

COORDENAÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

JULIA GRACIA

ATAS

DO I CURSO SOBRE
MECANISMOS DE PREVENÇÃO
E COMBATE À CORRUPÇÃO
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA


CEDIS

CEDIS CENTRO DE I&D
SOBRE DIREITO E SOCIEDADE

ATAS

DO I CURSO SOBRE
MECANISMOS DE PREVENÇÃO
E COMBATE À CORRUPÇÃO
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

COORDENAÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

JULIA GRACIA

ATAS

DO I CURSO SOBRE
MECANISMOS DE PREVENÇÃO
E COMBATE À CORRUPÇÃO
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**ATAS DO I CURSO SOBRE MECANISMOS DE PREVENÇÃO
E COMBATE À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

COORDENAÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

JULIA GRACIA

EDIÇÃO

UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

CEDIS, CENTRO DE I & D SOBRE DIREITO E SOCIEDADE

Campus de Campolide

1099-032 Lisboa

PORTUGAL

OUTUBRO 2019

ISBN

978-989-8985-08-8

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação
são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro
qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor,
é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

Nota introdutória

Esta obra é o resultado académico do I curso sobre mecanismos de prevenção e combate à corrupção na Administração Pública, que decorreu entre 03 e 07 de setembro de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, ao abrigo de protocolo de cooperação celebrado entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ), a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro (PGE/RJ), o Tribunal de Contas do Rio de Janeiro (TCE/RJ) e a Associação da Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa (JURISNOVA).

Os artigos que agora se publicam foram elaborados por professores e por procuradores do estado do Rio de Janeiro que frequentaram o curso, e objeto de um processo de seleção e revisão levado a cabo por professores e doutorandos da Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa. Constituem contributos relevantes para o estudo da prevenção e do combate à corrupção na realidade jurídica da administração pública brasileira, que muito beneficiaram da análise de temas conexos de direito português e de direito da União Europeia durante o curso e dos debates tidos em sala de aula.

Terminamos com uma palavra de agradecimento ao Estado do Rio de Janeiro e, em especial, às chefias institucionais do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ), da Procuradoria do Estado (PGE/RJ), e do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro (TCE/RJ).

Lisboa, 15 de setembro de 2019

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO
JULIA MARIA GRACIA DE CASTRO

Brasil vs. Goliath: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance¹

Brazil vs. Goliath: thirty years of corporate criminal liability and new emerging trends in compliance

EDUARDO SAAD-DINIZ²

Resumo: Em analogia à expressão de Brandon Garrett, “Estados Unidos vs. Goliath”, esse ensaio apresenta uma abrangente compreensão da responsabilidade penal empresarial e das novas tendências em relação aos programas de *compliance* no Brasil. Propõe duas classificações didáticas: (1) uma que auxilia a compreender a evolução da responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua recepção no Brasil; e (2) outra que ajuda a conceituar os programas de *compliance* e melhor compreender os desafios que lhe são postos. Trinta anos após a primeira previsão na Constituição e 20 após a primeira – e única – legislação que prevê responsabilidade penal empresarial (Lei de crimes ambientais), infelizmente não há grandes novidades nesse campo. Críticas semelhantes são feitas sobre a lei anticorrupção, que evidencia não mais do que já era criticado por William Laufer, a reprodução do *compliance game* entre reguladores e regulados. A se pensar na inconsistência do regime regulatório e das medidas de *law enforcement*, este ensaio assume que os esforços de regulação do comportamento corporativo são assistemáticos e que Goliath não tem o que temer.

Palavras-chave: Responsabilidade penal empresarial – Compliance – Lei Anticorrupção – Regulação – Pena e sistema de sanções.

¹ Artigo originalmente publicado em *Revista dos Tribunais*, 2/2018. Agradecimentos a Julia Gracia pelo interesse na divulgação também em Portugal. Desenvolvimentos posteriores deste artigo encontram-se em SAAD-DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019; e SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

² Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e do Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo.

Abstract: By using analogically Brandon Garrett’s words “United States vs. Goliath”, this essay offers a broad comprehension of corporate criminal liability and the new emerging trends about compliance in Brazil. It proposes two didactic classifications: (1) one that helps to understand the evolution of corporate criminal liability and its reception in Brazil; and (2) other that helps to conceptualize compliance and better understand the challenges it faces. Thirty years after the first prevision in the Constitution, and twenty after the first – and unique – legislation which introduced corporate criminal liability in case of some environmental offenses, there is unfortunately nothing much new in the field. Similar criticisms are posed concerning the Brazilian antibribery law, evidencing no more than what was once criticized by William Laufer, the reproduction of a compliance game among regulators and regulated. Since the Brazilian regulatory regime and law enforcement measures are inconsistent, the essay assumes that the efforts to regulate corporate behavior are unsystematic, and there is nothing to face Goliath.

