-se, os atos administrativos decorrentes do procedimento administrativo de responsabilização não detêm poder coercitivo que sujeite a pessoa jurídica integralmente às suas decisões.

Considerando as atividades inerentes dos Órgãos Jurídicos da Administração Pública analisados à luz do disposto sobre os institutos criados pela Lei nº 12.846/2013, especialmente

quanto ao procedimento administrativo de responsabilização, a sua atuação é indispensável para a eficácia das medidas da Lei Anticorrupção.

O atual quadro da institucionalização das procuradorias dos municípios, nos quais se concentra uma grande parte dos atos administrativos a serem controlados e, por consequência, submetidos à Lei Anticorrupção, não retrata o entendimento pacificado nos tribunais nacionais quanto à necessidade de existência de cargos de provimento por concurso público para o exercício das funções técnicas inerentes à assessoria jurídica do Órgão.

Portanto, se faz imprescindível que tal situação seja revertida para a concretização dos objetivos da Lei Anticorrupção em âmbito municipal, por meio de regra constitucional que exija a estruturação e criação de cargo efetivo para o exercício da função de procurador municipal.

## Referências bibliográficas

- ANDRÉ, M. *apud* ALCANTARA, Christian Mendez. *Os Princípios Constitucionais da Eficiência e Eficácia da Administração Pública: Estudo Comparativo Brasil e Espanha*. In Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 24-49.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acessado em 03 de dezembro de 2017.
- BRASIL, *Decreto Federal nº 8.420 de 18 de março de 2015*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm)> Acessado em 03 de dezembro de 2017.
- BRASIL, *Leinº 13.105 de 16 de março de 2015*. Novo Código de Processo Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acessado em 03 de dezembro de 2017.
- BRASIL, *Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)> Acessado em 03 de dezembro de 2017.
- CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Apud* RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e a Lei Anticorrupção nas Empresas*. In Revista de Informação Legislativa. v.52. n. 205. p. 85-105. Jan-Mar, 2015.
- DI BLASI, Gabriel. *Lei Anticorrupção: Uma Ferramenta Eficaz?* In JOTA. Disponível em <<https://jota.info/colunas/as-claras/lei-anticorruptao-uma-ferramenta-eficaz-30082017>> Acessado em 09 de novembro de 2017.
- MENDONÇA, Clarice Corrêa de. VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim. PORTO, Nathália França Figuerêdo. *1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MICHAELIS, Dicionário Online. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/>> Acessado em 03 de dezembro de 2017.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e a Lei Anticorrupção nas Empresas*. In Revista de Informação Legislativa. v.52. n. 205. p. 85-105. Jan-Mar, 2015.
- ROCHA, João Marcelo. *Direito Tributário*. 8 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2012.
- ZYMLER, Benjamin. *Lei Anticorrupção, Acordos de Leniência e os Tribunais de Conta*. Palestra ministrada no I Fórum de Controle Externo do TCE-PR. Curitiba, 2016.

# Corrupção na atividade econômica privada: interesses públicos e privados envolvidos

## Corruption in private economic activity: public and private interests involved

FABIANO DEL MASSO

**Resumo:** Este artigo cuida da prática de atos de corrupção na atividade econômica privada, ou seja, é muito comum constatar as práticas de corrupção quando se tem um ente público envolvido na relação, como se apenas os recursos públicos fossem objeto da prática ilícita, acontece que nas relações entre entes de natureza privada também ocorrem atos de natureza corruptiva. Assim, surge um questionamento a respeito dos interesses envolvidos nas práticas de corrupção privada, se seriam apenas privados, ou se podem ser de natureza pública também, é essa a resposta que o artigo pretende dar, ou seja, que na atividade corruptiva privada também existem interesses públicos a se tutelar.

---

\* Mestre e Doutor em Direito Comercial pela PUC/SP. Professor do curso de graduação em Direito do Mackenzie. Professor dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Político e Econômico do Mackenzie. Advogado em São Paulo.  
dolenc@terra.com.br



**Palavras-chave:** Corrupção; corrupção privada; atividade econômica privada; concorrência desleal; interesses público e privado.

**Abstract:** This article deals with the practice of acts of corruption in private economic activity, that is, it is very common to link corruption practices when one has a public entity involved in the relationship, as if only public resources were the object of the illicit practice, it happens that in the relations between entities of a private nature also occur acts of a corruptive nature. Thus, a question arises about the interests involved in the practices of private corruption, if they were only private, or if they may be of a public nature as well, this is the answer that the article intends to give, that is, that in private corruptive activity also exist interests to be protected.

**Keywords:** Corruption; private corruption; private economic activity; unfair competition; public and private interests.

### **Sumário:**

1. Introdução
  2. Atividade econômica privada
  3. Proteção da concorrência
    - 3.1. Abuso de poder econômico e deslealdade
    - 3.2. Atos de deslealdade e corrupção privada
  4. Formas de reparação previstas no direito brasileiros
    - 4.1. Responsabilidade civil
    - 4.2. Responsabilidade trabalhista
    - 4.3. Responsabilidade penal
  5. Conclusões
- Bibliografia

## 1. Introdução

A desenvolvimento de uma série de inovações tecnológicas possibilitou a criação de ferramentas extremamente eficientes para provar a ocorrência de práticas de corrupção. A possibilidade atual de maior controle sobre as cifras de capital que circulam no mundo, deixam rastros de capitais de origem duvidosa, muitas vezes provenientes de negociações envolvendo dinheiro público.

Ao contrário do que muitos imaginam, as práticas de corrupção não ocorrem apenas em relações envolvendo recursos públicos, mas também com recursos desviados das empresas em suas negociações privadas. Assim, os atos de corrupção praticados no desenvolvimento de atividades econômicas privadas são muito mais frequentes do que se pensa, o que repercute em consequências desastrosas para a atividade econômica privada é claro, mas será que os limites dos danos causados não extrapolam e também atingem interesses públicos?

A deslealdade na competição não abala apenas aos concorrentes em seus interesses particulares, mas também as estruturas competitivas de mercado com consequências para os consumidores, em outras palavras, também existem interesses públicos envolvidos. Dessa forma, as consequências danosas ocasionadas pelos atos corruptivos no desenvolvimento da atividade econômica privada atentam contra interesses de ordem pública também.

As práticas corruptivas no Brasil são tão frequentes, ao ponto de se indagar as origens dessa natureza de privilégio exclusivo aos interesses privados, sendo sempre o interesse

público desconsiderado, Sérgio Buarque de Holanda<sup>(1)</sup> descreve: “No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal”.

A corrupção não representa um fato social novo, pelo contrário, a história da humanidade sempre foi descrita com contínuos e frequentes atos de corrupção, como bem observa Adriana Romeiro<sup>(2)</sup>: “Definitivamente, a corrupção está na moda. Ela invadiu as redes sociais, o noticiário televisivo, a mídia impressa, as conversas informais, a cena política... Por todos os lugares, só se fala a seu respeito. É como se, pela primeira vez na história brasileira, esse inimigo insidioso da República fosse alvo de uma cruzada para arrancá-lo dos bastidores em que se ocultou durante tanto tempo, para finalmente expô-lo à luz do dia. Impressão bem enganosa! Há mais de cinco séculos a corrupção tem atraído a atenção dos que refletiram sobre a natureza dos valores políticos presentes no mundo colonial. Ainda em 1627, Frei Vicente do Salvador lamentava que ‘nenhum homem nesta terra é repúblico, nem zela, ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular’. Não era esse, afinal, um dos traços que caracterizavam uma sociedade corrompida, segundo a cultura política da época, uma

(1) Raízes do Brasil. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 145.

(2) Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVIII, Belo Horizonte, Autêntica, 2017, p. 11-12.

vez que nas verdadeiras repúblicas o bem comum deve ser posto à frente do bem particular?”

Dessa maneira, o texto que segue não representa um deslumbramento com o tema tão recorrente, mas sim uma reflexão sobre aspectos negligenciados das práticas corruptivas, no caso específico, as que ocorrem no ambiente de negociação privada, que afetam patrimonialmente um empreendedor e concorrencialmente outros, o que, conforme será desenvolvido, também repercute em interesses públicos de proteção da lealdade nos negócios privados, na proteção da concorrência e também na proteção dos consumidores.

## **2. Atividade econômica privada**

O mundo econômico é composto de uma série de agentes econômicos (produtores, intermediadores, consumidores etc) que podem ser privados ou públicos. Enquanto as pessoas jurídicas de direito público são representadas por seus administradores públicos, as atividades privadas envolvem diretores, conselheiros, administradores, empregados, procuradores entre outros. Neste caso, dos administradores privados, a empresa está sujeita a prática de atos de desonestidade em seu desfavor, quando o dever de lealdade é deixado de lado para que se obtenham vantagens indevidas em prejuízo aos interesses da empresa.

De forma simples, no ato de corrupção privada, forma-se uma relação trilateral com a necessária presença dos seguintes personagens: a) o corrupto: que é aquele que deixa de agir

como esperado, sempre para satisfazer um interesse próprio, o que ocorre mediante o oferecimento de vantagem indevida por parte do corruptor; b) corruptor: aquele que oferece a vantagem indevida para que o corrupto quebre o dever de lealdade e seja desonesto; c) principal: geralmente a empresa para a qual o corrupto deveria agir de forma honesta, mas não o faz, o principal é quem suportará o prejuízo na relação trilateral, pois os dois primeiros são os que mutuamente se favorecem.

A relevância em se proporcionar mecanismos jurídicos de contenção dos atos de corrupção privada colaboram com as possibilidades de funcionamento de um mercado de livre iniciativa e de livre competição, de forma que exista segurança para os empreendedores de que o mercado funciona apenas sob a influência de fatores lícitos de competição. Nesse sentido, importante as palavras de Conrado Almeida Côrrea Gontijo<sup>(3)</sup>, nos termos: “Destarte, diante da recorrência de hipóteses fáticas, nas quais a confiança que embasa a delegação de atribuições é rompida por comportamentos desviados dos indivíduos detentores de poder, emerge mais uma justificativa para o direcionamento de atenção político-criminal à corrupção no setor privado. É essencial conferir ao empresário condições para o exercício de sua atividade econômica, que resta prejudicada, caso inexistam mecanismos jurídicos voltados a assegurar que as competências e atribuições por ele delegadas sejam exercidas com probidade por seus funcionários e representantes”.