Keywords: *Corporate criminal liability – Compliance – Antibribery law – Regulation – Punishment and sanctions system.*

I. Transformações no direito penal econômico: responsabilidade penal da pessoa jurídica e *compliance*

Nas três últimas décadas, as transformações no direito penal econômico têm operado em três campos principais: (1) avanço de novas tecnologias de controle; (2) obsessão pelas estratégias de *law enforcement*, definidas por orientações abstratas de que a priorização do *enforcement* seria essencial para melhoria do ambiente ético negocial; (3) protagonismo das políticas de autoconstitucionalização, apostando no desenvolvimento de padrões sofisticados de autorregulação da atividade empresarial. Ademais das novas técnicas de investigação processual (sobretudo no que diz respeito aos meios de obtenção de prova), a mais relevante inovação dogmática foi a introdução da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil e, notadamente nos últimos cinco anos, a antecipação da punibilidade já no âmbito empresarial prenunciou o advento da nova coqueluche dos penalistas: os programas de *compliance*.

Mesmo assim, as estratégias de compreensão da teoria do delito pouco ou nada aprenderam com os avanços da criminologia corporativa das últimas três décadas. Os limites da territorialidade são frequentemente desafiados pelo caráter transnacional da criminalidade, cujo motor envolve não apenas complexas estruturas empresariais multinacionais, mas também a intermediação de *offshores*, paraísos fiscais e o recurso a novas tecnologias, como no caso das “criptomoedas” e até inteligência artificial nas estratégias de governança, risco e *compliance* (GRC).³ Sigilo e confidencialidade ainda representam verdadeiros tabus em ciências criminais,⁴ inclusive no que diz respeito à cumplicidade das corporações. O impacto da atividade empresarial vai para muito além das infrações econômicas, alcançando violações sistemáticas de direitos humanos em larga escala.⁵

Seja como for, a falta de evidências empíricas mais consistentes sobre as reais necessidades de modificações estruturais no Sistema de Justiça Criminal afeta sensivelmente a capacidade de rendimento das normas penais. Nos últimos anos, acreditou-se na efetividade da prevenção e o no potencial da intimidação como estratégia para a moralização dos costumes empresariais e políticos no Brasil. Quando se imaginava que a Ação

³ De forma muito inteligente, Bamberger identifica o “lado humano” das novas tecnologias de *compliance*, especialmente na pré-concepção cognitiva (*cognitiva bias*) dos processos de tomada de decisão (“human judgment is subject to na automation bias, which fosters a tendency to ‘disregard or not search for contradictory information in light of a computer-generated solution that is accepted as correct’. (...) Thus, the benefits of machine ‘judgment’ may come at the cost of human decision-making effectiveness, especially when the goals embodied by technology systems create tension with other powerful organizational or individual incentives” (BAMBERGER, Kenneth. *Technologies of Compliance: risk and regulation in a digital age. Texas Law Review*, v. 88, 2010. p. 711).

⁴ A verificação empírica empenhada por Gabriel Zucmán poderia ser um bom começo de uma investigação mais a sério. (ZUCMÁN, Gabriel. *La riqueza escondida de las naciones: cómo funcionan los paraísos fiscales y qué hacer con ellos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015. p. 31 e ss.)

⁵ Não é só “tamanho” da corporação o que importa. Desde Ralph Nader, já se provoca a noção de abuso de poder nas corporações: “Herbivorous dinosaurs were also huge – but weak, dumb, and helpless before predators. Our giant firms, on the other hand, have both size *and* power” (NADER, Ralph et al. *Taming the giant corporation: how the largest corporations control our lives*. New York: WW Norton, 1976. p. 15). Críticas intensas sobre o abuso de poder das corporações se repõem em BARAK, Gregg. *Unchecked corporate power: why the crimes of multinationals are routinized away and what we can do about it*. London: Routledge, 2017. p. 3 e ss.

Penal 470 seria um divisor de águas,⁶ o gigantismo da Operação Lava Jato foi uma grande demonstração de que as novas técnicas de investigação e as estratégias de Justiça colaborativa estavam apenas por começar. De um lado, apesar da euforia no mercado, as modificações estruturais em termos de gestão e condução da vida política são, como mínimo, incipientes, desencorajando os entusiastas do *law enforcement*. De outro, os avanços na compreensão do protagonismo das corporações e dos processos de autoconstitucionalização, demandando níveis mais adequados de autocompreensão sociológica do comportamento ético na empresa.⁷

Os penalistas, a seu modo, apegaram-se à noção de autorregulação regulada,⁸ resolvendo a questão na perspectiva dogmática a partir da omissão.⁹ Se bem seja ingênuo confiar na autorregulação das práticas corporativas, o fato é que tampouco convém acreditar no recrudescimento das medidas de *law enforcement* ou na retórica do confisco e recuperação dos valores desviados ilicitamente. A falta de inteligência e sofisticação do ambiente regulatório brasileiro tem levado à proliferação de megaoperações que apenas distanciam as empresas de atitudes genuinamente colaborativa. Quanto mais se distanciam as empresas, mais as operações tendem a vulnerar direitos fundamentais. Não por acaso, William Laufer fala em *compliance game* para definir esse jogo entre reguladores e regulados,¹⁰ porque mais do

⁶ Veja-se, por todos, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Julgamento do século? *Valor Econômico*, 02.08.2012.

⁷ TEUBNER, Günther. “Self-Constitutionalizing TNCs? On the linkage of ‘private’ and ‘public’ corporate codes of conduct”. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 18, 2011. p. 617-638. Discutimos os fundamentos sociológicos desta questão em SAAD-DINIZ, Eduardo. “Autoconstitucionalización y responsabilidad: hacia una sociología del comportamiento ético en la empresa”, de breve publicação.

⁸ SIEBER, Ulrich. Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität. *Festschrift für Klaus Tiedemann*. 2008. p. 449-484.

⁹ Amplamente, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. p. 237 e ss.

¹⁰ O *compliance game*, assim como em Laufer, compõe-se de falta de colaboração efetiva por parte das autoridades de *law enforcement* e da inautenticidade das estratégias corporativas: “(...) el *compliance game* es provinciano, proyectado alrededor de un sistema cerrado de conocidos *stakeholders*. El permite una aplicación unilateral y extraterritorial del FCPA y de la ley de antitrust. (...) El desafío de evaluar el *compliance* de una empresa con una amplia gama de leyes y regulaciones, un fundamento de la autorregulación, a partir de que se da una auténtica y sincera acción organizacional. Legisladores, reguladores y académicos generalmente negligentes

que o desacoplamento estrutural da pretensa “autorregulação regulada”,¹¹ esse distanciamento entre empresa, regulação e *enforcement* provoca falhas na diferenciação funcional do direito e ausência de convergência entre as estratégias de controle social e regulação das empresas.

Do ponto de vista dogmático, apesar de que as estruturas do delito, com poucas variações, mantenham as estruturas da tradição doutrinária alemã,¹² as insuficiências da moderna dogmática têm levado os penalistas ao estudo de uma “dogmática especializada do direito penal” (*Sonderstrafrechtsdogmatik*) para os delitos econômicos. A analítica sobre a diferenciação experimentada remonta, inicialmente, aos estudos de Wolfgang Naucke sobre o “delito econômico-político”.¹³ Michael Kubiciel, logo em seguida às análises sobre direito penal bancário,¹⁴ tem exercido certa liderança na área. Para compreender o novo cenário normativo e institucional, Kubiciel recupera a noção de “capitalismo organizado” e sua influência na determinação de

en indagaciones sobre la genuinidad de las acciones de las empresas, prefiriendo lamentar la ausencia de medida objetiva y la dificultad de probarse la evidencia de regulación de *compliance* y de buena gobernanza” (LAUFER, William. El compliance game. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SABADINI, Patricio et al. (Org.). *Regulación del abuso en el ámbito corporativo: el rol del derecho penal en la crisis financiera*. Resistencia: Contexto, 2016. p. 85).

¹¹ Uma primeira aproximação – sem que dela decorra uma mais consistente orientação normativa e uma verificação empírica mais robusta –, pode ser encontrada em SAAD-DINIZ, Eduardo. Códigos corporativos privados: ¿alternativa para prevención de la corrupción y protección de derechos humanos en el ámbito corporativo? In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SABADINI, Patricio et al. (Org.). *Regulación del abuso en el ámbito corporativo: el rol del derecho penal en la crisis financiera*. Resistencia: Contexto, 2016. p. 103-116.

¹² Parece certo que a dogmática penal alemã tem consolidados os cânones da teoria do delito. Michael Pawlik, de forma inspiradora, propõe certo distanciamento da culpabilidade e a configuração de um único escalão em que se determinam os deveres de comportamento do cidadão, o “injusto do cidadão” (*Kriminalunrecht* ou *Unrecht des Bürgers*): “a violação da obrigação de colaborar com a preservação da condição de liberdade”. Com base nessa orientação, a função da imputação de responsabilidade consistiria precisamente na indicação do comportamento individual relevante. (PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 258-259.)