(3) O crime de corrupção privada no setor privado, São Paulo: LiberArs, 2016, p. 41.

Assim como o Estado desempenha as suas funções essenciais e demanda a honesta utilização dos recursos disponíveis, a empresa privada também necessita de um ambiente competitivo que tenha por função estimular a prática de atividade econômica e não inibi-la. A corrupção praticada no setor privado é tão devastadora quanto no setor público e os efeitos sociais decorrentes são inúmeros e de gravidade incontestável, que não se resumem apenas em danos patrimoniais da empresa principal, mas também de concorrentes e consumidores que de alguma maneira, também suportam prejuízos decorrentes das relação de corrupção privada.

### **3. Proteção da concorrência**

Os atos de corrupção privada, de forma usual, promoverão uma perda de natureza patrimonial na relação trilateral ao agente principal, ou seja, geralmente a empresa que é representada em um ato comercial por alguém que descumpra os seus deveres de lealdade e deixa de atuar a favor da empresa, para atuar em benefício próprio. Dessa maneira, *prima facie* parece que o direito desrespeitado repercute unicamente na perda patrimonial suportada pela empresa. O que faz crer que o único interesse envolvido seria de natureza privada apenas, qual seja: o direito da empresa ser ressarcida dos prejuízos que sofreu em virtude do ato corruptivo.

Acontece que outros interesses também são prejudicados devido ao ato corruptivo praticado, sendo a concorrência um dos mais importantes, devido aos efeitos proporcionados no

mercado competitivo, basta verificar que a prática corruptiva de um concorrente corruptor, certamente gerará uma limitação na atividade econômica aos concorrentes que não participaram do ato que beneficiou apenas um dos concorrentes. Veja-se, que aqui, também surge um dano aos interesses privados de cada uma das empresas concorrentes que perderam a oportunidade de, por exemplo, vender as suas mercadorias ou prestar os seus serviços em razão do acerto realizado por administrador junto a um concorrente específico.

Como muito bem resume Calixto Salomão Filho<sup>(4)</sup>: “Garantir a concorrência significa, a um só tempo, garantir coisas diversas. Em primeiro lugar é preciso garantir que a concorrência se desenvolva de forma leal, isto é, que sejam respeitadas regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos. Dois são os objetivos dessas regras mínimas. Primeiro, garantir que o sucesso relativo das empresas no mercado dependa exclusivamente de sua eficácia, e não de sua ‘esperteza comercial’ – isto é, de sua capacidade de desviar consumidores de seus concorrentes sem que isso decorra de comparações baseadas exclusivamente em dados de mercado”.

### **3.1. Abuso de poder econômico e deslealdade**

Em regra, os atos ilícitos que podem ser praticados para de alguma forma suprimir a concorrência, podem ser praticados por abuso de poder econômico ou por um ato de deslealdade competitiva. Como já tivemos a oportunidade de explicitar

(4) Direito concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55.

em outra obra: “As práticas competitivas podem ser ilícitas se praticadas com abuso de poder econômico ou por algum ato considerado desleal. Enquanto no primeiro caso se tutelam as estruturas de mercado competitivas e eficientes, no segundo caso o que se tutela é a lealdade dos concorrentes no desenvolvimento de atividade econômica. No abuso de poder econômico o interesse é público; na deslealdade de competição o interesse tutelado é particular, no caso, do competidor prejudicado”.<sup>(5)</sup>

No mesmo sentido, deve-se ponderar que a defesa da concorrência representa uma das missões constitucionais mais importantes para a ordem econômica, nas palavras de Vicente Bagnoli<sup>(6)</sup>: “Para consecução da justiça social e do desenvolvimento nacional, objetivos fundamentais da República, a concorrência é um valor a ser buscado e defendido. Um dos princípios da ordem econômica, insculpido no art. 170 da Constituição, a livre concorrência, elemento essencial nas economias de mercado para a promoção da circulação e do compartilhar das riquezas, deve ser compreendido com outros princípios, como a propriedade privada e a sua função social, a soberania nacional, a defesa do meio ambiente e do consumidor e a busca do pleno emprego. O poder econômico é também reconhecido como promotor desse desenvolvimento, mas sempre que utilizado de forma abusiva, em prejuízo à livre concorrência, deverá ser reprimido, nos termos do §4º do art. 173 da Constituição”.

(5) Fabiano Del Masso. Direito econômico esquematizado. 4ª ed Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 157.

(6) Direito econômico e concorrencial. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 279-280.



Os interesses invadidos com o desrespeito a concorrência parecem muito bem delimitados quando a análise releva a deslealdade como um fato que traria problemas apenas para o concorrente ou os concorrentes que foram preteridos, por exemplo, em um ato corruptivo no qual um dos competidores promete vantagens para um administrador da empresa que o privilegia de alguma forma no mercado. O primeiro ponto que deve ser levantado é que o ato corruptivo gera um custo extraordinário na relação comercial, que será suportado, como já defendido, pelo empresário ou principal.

De toda forma, ainda não se chegou a identificação de todos os malefícios que a corrupção pode gerar nos mercados competitivos e nas relações de consumo. Se a corrupção com os entes públicos resvala nos tributos pagos pelos contribuintes, na corrupção privada o consumidor também será prejudicado na medida em que arcará com o custo da corrupção que será acrescido ao preço dos produtos e serviços. Como observa Fábio Ulhoa Coelho<sup>(7)</sup>: “Mas não se encontra incorporada à cultura de consumo brasileira a consciência do repasse a cada consumidor, através da fixação do preço, de cota-parte do aumento dos custos da produção e circulação de bens ou serviços decorrente da instituição legal de seus direitos.(...) A socialização entre os consumidores do custo do incremento qualitativo da produção, através do aumento de preço, é típico do capitalismo” . É claro que no caso da corrupção privada a lógica é a mesma, pois o ato corruptivo, que gerou custo de produção para a empresa, deverá ser socializado mediante a sua

---

(7) O empresário e os direitos do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31.

inclusão no preço do produto ou serviço, não se está falando de um custo do incremento qualitativo da produção, mas sim de um custo decorrente dos prejuízos impostos a empresa, que mesmo sem saber da sua real origem, o direcionará ao preço a ser cobrado do consumidor.

### **3.2. Atos de deslealdade e corrupção privada**

Como já discutido, os prejudicados, normalmente identificados nos atos de corrupção privada seriam o empresário, que suportará uma perda patrimonial em razão da vantagem auferida por seu representante em seu desfavor e dos demais concorrentes devido à prática ilícita como mecanismo competitivo desleal. Assim, a preocupação com as formas viáveis de controle da corrupção privada passa a ser constante, o que resulta em várias discussões sobre as maneiras mais eficientes de coibir as condutas corruptivas.

De uma forma geral, como pondera Conrado Almeida Côrrea Gontijo<sup>(8)</sup>: "A compreensão da corrupção entre particulares como fenômeno que afeta primacialmente a lealdade e confiança nas relações privadas, portanto, é compartilhada por legisladores estrangeiros, por entidades supranacionais de abrangente atuação e por respeitados doutrinadores. Defende-se, em síntese, que a tipificação do fenômeno deveria ser feita com o fim de promover os interesses individuais dos agentes do setor privado, os quais passariam a dispor de mecanismo sancionatório apto a coibir comportamentos de funcionários

---

(8) O crime de corrupção privada no setor privado, São Paulo: LiberArs, 2016, p. 136-137.

desleais, que, com o escopo de auferir benefícios egoísticos, atuassem em desconformidade com as suas obrigações e com menoscabo à lealdade e à confiança que os vinculam ao empregador”.

Como se observa, o interesse em tutelar os interesses dos agentes econômicos do setor privado, representa uma das motivações para proporcionar a reflexão sobre as melhores maneiras do direito atuar na repressão das condutas corruptivas, mas outros interesses além da deslealdade dos representantes legais da empresa, também podem ser enumerados. Existem pelo menos duas condutas desleais praticadas, a primeira, como já observado, do administrador que em face de vantagens pessoais age em desfavor da empresa que representa e, a segunda, a deslealdade que advém do comportamento do administrador, mas que acaba sendo um comportamento da própria empresa que representa (corrompida) e a empresa que a corrompe (concorrente) em relação aos demais competidores.

Diante de tais condições, surge a necessidade de identificação do bem jurídico a ser tutelado, que não pode se resumir apenas no controle da lealdade do representante da empresa em relação a própria empresa, mas também dos reflexos deste comportamento na concorrência. Assim, mais uma vez recorremos aos ensinamentos de Conrado Almeida Côrrea Gontijo<sup>(9)</sup> para esclarecer: “É fundamental, portanto, que a concorrência seja exercida de forma livre, porém, balizada por parâmetros normativos mínimos, sem os quais o exercício da atividade

(9) O crime de corrupção privada no setor privado, São Paulo: LiberArs, 2016, p. 151.

econômicas deixaria de privilegiar o competidor mais competente, que perderia espaço àquele que, com mais destreza, adotasse práticas desonestas e desleais. Fala-se, nesse contexto, que a liberdade de atuação em mercados competitivos, elementar para o desenvolvimento de economias capitalistas, deve encontrar barreiras delineadas pelo poder estatal, o qual não deve admitir certas formas de procedimento, tais como aqueles característicos dos *pactos sceleris* celebrados entre particulares”.

Os interesses envolvidos diretamente, como se pode perceber, são sempre de natureza privada e de conteúdo patrimonial, podendo ser identificados facilmente os que perdem devido a prática corruptiva. Mas, está em tempo de identificar que interesses difusos que comprometem o mercado de consumo e o desenvolvimento econômico também estão presentes.

#### **4. Formas de reparação previstas no direito brasileiro**

Diante do que foi exposto, a preocupação agora, até mesmo para estabelecer a multiplicidade de bens jurídicos afetados com os atos de corrupção no setor privado, consiste em analisar a legislação brasileira para buscar possibilidades de enquadramento da corrupção privada em dispositivos de coibição ou de reparação dos males proporcionados, sejam eles de caráter penal ou extrapenal.