¹³ NAUCKE, Wolfgang. *Der Begriff des politischen Wirtschaftstat*: Eine Annäherung. Berlin: LIT, 2012. p. 7 e ss.; essa “nova categoria de delitos” é endossada em ZAFFARONI, Eugenio Raul. El rol del derecho penal y la crisis financiera. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SABADINI, Patricio et al. (Org.) *Regulación del abuso en el ámbito corporativo*. Resistencia: Contexto, 2016. p. 30-31.

¹⁴ KUBICIEL, Michael. Die Finanzmarktkrise zwischen Wirtschaftsstrafrecht und politischem Strafrecht. *ZIS*, v. 2, 2013. p. 53-60.

normas de comportamento e de governança econômica.¹⁵ O que em princípio eram apenas manifestações da acessoriedade do direito penal foi se consolidando – em expressa referência às normas culturais de Max Ernst Mayer¹⁶ e à original monografia de Curt Lindemann¹⁷ –, cedendo espaço à legitimação de novas formas delitivas no ambiente empresarial. Não há proteção de direitos individuais, mas sim proteção de normas, essenciais à configuração das instituições.¹⁸ De fato, lógica de distribuição de liberdades de ação empresarial no mercado, para muito além da noção de tutela de bens jurídicos. Para além disso, essa dogmática especializada estaria mais afeita ao manejo das normas penais a partir de novas combinações, alcançando maior estabilidade da ordem jurídica do mercado (*Stabilität des wirtschaftlichen Regelrahmen*).¹⁹

Segundo a interpretação de Kubiciel, a principal instabilidade parece estar na fundamentação político-criminal dos tipos penais, os quais padecem, na maior parte dos casos, de orientação finalística “racional” ou mesmo “realista”.²⁰ Inevitavelmente, as transformações do direito penal econômico demandam a revisão dos fundamentos de filosofia política a partir dos quais se distribuem as liberdades pessoais, mais especificamente da liberdade de ação empresarial e dos parâmetros esperados/toleráveis de segurança negocial. Essa rearticulação do sistema jurídico-penal baseada na ordem jurídica do mercado, em verdade, encontra respaldo na percuciente analítica de Joachim Vogel, que observa o movimento constante de *simetrização* do reforço punitivo, a partir das demandas de correção das assimetrias de informação próprias do mercado de capitais. Reproduz-se o equívoco histórico de corrigir as assimetrias de mercado (garantia da

¹⁵ KUBICIEL, Michael. Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände. *ZStW*, v. 2, 2017. p. 473-476.

¹⁶ KUBICIEL, Michael. *Unentbehrliches...*, cit., p. 476.

¹⁷ “Nur wenn die Regeln des Börsengeschäfts garantiert werden (und die Einzelnen darauf vertrauen können), kann die Institution Kapitalmarkt seine freiheitsermöglichende Funktion entfalten. Ein strafrechtlicher Schutz dieser Normen ist daher nicht verdächtig oder gefährlich, sondern im Gegenteil (freiheits-)freundlich.“ (KUBICIEL, Michael. *Unentbehrliches...*, cit., p. 477.)

¹⁸ KUBICIEL, Michael. *Unentbehrliches...*, cit., p. 475 e ss. Sobre a concepção de instituições, veja-se em detalhes KUBICIEL, Michael. Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿Un nuevo prototipo del Derecho penal económico? *Indret*, v. 3, 2017. p.10.

¹⁹ KUBICIEL, Michael. *Unentbehrliches...*, cit., p. 491.

²⁰ KUBICIEL, Michael. *Unentbehrliches...*, cit., p. 486.

simetria entre os *players*, lealdade na concorrência e confiança na alocação de investimentos) e falhas na política econômica pelas vias da política sancionatória.²¹

A própria teoria da norma necessitaria uma aproximação mais realista da cisão entre coerção e cooperação.²² A mentalidade coercitiva – e juntamente com ela, as estratégias defensivas e garantistas – parece, no entanto, persistir na teoria jurídica, especialmente com os estudos alinhados à teoria da infração de dever de cuidado (*Sorgfaltspflichtverletzung*), demonstrando suas origens e fundamentos como reação aos escândalos corporativos e às assimetrias de informação derivadas do comportamento dos *gatekeepers* (o “vigilante”) na empresa. Se bem é certo que a busca obsessiva por melhores critérios de *individual accountability* tem, no entanto, demonstrando baixo rendimento preventivo, reduzida a operações simbólicas, também é razoável afirmar que há ainda muito espaço para teses inovadoras quanto à responsabilidade penal empresarial.²³