## 4.1. Responsabilidade civil

Um primeiro direito que surge diante da prática corruptiva consiste na possibilidade de reparação civil da empresa (prejudicada) diante do seu administrador, nos termos do artigo 1.010, §3º do Código Civil que dispõe: “Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto”.

Repare que o dispositivo citado trata da responsabilidade do sócio que exerce poderes de administração, o que é extremamente comum em tipos societários pequenos e médios, que geralmente adotam a forma de sociedade limitada, mas a responsabilidade será a mesma se for um administrador nomeado no contrato social ou em ato em apartado, assim como se for qualquer empregado com poderes de representação ou que tenha competência para praticar atos que possam ser suscetíveis de corrupção.

No caso das sociedades constituídas na forma de companhia ou sociedades anônimas, a Lei nº 6.404/76 também tutela o dever de lealdade dos administradores, nos termos: “Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. § 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres. § 2º É vedado ao administrador: a) praticar ato de liberalidade à custa

da companhia; b) sem prévia autorização da assembleia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito; c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo. Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir". Os artigos seguintes da Lei nº 6.404/76, quais sejam: 156, 157, 158 e 159 também dispõem sobre a responsabilidade do administrador desleal em relação a companhia.

O comercialista Rubens Requião<sup>(10)</sup> trata da questão de forma exemplar, nos termos: "Um dos problemas mais agudos na administração é a peita ou suborno. Os interesses que as empresas controlam, sobretudo as de grande dimensão, são de tal vulto que é comum o amaciamento de diretores através de presentes ou mesmo de propinas secretas. Escândalo-

(10) Curso de Direito Comercial, 2º vol. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 267.

los dessa natureza abalaram os Estados Unidos, sobretudo no caso famoso da Lockheed, empresa de aviação, que distribuiu subornos a outras empresas e a membros do corpo político de vários países. Em relação aos administradores, a lei vedou-lhes receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício do seu cargo. Pode ocorrer que a vantagem seja direta e pública, sem reserva, e evidentemente, em casos especiais, a assembleia geral ou o estatuto podem autorizar o administrador a recebe-la para a sociedade ou para si. As importâncias entretanto, recebidas sem essa autorização uma vez reveladas, pertencerão à companhia”.

No que diz respeito as consequências civis que geram responsabilidade para o administrador da empresa ou qualquer outro representante ou empregado que realiza atos de corrupção parece bem delineados pela legislação brasileira, de forma que a providencias que podem ser tomadas pela empresa são bastante claras, e, em nosso entender não precisam ser aprimoradas.

## **4.2. Responsabilidade trabalhista**

No caso do direito trabalhista, a legislação de regência privilegia de forma bastante intensa a lealdade entre empregador e empregado. No caso, configuram motivos para a demissão por justa causa pelo menos 3 alíneas do artigo 482, da Consolidação as leis do trabalho, nos termos: Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empre-

gador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;”.

Dessa maneira, a consequência direta para o empregado que pratica atos de corrupção no ambiente privado consistirá na possibilidade de perder o emprego em virtude de rescisão por justa causa. Essa seria uma primeira consequência de natureza trabalhista, mas que não inibe a possibilidade do empregador promover ação de indenização para ser reparado nos danos que sofreu em virtude do ato corruptivo.

### **4.3. Responsabilidade penal**

A lei de propriedade industrial (Lei nº 9.279/96) prevê nos vários incisos do artigo 195, os tipos penais de deslealdade concorrencial, sendo que para este estudo importam os seguintes: “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;”.

No caso, a responsabilidade penal é tipificada no ordenamento jurídico brasileiro, apenas como crimes de deslealdade concorrencial, sendo legitimado para tomar as providências cabíveis apenas os concorrentes prejudicados pelas condutas



e como nos termos do artigo 199 da Lei nº 9.29/96 os crimes previstos só podem ser promovidos mediante queixa-crime, fica a faculdade para os competidores acionarem ou não o empregado no caso do inciso X, e o concorrente no caso do inciso IX.

Da mesma maneira, as reparações de natureza civil são plenamente viáveis. Como descreve Fábio Ulhôa Coelho<sup>(11)</sup>: “A repressão civil à concorrência desleal assegura ao empresário-vítima a devida composição dos danos sofridos. Quando se cuida de concorrência desleal específica, a caracterização da conduta como ilícita, ensejadora da reparação civil, não enfrenta maiores problemas. Ou seja, inexistem dúvidas quanto à natureza desleal da prática de concorrência quando o ato é tipificado como crime, pelo art. 195 da LPI. Nesse caso, inclusive, aplica-se à repressão civil o disposto no art. 935 do CC/2012; quer dizer, a existência do fato e sua autoria não podem ser rediscutidas no foro cível, caso se encontrem já decididas no penal. Se o acusado de crime de concorrência desleal é inoportunado no processo-crime, não poderá ser acolhida a pretensão à indenização contra essa pessoa. Se o acusado, contudo, não foi condenado por falta de provas ou por prescrição da pretensão punitiva, a ação civil pode ter seguimento”.

## 5. Conclusões

O presente estudo teve por finalidade refletir sobre uma forma de corrupção pouco tratada pelos estudiosos do direito. Quando se fala sobre corrupção rapidamente se liga o fato a

(11) Curso de Direito Comercial, vol 1. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 223.

questões referentes ao desvio de recursos do erário público. Entretanto, muito mais comum do que se possa imaginar é a quantidade de atos de corrupção que são praticados no desenvolvimento das atividades econômicas privadas, ou seja, a corrupção envolvendo apenas entes privados.

O ato corruptivo no setor privado envolve sempre 03 partes, o que corrompe, o corrompido e o terceiro prejudicado, sendo que normalmente o direito se preocupa apenas com o ressarcimento patrimonial do terceiro prejudicado. Como pode ser visto a competição e sobretudo os direitos dos consumidores também são desrespeitados, uma vez que se agrega ao custo dos produtos e serviços a despesa realizada com o ato corruptivo, que gera uma vantagem aos corruptores e corrompidos em desfavor dos interesses da empresa, e que por terem essa natureza de custo, irão para os preços dos produtos e mercadorias, de forma a envolver direitos difusos, no caso, dos consumidores.

Assim, parece que já está em tempo de se promover uma nova reflexão sobre a melhor forma de coibir os ilícitos praticados nas relações negociais comerciais quando ocorrem atos de natureza corruptiva. Boa parte dos ordenamento jurídicos dos mais variados países já contemplam, na maioria das hipóteses de prática corruptiva a sua criminalização, talvez, com os cuidados devidos, seja o momento do Brasil repensar as possibilidades de criminalização das condutas de corrupção privada, principalmente em razão dos interesses públicos envolvidos.

## Bibliografia

- BAGNOLI, Vicente. Direito econômico e concorrencial, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- COELHO, Fábio Ulhoa. O empresário e os direitos do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 1. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DEL MASSO, Fabiano. Direito econômico esquematizado. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- GONTIJO, Conrado Almeida Côrrea. O crime de corrupção privada no setor privado, São Paulo: LiberArs, 2016.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 2º vol. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROMEIRO, Adriana. Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVIII, Belo Horizonte, Autêntica, 2017.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

# A responsabilidade civil individual dos gestores empresariais por atos de corrupção

## Individual civil liability of corporate managers for acts of corruption

FERNANDA PESSANHA DO AMARAL GURGEL

**Resumo:** A Lei 12.846/13, denominada Lei Anticorrupção Brasileira, representou um marco no sistema jurídico nacional, sendo fruto da ratificação pelo Brasil da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (2003) e da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (1996). O objetivo da Lei 12.846/13 foi sanar a lacuna existente no ordenamento jurídico sobre a responsabilização administrativa e civil de Pessoas Jurídicas que praticam atos ilícitos em desfavor da Administração Pública nacional ou estrangeira. Dessa forma, a Lei 12.846/13 estabeleceu a responsabilidade objetiva das Pessoas Jurídicas por atos de corrupção, indicou a criação de mecanismos e procedimentos de integridade no meio corporativo (*compliance*) e fixou a responsabilidade civil subjetiva individual das Pessoas Naturais por atos de corrupção por elas praticados. A responsabilidade da Pessoa Jurídica não exclui a responsabilidade individual de dirigentes ou administradores, podendo alcançar

---

\* Mestre e Doutoranda em Direito Civil pela PUC/SP. Advogada e Professora de Direito Civil nos cursos de Graduação e Pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora convidada do curso de Pós-graduação do sistema LFG de ensino. Membro do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) e do IBDCivil (Instituto Brasileiro de Direito Civil)

qualquer pessoa que em nome da pessoa jurídica, tenha atuado como autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. Não há, também, entre os sistemas de responsabilidade, qualquer ordem de preferência ou prejudicialidade, podendo haver a responsabilização da Pessoa Jurídica sem que se responsabilize a pessoa natural e vice-versa. Ademais, a responsabilidade civil individual da Pessoa Natural independe da natureza de sua atividade em relação à estrutura organizacional da pessoa jurídica (dirigentes, administradores de fato ou de direito, prepostos, empregados, sócios, acionistas, terceiros intermediários ou interessados). Sendo assim, a Lei 12.846/13 facilitou substancialmente a responsabilidade civil individual do Pessoa Natural por atos de corrupção praticados no meio corporativo, sendo um instrumento relevante e efetivo de combate aos atos lesivos praticados contra a Administração Pública.

**Palavras-chaves:** responsabilidade civil - individual - gestores - atos de corrupção

**Abstract:** Law 12.846/13, known as the Brazilian Anti-Corruption Law, was a landmark in the national legal system, as a result of Brazil's ratification of the United Nations Convention against Corruption (2003) and the Inter-American Convention against Corruption (1996).

The objective of Law 12.846 /13 was to remedy the loophole existing in the legal system regarding the administrative and civil liability of Legal Persons that commit illicit acts in detriment to the national or foreign Public Administration.

Accordingly, Law 12.846/13 established the objective liability of Legal Persons for acts of corruption, indicated the creation of mechanisms and procedures for integrity in the corporate environment (compliance) and established the subjective individual civil liability of Natural Persons for acts of corruption practiced by themselves.

The responsibility of the Legal Person does not exclude the individual responsibility of directors or administrators, and can reach any person who may have acted on behalf of a Legal Person, acted as author, coauthor or participant in the illegal act.

---

There is also no order of preference or detriment among the liability systems, and the legal person may be held liable without incurring liability for the natural person.

In addition, the individual civil liability of the Natural Person is independent of the nature of its activity in relation to the organizational structure of the legal person (directors, de facto or de jure administrators, agents, employees, partners, shareholders, third parties or interested parties).

Therefore, Law 12.846/13 substantially facilitated the individual civil liability of the Natural Person for acts of corruption practiced in the corporate environment, being a relevant and effective instrument when it comes to fighting the harmful acts practiced against the Public Administration.

**Keywords:** civil liability - individual - corporate managers - acts of corruption

## Sumário

Introdução: da delimitação do tema

Principais inovações da Lei 12.846/13

Responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira

A responsabilidade dos dirigentes ou administradores da pessoa jurídica em razão dos atos lesivos causados à administração pública

A responsabilidade civil da pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito

Da independência entre a responsabilização da pessoa jurídica, da pessoa natural e os diversos sistemas de responsabilização

Do perdimento de bens, direitos e valores

Notas conclusivas

Referências

---

## Resumo

A responsabilidade civil individual dos gestores empresariais encontra hoje o seu fundamento legal no Código Civil de 2002 e também na Lei 12.846/13, denominada de Lei Anticorrupção brasileira. Ao lado da responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica, a responsabilidade subjetiva dos gestores empresariais deve ser vista como um importante instrumento de combate à corrupção, funcionando tal sistema de responsabilidade civil de forma independente e sendo ele também extensivo a qualquer pessoa natural, sem qualquer vínculo com a empresa, desde que tenha se beneficiado do ato lesivo à Administração Pública nacional ou estrangeira.

## Introdução: da delimitação do tema.

Têm-se, com o presente trabalho, o objetivo de tratar do tema “responsabilidade civil individual dos gestores empresariais por atos de corrupção”, inserindo-o no contexto da Governança Corporativa e da Corrupção no setor privado.

Nessa perspectiva, importante salientar a importância atual da Lei 12.846/13, denominada Lei Anticorrupção brasileira, a qual prevê a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas por atos de corrupção praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Várias foram as novidades trazidas pela da Lei 12.846/13, dentre elas, a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, a implementação do *compliance*, o acordo de leniência, o processo administrativo de responsabilização (PAR), o cadastro nacional de pessoas punidas (CNEP).

A lei estabelece uma diversidade de sanções aplicáveis às empresas e aos gestores empresariais, primando por uma maior rigidez, o que reflete uma tentativa de se incorporar em nosso sistema uma cultura anticorrupção na governança corporativa, sob o prisma da transparência e da probidade.

Desta feita, importante destacar que o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (2003) e a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (1996). Em que pese a ampla participação brasileira no cenário internacional de combate à corrupção, a realidade ainda mostra a necessidade de melhorar a imagem brasileira de nação essencialmente corrupta, o que se vislumbra no âmbito interno e também perante os diversos países estrangeiros.



Nessa perspectiva, a Lei 12.846/13 simboliza novos paradigmas almejados pela comunidade nacional e internacional, representando um passo importante no combate à corrupção, apesar da existência de algumas complicações em relação à aplicabilidade da lei, principalmente no que se refere à regulamentação sobre critérios de aplicação de multas, o rito e a competência para os procedimentos administrativos sancionadores.

### **1. Principais inovações da Lei 12.846/13**

A Lei 12.846/13 é constituída por sete capítulos e teve por escopo básico a supressão da lacuna existente no sistema jurídico brasileiro sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos ilícitos praticados em desfavor da Administração Pública nacional e estrangeira.

De uma forma geral, pode-se dizer que a Lei 12.846/13 carrega em si uma multiplicidade em diversos aspectos por ser essencialmente um mecanismo multiplicador de instrumentos sancionatórios, conferindo uma maior amplitude no âmbito da responsabilidade civil das pessoas jurídicas praticantes de atos ilícitos e dos seus gestores responsáveis.

Assim, a Lei 12.846/13 multiplicou as autoridades competentes para a aplicação das sanções, estabelecendo segundo o art.19, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio de suas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das penalidades às pessoas jurídicas infratoras.

Além da responsabilidade a ser apurada na esfera judicial, a Lei 12.846/13 previu um processo de apuração administrativa da responsabilidade, conhecido como processo administrativo de responsabilização (PAR). O art. 8º estabelece que a instauração e o julgamento do processo administrativo de responsabilização competem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.<sup>(1)</sup>

Mais precisamente, no âmbito da Poder Executivo Federal, a Controladoria-Geral da União (CGU) passou a ter competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento na lei anticorrupção, no intuito de fiscalizar a regularidade ou corrigir andamento (art. 8º, § 2º da Lei 12.846/13).

De outra parte, a Lei 12.846/13 traz também uma multiplicidade de pessoas jurídicas sancionáveis, ampliando, outrossim, as pessoas naturais sujeitas às penalidades aplicáveis.

Logo em seu art. 1º, a Lei determina que seu conteúdo seja aplicado às “sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no

---

(1) Sobre a regra da instauração e julgamento do processo administrativo de responsabilização pelas autoridades de maior grau hierárquico, Irene Patrícia Nohara faz uma interessante reflexão: “É necessário refletir sobre essa análise, pois o fato de se começar pelo topo, nas proximidades dos agentes políticos, pode ser um fato que, do ponto de vista pragmático, pode impedir, em alguns casos, de se alcançar os objetivos da Lei Anticorrupção, principalmente se o topo estiver alinhado com negócio superfaturados, encaminhamentos fraudulentos em licitações ou com repasses de valores a agentes políticos para promoverem uma agilização ou desburocratização indevida, ou, ainda, com o desvio de verbas em projetos com a Administração Pública”. (Comentários ao art. 8º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 133)

território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente”.

Após conferir tal amplitude às pessoas jurídicas sancionáveis, o legislador estabeleceu também uma maior abertura ao reconhecimento da responsabilidade civil individual dos dirigentes ou administradores, incluindo, de forma ampla, a possibilidade da responsabilidade civil de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º da Lei 12.846).

O caráter ampliativo da lei em referência se estende também aos sistemas de responsabilidade civil. Além da responsabilidade da pessoa jurídica não excluir a responsabilidade individual dos dirigentes, administradores, demais coautores e partícipes do ato ilícito, o sistema atual prevê a responsabilidade objetiva da empresa ao lado da responsabilidade civil individual sob o fundamento subjetivo.

Ademais, a multiplicidade da lei se estende às espécies de sanções aplicáveis. O art. 19 estabelece as sanções às pessoas jurídicas infratoras, podendo ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente: I - perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco)

---

anos. IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras ou controladas pelo poder público pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Mais uma vez, denota-se o caráter plúrimo da Lei 12.846/13, que multiplicou as autoridades competentes para aplicação das sanções decorrentes dos atos de corrupção, ampliou os procedimentos sancionadores, aumentou o sistema de responsabilidade civil dos agentes responsáveis e incluiu as pessoas naturais e as diversas espécies de pessoa jurídica no foco da responsabilização civil e administrativa.

Destaca-se, outrossim, a busca da Lei 12.846/13 pela efetivação do princípio da transparência nas relações da administração pública dentro do mundo corporativo, indicando mecanismos e procedimentos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades nas atividades empresariais em geral.

Assim sendo, ainda que existam diversos problemas relacionados à sistematização, regulamentação e aplicação da Lei 12.846/13, sem dúvidas que o atual sistema anticorrupção é importante para a necessária e almejada mudança cultural e comportamental, em um momento histórico em que a população clama por novos paradigmas na condução da política e da Administração Pública.

## 2. Responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira

De acordo com o art. 2º da Lei 12.846/13, “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”.

Desta feita, a imputação de sanções às pessoas jurídicas envolvidas independe do dolo ou da culpa individuais, não se exigindo a dupla punição para a responsabilidade civil da empresa.

Oportuna, neste aspecto, a lição de Patrícia Toledo de Campos:

“Como a responsabilidade civil objetiva prescinde de culpa, restando comprovado o fato, o resultado e o nexo causal, a pessoa jurídica será responsabilizada. A mera configuração desses elementos ensejará a responsabilização da empresa, independente da pessoa natural que realmente tenha praticado o ato prejudicial à Administração Pública”.<sup>(2)</sup>

Assim sendo, não é necessário comprovar a culpa ou o dolo de agentes específicos para a responsabilização civil da empresa, não se exigindo a individualização de condutas ou a comprovação dos elementos subjetivos dos agentes para que surja o dever de indenizar da pessoa jurídica.

Em certos casos, ainda, a responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica dispensa até a prova do ato contra a administração bastando a demonstração do resultado e o nexo causal

(2) CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei 12.846/2013 - Lei anticorrupção. *In*: Revista Digital de Direito Administrativo. v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015.

entre autor e lesão, que resulte em contrariedade ou dano à Administração Pública.<sup>(3)</sup>

No âmbito administrativo, a responsabilidade objetiva deve ser aplicada à pessoa jurídica privada em relação aos atos praticados perante os órgãos e agentes do Estado que tenham causado danos à Administração Pública. Portanto, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica privada está relacionada a um resultado lesivo específico, determinado ou ao menos determinável, sendo que um resultado insatisfatório à Administração Pública sem que haja o caráter lesivo não acarretará a responsabilidade sem culpa.

### **3. A responsabilidade dos dirigentes ou administradores da pessoa jurídica em razão dos atos lesivos causados à Administração Pública**

A lei 12.846/13, em seu art. 3º, expressamente dispõe que dirigentes e administradores que tenham concorrido para o ilícito praticado serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade, isto é, somente serão responsabilizados se restar comprovado que agiram com culpa ou dolo no ato lesivo praticado contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

Com efeito, válida a transcrição do mencionado art. 3º:

“A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

(3) Dipp, Gilson; Castilho, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 31.