Em razão desse cenário de transformações do direito penal econômico, esse ensaio estrutura-se da forma seguinte: apresenta-se uma classificação didática sobre a evolução de sentido da (1) responsabilidade penal da pessoa jurídica na história; e conforme os (2) 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil; (3) Brasil vs. Goliath; (3) *compliance*; (4) a fundação de David, apontando a revisão dos parâmetros domésticos de responsabilidade penal da pessoa jurídica como um caminho possível. Os prognósticos e a postura classificatória *infra* são de caráter meramente didático, servindo mais para auxiliar a identificação de certos padrões, identidades e semelhanças na sistematização das transformações experimentadas pela responsabilidade penal empresarial e programas de *compliance*. Não apenas porque demandam verificação empírica ou porque possam transparecer ingenuidade histórica, mas sobretudo porque não caberia na delimitação desse texto a síntese

²¹ VOGEL, Joachim. Wertpapierhandelsstrafrecht. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (Org.). *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007. p. 732-733.

²² Tom Tyler atrela a obediência às normas por meio da cooperação orientada à percepção de legitimidade que aporta o Sistema de Justiça. Em profundidade, TYLER, Tom. *Why people obey the law?* Princeton: Princeton, 2006. p. 40 e ss.

²³ Inclusive na Alemanha, recentemente, tem-se discutido a introdução da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Veja-se, por exemplo, o *Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes* (Martin Henssler; Elisa Hoven; Michael Kubiciel; Thomas Weigend, Köln, 2017).

definitiva de fontes sobre os novos desenvolvimentos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e dos programas de *compliance*.

II. A responsabilidade penal da pessoa jurídica na história: uma classificação

Didaticamente, e cientes do caráter experimental dessa categorização, propomos a seguinte classificação: (a) porosidade; (b) ambiguidade; (c) polaridade; (d) integração; (e) regulação.²⁴

a) *Porosidade*. Após os estágios iniciais de atribuição da responsabilidade penal empresarial marcados pelo rechaço do *no soul to damn, no body to kick*, ou como na tradição penal continental europeia, *societas delinquere non potest*, a aplicação da responsabilidade da pessoa jurídica (*corporate criminal liability*) remonta ao caso *New York Central & Hudson River R.R. Co. vs. United States* (1909). A centenária decisão que criou a responsabilidade penal da pessoa jurídica deu-se em contexto histórico de concorrência desorganizada, ausência de governança nacional e controle social da atividade empresarial, marcado por forte tendência à agressividade na formação de monopólios do mercado norte-americano do final do século XIX e início do século XX. Essa “porosidade” identificada na formação da responsabilidade penal empresarial traduz problemas igualmente centenários e até hoje recorrentes no debate científico: além do reconhecimento da personalidade, a desarticulação do sistema sancionatório e a compreensão ainda

²⁴ Essa classificação é decorrente das experiências de ensino e pesquisa em direito penal econômico, submetidas à contínua revisão e síntese de fontes. Sua validação científica, sem embargo, segue em desenvolvimento pelo autor. Especificamente sobre o modelo norte-americano, Laufer reconhece a seguinte evolução: (1) da segunda metade do século XIX ao início do século XX, *reconhecimento da personalidade corporativa*; (2) até 1930, ascensão e queda da responsabilidade vicariante; (3) até 1960, transferência de riscos agente/principal; (4) até 1980, os *Model Codes*; (5) até 1990, advento do “Novo Estado Regulador”; (6) até os anos 2000, predominância das teses de governança corporativa (*good corporate citizenship*); (7) período atual, marcado por falhas nas estruturas de governança e seletividade na persecução penal. (LAUFER, William. *Corporate bodies and guilty minds*. Chicago: Chicago Press, 2006. p. 10.)

embrionária da responsabilidade moral e jurídica das empresas.²⁵ Apesar de introduzir concretamente a punibilidade da empresa no ordenamento dos EUA, até hoje doutrinadores se valem de problemas semelhantes para não reconhecer a idoneidade da justificação teórica da responsabilidade penal empresarial.²⁶ A rejeição doutrinária reflete grande parte da porosidade de sua aplicação, já desde suas origens.

b) *Ambiguidade*: no período das Grandes Guerras Mundiais, é bem possível classificar a “ambiguidade” na representação e emprego da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Ao mesmo que se identifica séria cumplicidade com os regimes totalitários da época, havia uma aterradora coincidência entre empresas que também operavam a favor de interesses democráticos. Os casos mais emblemáticos são o da IBM (International Business Machines) e o da Siemens. A historiografia identifica fontes históricas de cumplicidade da poderosa empresa norte-americana e a logística a partir da qual se estruturaram as atrocidades na Alemanha nazista, não apenas fornecendo os instrumentos necessários à organização social da produção na Alemanha, mas também fazendo experimentos locais nos campos de concentração e oferecendo o sistema de *Hollerith* para classificação e extermínio dos cativos. Apesar disso, a empresa seguiu gerando somas vultosas para os EUA, havendo motivação razoável para se acreditar que tem toda razão a hipótese de Edwin Black, sobre o fato de que a IBM não figura nas *black lists* de empresas cúmplices do nacional-socialismo justamente

²⁵ O panorama quanto aos principais problemas é muito bem traçado por John Coffee Jr.: “(1) the ‘equity fine’, (2) the use of adverse publicity, and (3) the fuller integration of public and private enforcement” (COFFEE JR., John. No soul to damn, no body to kick: an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment. *Michigan Law Review*, v. 79, 1981. p. 386-459).

²⁶ Ao analisar o caso *New York Central & Hudson River vs. United States*, John Hasnas identifica a importação da doutrina do *respondeat superior*, porém desprovida da devida discussão sobre a legitimidade da punição. Os *shareholders* não teriam controle sobre a ação dos subordinados, punidos apesar de sua inocência, introduzindo a responsabilidade vicariante. Por não reconhecer como materialmente as empresas poderiam causar um resultado danoso, Hasnas segue a linha da *individual accountability* para as infrações econômicas. (HASNAS, John. The century of a mistake: one hundred years of Corporate Criminal Liability. *American Criminal Law Review*, v. 46, 2009. p. 1337.)

por ser uma icônica representante do capitalismo norte-americano.²⁷ A seu modo, a Siemens atendeu ao mesmo processo de “militarização da economia alemã”. O diretor geral da Siemens durante o Holocausto, Rudolf Bingel, era frequentador e manteve relações de confiança e cumplicidade com o General da SS, Heinrich Himmler, e atuou em nome da companhia para mover a máquina de exploração dos campos de concentração, expropriação de companhias dos territórios invadidos, e articulação dos negócios em cooperação com a SS.²⁸ A experiência histórica tem muito a ensinar sobre a ambiguidade dos instrumentos jurídicos e a cumplicidade das empresas.

c) *Polaridade*. No ambiente do pós-Guerra e durante a tensão gerada pela Guerra Fria (e mais especialmente pelas pressões geradas pela derrota acachapante na Guerra contra o Vietnã), a responsabilidade penal da pessoa jurídica viu-se imiscuída na necessidade histórica de demonstração da face ética e honesta da empresa capitalista. Apesar de que, à época, a prioridade político-criminal e o alibi para as intervenções internacionais centravam-se na guerra às drogas,²⁹ a crise desencadeada pelo *Caso Watergate* e a renúncia do Presidente Nixon (republicano) gerou a necessidade de reações mais contundentes aos escândalos corporativos. Desde que o FCPA foi promulgado por Jim Carter (democrata) surgiu a “moralidade pós-Watergate”

²⁷ BLACK, Edwin. *IBM e o Holocausto: a aliança estratégica entre a Alemanha nazista e a mais poderosa empresa americana*. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 87 e ss.; a literatura sobre a matéria é abundante, sem embargo, para uma análise contundente da aliança Krupp/Heidegger/Hitler, veja-se ANDREASSI CIERI, Alejandro. *Arbeit macht frei: el trabajo y su organización en el fascismo (Alemania e Italia)*. España: FIM, 2004. p. 306 e ss.

²⁸ A questão é oficialmente admitida pela Siemens: “The start of the National Socialist regime in 1933 and the outbreak of war in 1939 meant that German companies were increasingly integrated into military preparations and the war economy. In order to meet steadily rising production quotas, Siemens builds so-called barracks plants and uses foreign labor. (...) In late 1944, at the height of World War II, Siemens’ total workforce of 244,000 included some 50,000 people who had been put to work against their will. The overall number of men and women who served as forced labor at Siemens during the war years was, however, higher” (Disponível em: [www.siemens.com/history/en/history/1933_1945_the_national_socialist_economy_and_the_war_years.htm]).

²⁹ HASNAS, John. *Who are the criminals? The politics of crime policy from the Age of Roosevelt to the Age of Reagan*. Princeton: Princeton University Press, 2010. p. 31 e ss.