§ 1º: A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*.

§ 2º: Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida de sua culpabilidade”.

Destarte, enquanto a pessoa jurídica é responsabilizada objetivamente pelos atos ilícitos praticados, seus dirigentes e administradores terão suas condutas analisadas sob o prisma da responsabilidade subjetiva.

Não se pode olvidar que o alicerce da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro ainda demanda a prova da culpa, apesar de todas as modificações ocorridas nos últimos tempos, em que imperam o campo das relações humanas massificadas e o desenvolvimento de atividades intrínsecas de risco, cuja objetivação da responsabilidade se tornou necessária.

A responsabilidade civil subjetiva resulta do descumprimento de uma obrigação ou da violação de direitos alheios com a comprovação da culpa genérica, a qual abrange o dolo e a culpa em sentido estrito.

Vê-se, pois, que a culpa é um erro de conduta, imputável ao agente que atingiu e violou direitos de terceiros, nos moldes do que estabelece o art. 186 do Código Civil ao definir o ato ilícito.

Nos dias atuais, verifica-se uma grande inovação no que se refere ao significado puramente subjetivo ou psicológico da culpa preponderante durante séculos. É possível notar hoje em dia um significado mais objetivo ou normativo da culpa, sendo ela analisada a partir de elementos externos e sociais,

ou seja, considerada como um desvio a certo padrão de conduta objetivamente considerado.

De toda forma, temos que a responsabilidade civil subjetiva é um dever sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Assim, sem a violação a um dever jurídico preexistente, não há que se falar em responsabilidade civil.

No âmbito da Administração Pública, o dever jurídico imposto aos agentes consiste na obrigação de atuação proba, transparente, nos estritos parâmetros da legalidade. O descumprimento de tal dever pelos sócios, cotistas e partícipes efetivamente envolvidos nos atos de corrupção gera o dever de indenizar.

Nesta seara, importante destacar que não é qualquer sócio que deve ser responsabilizado pessoalmente. O sócio investidor, que não detém poder de administração, limitando-se a ter participação nas cotas da sociedade empresarial, não poderá ser responsabilizado diante da ausência de descumprimento de dever jurídico. Não se exige dele uma atuação transparente e proba na administração da empresa, exatamente porque não detém poderes de administração, não possuindo qualquer ingerência na realização de contratos com a Administração Pública.

Nessa linha de intelecção, se o sócio cotista ou investidor não estiver efetivamente envolvido na atuação para obtenção do resultado ilícito, exclui-se a sua responsabilidade individual, em razão da ausência total do elemento culpa.

Sob este enfoque, válida a transcrição dos ensinamentos de Gilson Dipp e Manoel L. Volkmer de Castilho:



“O que precisa ficar bem revelado, entretanto, é a relação real da pessoa física com o resultado ilícito ou lesivo, na mesma linha da jurisprudência cada vez mais insistente em reconhecê-la (no que respeita à imputação administrativa e criminal tributário-fiscal) apenas aos sócios, cotistas, partícipes ou administradores *efetivamente* envolvidos e não indistintamente todos os diretores, inclusive técnicos ou diretores com função apenas na produção ou operação”.<sup>(4)</sup>

A ingerência do agente em relação à tomada de decisões na empresa ou sua efetiva participação do evento lesivo são elementos fundamentais para a responsabilidade civil individual de gestores, administradores, sócios, cotistas ou até mesmo de terceiros que venham a se beneficiar do resultado ilícito.

#### **4. A responsabilidade civil de da pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito**

Em se considerando a responsabilidade individual estabelecida no art. 3º da Lei 12.846/13, o legislador foi enfático ao determinar que não apenas dirigentes ou gestores empresariais podem sofrer as sanções legais, mas também, qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

Assim, é possível afirmar que não é necessário comprovar vínculo formal, com caráter permanente ou temporário, da pessoa natural em relação à pessoa jurídica. Não tem amparo legal a exigência de demonstração de relação jurídica formal entre a empresa e o agente responsável pelo ato ilícito, o qual pode ser até mesmo um terceiro sem qualquer espécie de vin-

(4) DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34.

culação, que tenha se beneficiado do ato lesivo.

No que se refere à responsabilidade individual da pessoa natural, diferentemente do artigos 932, inciso III e do 933 do Código Civil Brasileiro e também do art. 165 do Código Civil Português, os quais exigem um vínculo de subordinação para a responsabilidade civil do empregador ou comitente para os atos praticados por seus empregados, serviçais ou prepostos, a Lei 12.846/13, naquilo que se denomina de “responsabilidade civil por fato de terceiro”, não exige qualquer espécie de vínculo de preposição ou subordinação, facilitando o sistema de responsabilidade civil.<sup>(5)</sup>

A pessoa jurídica responderá objetivamente pelos atos de terceiros que não tenham com ela qualquer vínculo jurídico formal, empregatício ou ainda qualquer relação de subordinação de fato. A pessoa natural, da mesma forma, se responsabilizará civilmente e individualmente, desde que atue no interesse ou benefício, exclusivo ou não, da pessoa jurídica.

Importante destacar, ainda, que também não foi considerada pelo legislador a natureza da atividade desempenhada pela pessoa natural, relativamente à estrutura organizacional ou institucional da pessoa jurídica.

Portanto, independe para a responsabilização da pessoa física a natureza da atividade que desempenha na pessoa jurídica, podendo ser apenas um colaborador, um intermediário,

---

(5) Art. 932 do Código Civil de 2002: “São também responsáveis pela reparação civil: III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

Art. 933 do Código Civil de 2002: “Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Art. 165 do Código Civil Português: “As pessoas colectivas respondem civilmente pelos actos ou omissões dos seus representantes, agentes ou mandatários nos mesmos termos em que os comitentes respondem pelos actos ou omissões dos seus comissários”.

ou ainda um terceiro sem uma função pré-definida na estrutura corporativa, mas que agiu de forma culposa para a obtenção do proveito.<sup>(6)</sup>

Nessa linha, a responsabilidade civil individual de pessoas naturais pode atingir dirigentes empresariais, administradores de fato ou de direito, prepostos, empregados, sócios, acionistas, terceiros intermediários ou simplesmente meros interessados, sem qualquer poder de representação.

Não se pode olvidar, porém, que a responsabilidade civil individual de cada um dos participantes dos atos de corrupção deve ser apurada na medida da culpabilidade de cada um, devendo haver uma proporcionalidade entre o grau de culpa e a extensão da responsabilização.

Outro ponto que merece destaque é que sendo a conduta praticada por terceiros que não sejam representantes legais ou administradores da pessoa jurídica infratora, o critério legal de imputação não exige a comprovação do prévio conhecimento ou da autorização específica da direção da pessoa jurídica para a prática do ato.

Por isso, haverá a deflagração das consequências legais ainda que a pessoa jurídica desconheça o ato lesivo praticado pela pessoa natural. Tal raciocínio deve ser aplicado se a conduta for praticada por sócios, administradores, acionistas, empregados, prepostos e também se a pessoa natural não estiver em nenhuma dessas posições, sendo um terceiro que atuou no interesse e no benefício da pessoa jurídica.

---

(6) OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 3º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 31.

## 5. Da independência entre a responsabilização da pessoa jurídica e da pessoa natural e entre os diversos sistemas de responsabilização

O art. 3º não enumera nenhuma ordem de preferência ou precedência de responsabilização da pessoa jurídica em relação à pessoa natural. Da mesma forma, não há qualquer ordem de dependência ou prejudicialidade entre os dois sistemas de responsabilização.

Por isso, não há base legal para a suspensão da responsabilização de pessoas naturais sob o fundamento de que há necessidade de se aguardar o julgamento da pessoa jurídica e vice-versa.

É certo, também, que dentre os diversos sistemas de responsabilidade (civil, penal, administrativa) não há relação de prejudicialidade ou dependência. Não há qualquer restrição legal no sentido da responsabilidade civil da pessoa jurídica ou da pessoa natural exigir a prévia condenação criminal, até porque os pressupostos para a configuração do ilícito civil e penal em muitos casos podem divergir.

De acordo com o art. 935 do Código Civil, “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

Muito embora a responsabilidade civil e a responsabilidade penal não se confundam, atendendo a finalidades diversas e se fundamentando em pressupostos distintos, é inegável que a condenação criminal representa um grande passo para a

responsabilização civil do causador do dano, pois a existência do fato e a sua autoria não poderão mais ser discutidas pelo juízo cível.

A mesma conclusão se chega em relação ao processo administrativo de responsabilização. Uma condenação na esfera administrativa torna a ação de responsabilidade civil da pessoa jurídica ou da pessoa física muito mais fácil, apesar de não se tratar de pressuposto necessário.

## 6. Do perdimento de bens, direitos e valores

O art. 19 da Lei 12.846/13 dispõe expressamente que em razão da prática dos atos de corrupção, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como o Ministério Público poderão ajuizar ação com vistas à aplicação de múltiplas sanções, dentre elas, o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.<sup>(7)</sup>

(7) Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

Neste aspecto, importante observar que ao prever a perda de bens, direitos ou valores, o dispositivo em análise deixa claro também o direito de reparação do lesado, bem como de eventual terceiro de boa-fé que tenha sido atingido pela prática lesiva.

Assim, o infrator poderá perder bens e valores e ainda ter que indenizar integralmente em razão do dano causado, sem prejuízo da condenação ao pagamento de eventual multa administrativa.

Todas as sanções do art. 19 da Lei 12.846/13 podem ser aplicadas cumulativamente, fazendo com que a condenação na reparação civil não seja óbice para as demais consequências cabíveis.