(*post-Watergate morality*),³⁰ entendida como um despertar de uma “nova era” de moralização dos costumes empresariais e políticos. A baixa incidência do FCPA, segundo interpretamos, o relegou a mera reação aos escândalos corporativos do período. Por força da Convenção Anticorrupção da OCDE, deu-se a segunda emenda ao FCPA, na gestão Bill Clinton (democrata), em 1998, inaugurando uma nova fase em sua aplicação e nas estratégias internacionais de prevenção às infrações econômicas.

d) *Integração*. Não havendo mais a dinâmica geopolítica de contenção do avanço do modelo político-econômico soviético, e a conseqüente abertura dos mercados e intensificação do fluxo internacional de capitais e de pessoas, irrompe uma nova fase em que a responsabilidade penal da pessoa jurídica passa a ser entendida como mecanismo de integração de mercados internacionais, no que Klaus Tiedemann convencionou chamar de “cultura da responsabilidade penal empresarial”. Alinhamento a padrões internacionais de mercado e pressões das agências internacionais.³¹ Nessa fase, há já casos em que o reconhecimento da personalidade deixa de ser algo relevante (*State of Wisconsin vs. Richard Knutson, Inc.*, 1995),³² havendo mais espaço para o desenvolvimento de estratégias mais sofisticadas de atribuição de responsabilidade e identificação de contextos em que se justifica a reprovação ética do comportamento empresarial socialmente danoso. Sem embargo, o movimento de integração dos mercados globais tem sido submetido a fortes e cada vez mais frequentes abalos, repercutindo sensivelmente no certo protagonismo da *individual accountability*.

e) *Regulação*. A fase recente de compreensão dos modelos de responsabilidade penal empresarial, oscilando, a bem da verdade, entre períodos de

³⁰ Em detalhes sobre a história legislativa do FCPA, KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new Era*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. p.2 e ss.

³¹ TIEDEMANN, Klaus. Zur Kultur der Unternehmensstrafbarkeit. In: QUELOS, N. (Org.) *Droit penal et diversités culturelles: Festschrift für José Hurtado Pozo*. Basel: Schulthess, 2012. p. 495 ss.

³² Veja-se a fundamentação em WALT, Steven; LAUFER, William. Why personhood doesn't matter: corporate criminal liability and sanctions. *American Journal of Criminal Law*, v. 18, 1991. p. 263 e ss.

regulação e desregulamentação. Com a consolidação do Estado Regulador,³³ os mecanismos de responsabilização foram incorporados às políticas de regulação do mercado. Sem embargo, essa época é fortemente marcada pela desorientação dos *Memoranda*, nos EUA, e grande desorientação a partir da falha dos *gatekeepers*, no caso Enron.³⁴ Desponta a certa insuficiência dos modelos jurídicos tradicionais diante das modernas formas de corrupção corporativa e delicada geopolítica internacional dos *trades*. As práticas de *law enforcement*, como se insiste nesse ensaio, foram basicamente reduzidas ao temor do FCPA. As velhas questões impostas por Hasnas seguem abertas, convivendo com a noção de ambientes bastante complexos e que oportunizam a irresponsabilidade organizada.³⁵ Ainda que se tome por incontestável o protagonismo das corporações, vivenciamos um período de indeterminação dos parâmetros regulatórios e cíclica reprodução de escândalos corporativos.³⁶

³³ BRAITHWAITE, John. The new regulatory state and the transformations of criminology. *British Journal of Criminology*, v. 40, 2000. p. 228-229.

³⁴ COFFEE JR., John. Understanding Enron: it's all about the gatekeepers, stupid. *Columbia Law School Working Paper*, 2002; a crítica de Laufer é bastante significativa em LAUFER, William. *Corporate bodies...*, cit., p. 3 e ss.

³⁵ Sobre o conceito de “irresponsabilidade organizada”, SCHÜNEMANN, Bernd. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Köln: Heynmann, 1979. p. 30 e ss.