Porém, não obstante a cumulatividade expressa em lei, há de se ter cautela na aplicação das sanções sob pena de se afrontar ao princípio geral que veda o *bis in idem*, inclusive no que se refere a outras legislações, como a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

Este é, inclusive, o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao comentar o art. 30 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92):

“Apesar da redação do dispositivo, quer-me parecer que a cumulatividade de sanções deve ser recebida com muita cautela, para evitar a afronta ao princípio geral de direito que veda o *bis in idem*, ou seja, a dupla punição pelo mesmo fato”.<sup>(8)</sup>

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

(8) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao art. 19. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Lei

De toda a forma, a responsabilidade é guiada pelo princípio da reparação integral, devendo a indenização abranger todos os danos causados à Administração Pública. Para a garantia da indenização, o Ministério Público, a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial poderão requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários (art. 19, § 4º da Lei 12.846/13).

### Notas conclusivas

A Lei 12.846/13 veio para suprir uma lacuna legislativa existente no nosso sistema jurídico interno, no que tange ao combate à corrupção, compromisso assumido pelo Brasil na Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (2003) e na Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (1996).

Assim, o grande objetivo da Lei 12.846/13 foi criar mecanismos internos mais efetivos de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas e naturais que praticam atos ilícitos em desfavor da Administração Pública nacional ou estrangeira.

Em relação à responsabilidade civil, o novo sistema prevê expressamente a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção, sem deixar de seguir também a linha norte-americana voltada à busca concomitante da responsabilidade individual das pessoas naturais autoras, coautoras e partícipes do ato lesivo.

No duplo sistema de responsabilidade civil, não precisa haver prévia responsabilização da pessoa jurídica como condição para a aplicação das sanções às pessoas naturais.

*Anticorrupção comentada*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 254.

Assim, a instauração, instrução, deliberação e finalização do processo administrativo de responsabilização da pessoa jurídica ou mesmo do processo judicial por ela sofrido não tem efeitos jurídicos para a aplicação das sanções individuais.

A lei anticorrupção também não cria nenhuma ordem de preferência ou precedência de responsabilização, nem tampouco qualquer ordem de dependência ou prejudicialidade entre os sistemas de responsabilização.

Importante concluir, outrossim, o caráter ampliativo da responsabilidade individual da pessoa natural por atos de corrupção. Conforme vimos, o sistema admite que não apenas administradores ou gestores empresariais sejam individualmente responsabilizados, mas também prepostos, empregados, sócios, cotistas, acionistas, terceiros intermediários ou interessados que agiram no interesse próprio ou da pessoa jurídica, independentemente de qualquer vínculo formal de subordinação.

Em todos os casos de responsabilidade civil individual, a medida da culpabilidade do agente deve ser aferida, devendo a condenação indenizatória ser proporcional à participação do agente no dano causado à Administração Pública.

Por todos esses aspectos, apesar dos diversos problemas relacionados à regulamentação e aplicação da Lei 12.846/13, concluímos que ela trouxe um avanço significativo para o campo da responsabilidade civil por atos de corrupção, o que se pode notar por meio da amplitude por ela conferida aos mecanismos de reparação, pela maior abrangência de agentes responsáveis e pela ampliação dos órgãos com atribuição para o ajuizamento das ações indenizatórias.



## Referências Bibliográficas

- BARROS, Zanon de Paula. Questões atinentes à chamada Lei Anticorrupção. *In: Revista de Direito Empresarial*. v. 2/2014, p. 257 - 265, Mar - Abr/2014.
- CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei 12.846/2013 - Lei anticorrupção. *In: Revista Digital de Direito Administrativo*. v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao art. 19. *In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Lei Anticorrupção comentada*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. Comentários sobre a Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Panorama Crítico da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13). *In: Revista dos Tribunais*. v. 947/2014, p. 25 - 35, Set. 2014.
- FILHO, Napoleão Casado. Uma revolução silenciosa: lei anticorrupção e a governança empresarial. *In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 72/2016, p. 249 - 258, Abr - Jun / 2016.
- JUNIOR, Eloy P. Lemos; RIBEIRO, Maria de Fatima; FÉRES, Marcelo Andrade. *Direito Empresarial I*. Florianópolis: CONPE-DI, 2015.
- NOHARA, Irene Patrícia. Comentários ao art. 8º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 3º. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SOBRINHO, Jorge Hage. Lei 12.846/2013: Lei da Empresa Limpa. *In: Revista dos Tribunais*. Vol. 947/2014, p. 37 - 55, set/2014.

# A Lei Anticorrupção no direito administrativo brasileiro

ANTONIO CECILIO MOREIRA PIRES\*

LILIAN REGINA GABRIEL MOREIRA PIRES\*\*

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo discutir os aspectos administrativos da Lei Anticorrupção. Para tanto, partimos da noção do Estado Democrático de Direito, e do princípio da legalidade, perpassando pelos instrumentais de combate à corrupção previstos na Constituição Federal Brasileira. A par de tudo isso, tecemos algumas considerações acerca do princípio da moralidade administrativa, como sustentáculo para o desenvolvimento de políticas públicas com vistas a coibir a corrupção, até chegarmos, finalmente, ao exame da Lei nº 12.846/13.

**Palavras chaves:** Controle. Moralidade. Políticas Públicas. Anticorrupção.

**Abstract:** The purpose of this article is to discuss the administrative aspects of the Anti - Corruption Law. For this, we start with the notion of the Democratic State of Law, and of the principle of legality, going through the anti-corruption instruments provided for in the Brazilian Federal Constitution. Along with all this, we have made some considerations about the principle of administrative

---

\* Antonio Cecilio Moreira Pires, advogado e consultor jurídico em São Paulo, doutor e mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, professor de direito administrativo, coordenador adjunto de graduação e chefe do núcleo temático de direito público da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

\* Lilian Regina Gabriel Moreira Pires, advogada, assessora na Secretaria de Transportes Metropolitanos do Governo do Estado de São Paulo, professora de direito administrativo e urbanístico, coordenador do programa Mackcidades da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

morality, as a basis for the development of public policies to curb corruption, until we finally come to examine Law 12.846 / 13.

**Key words:** Control. Morality. Public policy. Anti-corruption.

## 1. Introdução

A instituição do Estado Democrático de Direito veio a submeter a todos à vontade da Lei e à vontade do povo, não podendo se constituir em uma expressão vazia e desprovida de significado prático.

Evidentemente, a inobservância da Lei deve ensejar a aplicação de sanções, mas, ao mesmo tempo, é dever do Poder Público instituir políticas públicas, voltadas a coibir a prática da inadmissível corrupção que assola a Administração Pública brasileira, concretizando o princípio da moralidade.

Decorrente disso, veio a Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013 estabelecer a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas, ainda que a sua edição tenha acontecido em um ambiente de pressões políticas, sociais e midiáticas.

Registramos, por último, que não tivemos por objetivo esgotar a questão, mas, tão somente, trazer à discussão alguns pontos que entendemos de relevância no contexto do direito administrativo.

## 2. O Estado democrático de direito e o princípio da legalidade

A Constituição de 1988, denominada de Constituição Cidadã, já em seu art. 1º determina que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, constituindo-se um Estado Democrático de Direito, pelo que todo o poder emana do povo.

Disto deflui, que a Constituição determinou que o Brasil deve se submeter a normas de caráter democrático, exigindo,

assim, eleições livres realizadas pelo povo, bem como o respeito aos direitos fundamentais.

Em que pese os diversos aspectos pelos quais o Estado Democrático de Direito pode ser focado, não podemos deixar de registrar que todos, inclusive os nossos governantes, devem respeito ao princípio da legalidade. Claro está, entretanto, que o princípio da legalidade não pode ser entendido de forma acanhada e restrita, no sentido de que o administrador só pode fazer aquilo que a lei prevê. Ao contrário, o princípio da legalidade deve ser entendido de forma ampla exigindo do Administrador a obediência ao Direito. Entenda-se por direito todo o arcabouço constituído pela Constituição, Leis infraconstitucionais, princípios, jurisprudência e doutrina.

Diga-se de passagem, aliás, que sociedade brasileira, mais do que em boa hora, cobra de nossos governantes a subsunção aos padrões de ética e moralidade, tendo em vista as inúmeras decepções com os nossos parlamentares e dirigentes de modo geral.

Nesse sentido, a corrupção, tão arraigada na Administração Pública Brasileira, não pode ser tolerada, exigindo a execução de adequadas políticas públicas, de modo a combatê-la, seja em seu aspecto preventivo, seja em seu aspecto repressivo.

### **3. A Constituição Federal e a corrupção: formas de controle**

Discorrer sobre o controle preventivo da corrupção impõe, em um primeiro momento, discorrer sobre os ditos poderes da

Administração Pública brasileira, de modo a gizar os seus contornos jurídicos.

Para tanto, considere-se que o controle preventivo da corrupção se constitui em um dos mais sobranceiros interesses públicos, na medida em que a Administração não pode se furtar a tomar as providências necessárias para extirpar esta indesejável mácula.

Ora, se o interesse público é de natureza indisponível, fácil é inferir que os poderes da Administração Pública devem ser diuturnamente exercitados com o fim de coibir a corrupção. Logo, os ditos poderes administrativos se constituem em um verdadeiro dever da Administração, pelo que muito mais certo é falar em função administrativa que, segundo Lúcia Valle Figueiredo consiste em um dever do Estado, com vistas à concreção das finalidades públicas.<sup>(1)</sup>

Impende considerar que o legislador constitucional gizou as formas de controle da Administração Pública, trazendo em seu art. 70 e 74, as competências do Tribunal de Contas, órgão auxiliar do Poder Legislativo, a quem cabe a fiscalização contábil, financeira operacional e patrimonial da Administração Pública.

De sua vez, temos ainda o Poder Judiciário que, nos termos do art. 5º, inciso XXXV de nossa Lei Fundamental dispõe que a lei não excluirá a apreciação judicial de lesão ou ameaça de lesão.

Destafeita, órgãos de controle preventivo e repressivo não faltam, mas o que se busca, cada vez mais nos últimos anos,

---

(1) FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de direito administrativo. 9ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34

é a efetividade do controle da Administração Pública direta e indireta, das Organizações Sociais, das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e também das concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

Nesse sentido, cumpre-nos deixar claro, curialmente claro, que a Administração não pode se furtar de executar o controle devido, eis que se trata de função administrativa de caráter inarredável, constituído, portanto, em um dever.

#### **4. O princípio da moralidade como sustentáculo de uma política pública de combate à corrupção.**

Discorrer sobre o princípio da moralidade não é tarefa simples, eis que, a olhos vistos, se constitui em um conceito plurissignificativo, isso sem falar das modelagens que procuram explicar a relação existente entre o direito e a moral.<sup>(2)</sup>

De qualquer sorte, para o direito administrativo o princípio da moralidade administrativa, como já dito anteriormente, deve ser interpretado no contexto do Estado Democrático de Direito.

Deveras, os princípios insculpidos no art. 37 "caput" da Constituição Federal, dentre os quais figura a moralidade administrativa, tem como referencial a consecução da finalidade pública.

(2) Thiago Marrara ensina que o "modelo apresenta o direito como um subcampo da moral, de modo que a norma jurídica é norma moral, ainda que o inverso nem sempre seja verdadeiro. O segundo aponta o direito como um campo que engloba a moral, de modo que toda norma moral seria resultante de uma norma jurídica, mas o inverso nem sempre seria verdadeiro. O terceiro entende o campo moral e o campo jurídico como círculos secantes, ou seja, dois campos que se interpenetram. Seguindo esta concepção, haveria normas jurídicas morais e normas jurídicas amorais, ou seja, normas jurídicas que estariam fora do círculo moral e, em alguns casos, negariam os padrões morais, se sorte a constituir verdadeiras normas jurídicas imorais". (Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. Thiago Marrara organizador, São Paulo: Atlas, 2012, p.160.

Em outro dizer, a ideia central do princípio da moralidade administrativa converge para a ideia de dever da boa administração, na medida em que, genericamente, o que se busca é a consecução do interesse público inserto na norma.<sup>(3)</sup>

Dessume-se, portanto, que o princípio da moralidade exige não só o atendimento ao princípio da legalidade, mas antes de tudo exige a legitimidade como elementos indissociável da atividade administrativa, apartando, desde logo o desvio de poder. Thiago Marrara muito bem observa:

Nesse contexto, a moralidade administrativa consiste em uma garantia da constante legitimação da vontade estatal e, não por outra razão, está vinculada ao conceito de desvio de poder ou desvio de finalidade. O exercício justo, correto e adequado do poder estatal pelas autoridades públicas é pressuposto para que o Poder Público obtenha um mínimo de aceitação por parte da sociedade que ele representa e para a qual ele existe.<sup>(4)</sup>

Extrai-se da lição sobredita que o não atendimento ao princípio da moralidade, e por consequência o não atendimento à finalidade pública, torna o ato ilícito e ilegítimo, gerando o descontentamento da sociedade.

As considerações sobrefaladas levam-nos a afirmar que as lições do grande publicista francês, Maurice Hariou, embora proferidas nas primeiras décadas do século XX revelam-se extremamente atuais:

(3) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. 3ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.72.

(4) MARRARA, Thiago. Ob. cit. p. 163.



Quanto à moralidade administrativa, sua existência provem de tudo que possui uma conduta prática, forçosamente da distinção do bem e do mal. Como a Administração tem uma conduta, ela pratica esta distinção ao mesmo tempo que aquela do justo e do injusto, do lícito e do ilícito, do honorável e do desonorável, do conveniente e do inconveniente. A moralidade administrativa é frequentemente mais exigente que a legalidade. Veremos que a instituição do excesso de poder, graças à qual são anulados muitos atos da Administração, é fundada tanto na noção de moralidade administrativa quanto na legalidade, de tal sorte que a Administração é ligada, em certa medida, pela moral jurídica, particularmente no que concerne ao desvio de poder.<sup>(5)</sup>

Não podemos deixar de anotar que, no Brasil, por força da Constituição Federal - art. 37, caput - o princípio da moralidade veio a vincular a atuação da Administração Pública, sendo, assim, vetor da função administrativa.

Entretanto, e acompanhando as lições de Marcio Cammarosano, o princípio constitucional da moralidade administrativa não tem por destinatário apenas o Poder Executivo, mas sua validade se espraia, inclusive, para a função legislativa.<sup>(6)</sup>

Dito isso, fácil é concluir que normas editadas em dissonância com o princípio da moralidade administrativa devem ser consideradas inconstitucionais. Todavia, ousamos ir mais longe. Em nosso sentir, o direito não pode se afastar da realidade, pelo que, em razão da arraigada corrupção que, há muito, assola a Administração Pública brasileira, o princípio da moralidade administrativa determina a adoção de políticas públicas capazes de debelar esta macula inaceitável.

(5) HARIOU, Maurice. Droit administratif e droit Public. 11ª ed. Sirey, 1927, pp. 346/347 - tradução livre.

(6) CAMMAROSANO, Marcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Belo Horizonte: Forum, 2006, p. 63.

## 4.1. As políticas públicas de combate á corrupção

Diversos são os conceitos possíveis de políticas públicas. Nesse passo, necessário se faz perpassar pelos diversos apontamentos ofertados pela literatura.

No campo jurídico, Maria Paula Dallari Bucci ensina que política pública se constitui em um programa governamental resultante de um conjunto de processos necessariamente regulados, com vista a coordenar os meios à disposição do Estado e da iniciativa privada, para a concretização de objetivos considerados socialmente relevantes.<sup>(7)</sup>

Veja-se ainda, que não é só no campo do direito que o estudo das políticas públicas se faz presente. Na seara da sociologia, política pública é o campo do conhecimento que tem por objetivo colocar o governo em ação, e se necessário promover mudanças no curso das ações intentadas pelo Poder Público.<sup>(8)</sup>

Extrapolando o campo da conceituação interessante são as ponderações ofertadas por Leonel Ohlweiler:

Hodiernamente, cada vez mais, constrói-se um imaginário segundo o qual no âmbito de um Estado Democrático de Direito é plenamente possível controlar tais políticas públicas, relativamente à sua procedimentalização e ao próprio conteúdo da decisão adotada pelo agente público. Outro aspecto para bem dimensionar a importância das políticas públicas reside no critério de legitimidade das ações do gestor. Qualquer ação administrativa há de acontecer dentro de um específico horizonte de sentido. O agir cotidiano da Administração não se dá no campo dos uni-

(7) BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

(8) SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologia, Porto Alegre, Ano 8 n° 16, p. 26. <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>

versais, mas a partir de um dado conjunto de pré-compreensões abertas pelo administrador e a diversidade de tradições nas quais está inserido. Logo, as políticas públicas democráticas podem funcionar como uma espécie de teto hermenêutico das práticas administrativas, um conjunto de programas de ação previamente indicados e capazes de abrir novas possibilidades de ser. As políticas públicas não serão aqui consideradas como um conjunto de elementos abstratos a serem utilizados para acoplarem-se aos casos concretos, mas sim como amálgama de sentido que cria uma interface entre o universal e o particular, orientado pelo horizonte de tradições democráticas.<sup>(9)</sup>

Ainda que possamos colacionar os mais diversos entendimentos acerca da conceituação de políticas públicas, é possível identificar um núcleo comum: as políticas públicas, de uma maneira ou de outra, se constituem em ações concretas do poder público, com metas predeterminadas, que podem sofrer variações durante o seu processo concretizador.

Assim, no que diz respeito à corrupção, e não é demais repetir, surge a lei anticorrupção – Lei 12.846/13 – como instrumental para a concretização de uma política pública que tem por objeto coibir práticas corruptivas.

É evidente que a política pública de coibir práticas anticorruptivas não se esgota com a edição da legislação sobre dita. O que se espera da Administração Pública são medidas austeras na implementação da atividade administrativa, isso sem falar da necessária mudança de cultura, a se iniciar com o treinamento dos servidores públicos qualificando-os para o exercício de uma administração pública gerencial pautada

---

(9) OHLWEILER, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas desafios do direito administrativo moderno, pp. 271/272 <http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/viewFile/14868/8423>

pela organização, qualidade e, principalmente, pela legitimidade dos atos administrativos, acompanhada por eficientes mecanismos de controle, sustentados por órgãos corregedores imparciais e, ainda, em obediência ao Estado Democrático de Direito, permitir o acesso do cidadão na construção da vontade administrativa.

## **5. Uma breve crítica à Lei Anticorrupção - Lei 12.846/13**

Com efeito, em 1º de agosto de 2013 foi publicada a Lei nº 12.846, mais conhecida como Lei Anticorrupção, que veio a dispor sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, que ficou conhecida como lei anticorrupção.

Infelizmente, não podemos deixar de registrar que o momento no qual a Lei foi editada não se revelava o melhor, posto que o Brasil encontrava-se, e ainda se encontra, em um contexto pontilhado pela instabilidade política e com inserções midiáticas que, certamente, vieram a comprometer o trabalho legislativo, resultando em um instrumental de difícil aplicação.

Importa dizer que não é de hoje que os compromissos internacionais exigem a adoção de combate à corrupção, notadamente no que diz respeito à Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, firmada pelo Brasil no ano de 1997, com ratificação realizada em 2000.

A para disso, também não podemos deixar de lembrar que em razão das práticas anticorruptivas assolarem diversos países, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, que foi aprovada pelo Brasil pela edição do Decreto nº 5.687/06.

Portanto, há muito o Brasil Poderia ter iniciado os trabalhos legislativos para a edição de uma legislação mais adequada.

## **6. A questão da responsabilidade civil e administrativa na Lei Anticorrupção**

Despiciendas maiores considerações para se concluir que a Lei Anticorrupção tem por objetivo a aplicação de sanção às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, por expressa disposição do art. 1º, parágrafo único da legislação em comento.

De sua vez, os art. 1º e 2º da Lei Anticorrupção traz em seu bojo, de forma cristalina, a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, pela prática de atos tidos como ilícitos. *Pari passu*, a Lei também não exclui a responsabilidade individual dos dirigentes, administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe da ilicitude, nos termos do art. 3º.

Calha aqui, por pertinente, lembrar que a responsabilidade objetiva exige o nexo causal entre o comportamento da pessoa jurídica e o dano experimentado pela vítima. Veja-se que, à luz do diploma legal anticorruptivo, encontra-se bastante claro que a prática do ato dito lesivo exige que seja praticado no interesse da pessoa jurídica, ou, ainda, em seu benefício, que pode ser de forma exclusiva ou não.

Entenda-se por ato lesivo todos aqueles contemplados no rol estatuído pelo art. 5º da Lei Anticorrupção.<sup>(10)</sup>

De todo modo, não podemos deixar de assinalar que a responsabilidade objetiva decorre da não observância de um dever imposto pela norma ou mesmo por um contrato, pelo que exsurge o elemento subjetivo de caráter reprovável.

---

(10) Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Nesse sentido, já afirmamos em nossa obra “A desconsideração da personalidade jurídica nas contratações públicas” que a aplicação de sanção administrativa tem como requisito a configuração do elemento volitivo, que é inerente ao regime sancionador que também se submete aos princípios do processo penal. Disto decorre que sancionar quem quer seja, sem a presença do elemento volitivo, em última análise, desborda do Estado Democrático de Direito.<sup>(11)</sup>

## **7. As sanções administrativas na Lei anticorrupção**

As sanções administrativas estão dispostas no art. 6º da Lei nº 12.846/13, e serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos considerados lesivos, nos termos da legislação anticorruptiva. Destarte, ficou estabelecida a multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e, também a publicação extraordinária da decisão condenatória.

Alem disso, na hipótese de não ser possível utilizar o critério do faturamento bruto da pessoa jurídica a multa será de R\$6.000,00 (seis mil reais) a R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Aspecto que deve ser considerado é a discricionariedade existente na aplicação da pena de multa. Ainda que a questão

---

(11) PIRES. Antonio Cecilio Moreira. A desconsideração da personalidade jurídica nas contratações públicas. São Paulo: Atlas, 2014, p. 159.

da discricionariedade tenha sido amplamente discutida, no sentido de se entender que não se trata de ampla liberdade de opção, mas apenas uma margem de liberdade de escolha para o Administrador<sup>(12)</sup>, vale lembrar que a sanção pecuniária deverá ocorrer conforme o caso em concreto, e, por óbvio, sem nenhum caráter confiscatório, sob pena de se comprometer a função social da empresa.

Por outro lado, a multa também não pode ter um valor ínfimo pois isso descaracterizaria o caráter aflagrante da sanção. É preciso, pois, que o arbitramento do valor atenda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que, se não observados, comprometerá a legalidade do ato administrativo punitivo.

Nesse sentido não há como penalizar sem se verificar o grau de culpabilidade do agente, que deverá acontecer mediante a instauração de regular processo administrativo, obedecido o contraditório e ampla defesa.

Quanto à publicação extraordinária da decisão condenatória o seu objetivo é dar conhecimento à sociedade civil da aplicação da sanção

---

(12) Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello: "Discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios considerados razoáveis, um, dentre, pelo menos dois comportamentos cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quadro, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente." (Curso de direito administrativo. 27ª ed. revista, atualizada até a Emenda Constitucional 64 de 4.2.2010. São Paulo: Atlas, 2010, p. 973).



## **8. A competência para aplicação da sanção administrativa e seus aspectos procedimentais**

A questão da competência para instauração e julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa, sendo admitida a delegação e vedada a subdelegação, nos termos do art. 8º do diploma legal anticorrupção.

Em se tratando do Poder Executivo federal, a Lei assinala em seu § 2º, do art. 8º a competência concorrente de Controladoria Geral da União - CGU - para a instauração do processo administrativo de responsabilização, podendo ainda avocar processos para verificação de sua regularidade ou para que se prova a sua devida correção.

Sobremais, no que diz respeito ao julgamento propriamente dito, deverá ser criada comissão para o cumprimento desse desiderato, e composta por dois ou mais servidores estáveis, nos moldes preconizados pelo art. 10 da Lei Anticorrupção, com vistas a garantir, em nosso entender, a independência e imparcialidade.

Por óbvio, os poderes da Comissão de Julgamento são de caráter meramente administrativo, e, portanto, desprovidos de coerção, razão pela qual o § 1º do art. 10 estabelece a possibilidade da comissão requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e processamento das infrações, inclusive no que diz respeito à busca e apreensão.

Ainda no que diz respeito ao processo administrativo para apuração da responsabilidade, a comissão poderá, em caráter cautelar, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.

Vale assinalar, por oportuno, que a medida cautelar, com vistas a suspender os efeitos do ato ou processo objeto da investigação, depende de juízo de valor da comissão, que deve, ao examinar o caso, verificar a existência de potencial dano na continuidade do ato ou processo inquinado de ilícito, mediante parecer detalhado e circunstanciado, em obediência ao princípio da motivação.

Em outro giro, a comissão deverá avaliar a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, como muito bem anota Vicente Grecco Filho e João Daniela Rassi.<sup>(13)</sup>

Averbe-se que o prazo para a conclusão do processo será de cento e oitenta dias, contados da data da publicação do ato instituidor da comissão, nos termos do art. 10, § 3º da Lei anticorrupção, com possibilidade de prorrogação, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora, § 4º, do precitado dispositivo legal.

Ao final da instrução probatória deverá a comissão encaminhar relatório sobre os fatos apurados, concluindo pela eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo, ainda, de forma motivada, a aplicação da sanção, quando for o caso.

Cumpre-nos, no entanto, mencionar, por pertinente, que o diploma legal em comento não traz qualquer disposição no

---

(13) GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013). Atualizado de acordo com o Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 177.

sentido de submeter o relatório final da Comissão ao crivo do indiciado, em nítida ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa, eis que nenhum parecer, documento ou relatório pode ser subtraído do conhecimento daquele que responde a processo administrativo.

É de se concluir que em se tratando do relatório final da comissão, que se constitui na peça da mais relevante importância, eis que ali se encontram os motivos que estão a ensejar a eventual responsabilização e consequente pena, é de se concluir que antes do encaminhamento à autoridade competente, o interessado deveria conhecer o seu conteúdo, ofertando as suas alegações finais, sem prejuízo do seu prazo de defesa, de trinta dias, contados de sua intimação, nos termos do art. 11 da Lei anticorrupção.

Afora parte a questão da aplicação da sanção, o art. 13 prevê a instauração de processo administrativo específico de reparação de dano, sem prejuízo da aplicação das sanções, sendo possível, inclusive, apurar a participação de outras pessoas, não sujeitas às sanções estabelecidas na legislação de regência da anticorrupção. Nesse passo, Vicente Grecco Filho e João Daniela Rassi observam:

No caso de o ato lesivo previsto na Lei causar dano ao patrimônio público, pode (aliás deve) ser instaurado procedimento administrativo para instruir a ação judicial reparatória contra os responsáveis, procedimento esse em que se apurarão, além do montante dos danos, pelo menos em caráter preliminar, quais os responsáveis, que poderão ser pessoas não sujeitas às sanções da Lei, como por exemplo, o funcionário corrompido, além da pessoa jurídica acusada no procedimento administrativo

sancionatório contra o funcionário e outros com finalidade recompor a regularidade administrativa, quando necessário, além da iniciativa e competência do Tribunal de Contas.<sup>(14)</sup>

Após a conclusão acerca do valor devido a título de reparação do dano, na hipótese de não pagamento, o valor será inscrito na dívida ativa da fazenda pública, e cobrado judicialmente.

## 9. A desconsideração da personalidade jurídica na Lei nº 12.846/13

A desconsideração da personalidade jurídica vem disciplinada no art. 14 da Lei, e poderá ocorrer em face de abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos 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.

Não podemos deixar de registrar que esta é a primeira vez que se disciplina a desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa, permitindo que a Administração chegue na figura daquele que efetivamente é o responsável pela prática da ilicitude, estendendo os efeitos das sanções aos administradores e sócios com poderes de administração.

Trata-se de medida excepcional que somente deve ser concretizada nos estritos termos dos requisitos estabelecidos pelo art. 14 precitado.

(14) GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel Ob. cit. 181.

## 10. Conclusão

Estado Democrático de Direito e princípio da moralidade administrativa não podem ser tidos como conceitos desprovidos de eficácia. Em verdade, devem nortear toda a atividade administrativa, que deve ser concretizado de acordo com o Direito, exigindo, ainda, a instituição de políticas públicas capazes de coibir a corrupção que assola a Administração Pública brasileira.

A Lei Anticorrupção, embora editada em momento pouco propício, veio a estabelecer severas sanções às pessoas jurídicas que cometeram ilícitos capazes de ensejar a aplicação de penalidades administrativas.

A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas ofende o Estado Democrático de Direito, posto que o exame do elemento volitivo, consistente na verificação de comportamento reprovável, é condição *sine qua non* para a aplicação da sanção administrativa.

Sem embargo de outras questões que poderiam ser suscitadas, encaminhar o relatório final para a autoridade julgadora, com a atribuição das responsabilidades e com sugestão de apenamento, sem que o indiciado tome ciência de seu conteúdo, para a oferta de alegações finas, ofende o princípio de devido processo legal em seu aspecto procedimental, pois absolutamente nada pode ser subtraído do crivo do interessado, para o correto exercício do direito de defesa.

Por derradeiro, a desconsideração da personalidade jurídica, obedecidas as condições determinadas pela legislação, é aspecto que deve ser considerado para que a pena chegue na figura daqueles que efetivamente são responsáveis pelo cometimento do ilícito.

## Bibliografia

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 27ª ed. revista, atualizada até a Emenda Constitucional 64 de 4.2.2010. São Paulo: Atlas, 2010.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMMAROSANO, Marcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de direito administrativo. 9ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013). Atualizado de acordo com o Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015. São Paulo: Saraiva, 2015.
- HARIOU, Maurice. Droit administratif e droit Public. 11ª ed. Sirey, 1927.
- MARRARA, Thiago. Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. Thiago Marrara organizador, São Paulo: Atlas, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. 3ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- OHLWEILER, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do direito administrativo moderno, <http://periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/viewFile/14868/8423>
- PIRES, Antonio Cecilio Moreira. A descon sideração da personalidade jurídica nas contratações públicas. São Paulo: Atlas, 2014.
- SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologia, Porto Alegre, Ano 8 nº 16, p. 26. <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>