³⁶ Com elevada acuidade científica, Laufer descreve o ciclo formado pelos escândalos corporativos e estratégias de *law enforcement* que marcam a história recente da regulação da atividade empresarial: “Per molti anni ho osservato il ripetersi di un ciclo nella regolamentazione del crimine d’impresa – dal verificarsi di uno scandalo all’inasprimento della regolamentazione seguita da periodi di severa applicazione della stessa alla quale sopraggiunge, pi’u avanti, un atteggiamento indulgente nell’applicazione delle leggi, a sua volta seguito dalla ricorrenza degli scandli. Nell’ambito di questo ciclo ricorrente, presentatosi negli Stati Uniti con una significativa regolarità nell’ultimo secolo, l’ipocrisia di ciascuno stakeholder é manifesta: dalla opacità politica degli interessi economici che – attraverso lo stratificarsi degli emendamenti – minano la legislazione volta a reprimere la criminalità d’impresa fino all’immaginario etico e alla retorica moralizzatrice dei *prosecutors*, che portano avanti la loro eterna campagna contro le pi’u grandi istituzioni finanziarie con l’inflizione di sanzioni che non riescono neppure a scalfirne gli interessi. Questo circolo riflette un Sistema regolativo che funziona, ma che, como sopra osservato, non attua la giustizia. In questo breve lavoro rilevo l’esistenza di una ulteriore perdita prodotta da questo gioco della regolazione – la natura fittizia dell’indagine sull’elementi soggettivo della società” (LAUFER, William. Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza. In: CENTONZE, Francesco; MANTOVANI, Massimo. *La responsabilità penale degli enti*. Bologna: Il Mulino, 2016. p. 26-27).

III. Brasil vs. Goliath

A anedota bíblica Davi e Goliath não é de todo original. Brandon Garrett, com muita criatividade, viu na metáfora “US vs. Goliath” a batalha perdida entre as autoridades norte-americanas e as grandes corporações multinacionais:

“A corporate prosecution is like a battle between David and Goliath. One would normally assume that federal prosecutors play the role of Goliath. They wield incredible power, with the ability to hold a corporation liable for a crime by even a single employee and the benefit of expansive federal criminal laws. It is hard to think of federal prosecutors as the little guy in any fight. Yet they may play the role of David when up the largest and most powerful corporations in the world.³⁷”

Assim nos EUA, assim também no Brasil. Brasil vs. Goliath segue a velha fórmula do *de te fabula narratur* (“a fábula de ti”), pois a desarticulação dos órgãos reguladores e fiscalizadores perante a concentração de poder por parte das grandes *holdings* não é diferente entre nós. A crítica às medidas de *law enforcement*, ao desajuste das instituições, ao ambiente regulatório fragilizado e ao comportamento não cooperativo por parte das organizações empresariais pouco muda quando observada a experiência brasileira recente.

Os órgãos fiscalizadores e reguladores passaram a autoproclamar a função de promoção de estruturas de governança na empresa como consequência de sua atuação funcional. Em tese, porque há *law enforcement*, haveria também relação de causa e efeito com melhoria dos padrões de governança e gestão. Porém, o que se evidencia é que as funções de *compliance*, desprovidas de preferência efetiva pela integridade dos negócios, podem ser muito facilmente manipuladas em favor de interesses antiéticos.³⁸ O ambiente

³⁷ GARRETT, Brandon. *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*. Cambridge: The Belknap, 2014. p. 1.

³⁸ Assim como observa Lisa Griffin: “Corporations may also benefit from what is ultimately an *ad hoc* approach to enforcement. Prosecutor’s deep dependence on insider information can lead to charging decisions governed by the degree of a firm’s cooperation and the employees it can deliver rather than compatibility with larger enforcement goals. Compliance professionals can also frame prosecutions in advantageous ways. Whether prosecutors already have engaged

desregulado e as estruturas societárias profusas ou se encaixam na lógica da “irresponsabilidade organizada” ou justificam o uso de *law enforcement* como instrumento de extorsão (*extortion racket*).³⁹ A retórica do *too big to fail* acabou se convertendo na célebre frase cunhada pela Senadora Elizabeth Warren, *too big to jail*,⁴⁰ ou ainda, como no igualmente célebre comentário

the corporation or the firm self-reports, blame is pushed down through organizations. Reliance on private partners to build cases means that the regulated entity exercises significant control over where that blame lands. Corporate influence over the course of the investigation arises, for instance, when corporations discover fraud by employees but choose to settle with culpable agents rather than summon regulators. Firms weigh the potential taint of a prosecution and the risk of a parallel civil suit against the internal deterrent effect of charges, the advantages of deploying mandatory federal restitution provisions, and the dangers of inviting prosecutors to discover wide-ranging misconduct. In some cases, firms determine that it is desirable to get the government’s attention, either because the firm is truly a victim to employee misconduct. To facilitate the approach to the government, corporations often retain private investigative and accounting firms to conduct inquiries, record witness statements, provide grand jury testimony to the government, and prepare ‘courtroom-ready’ cases for FBI agents and prosecutors” (GRIFFIN, Lisa Kern. Inside-Out Enforcement. In: BARKOW, Anthony; BARKOW, Rachel. *Prosecutors in the boardroom: using Criminal Law to regulate corporate conduct*. New York: NYU Press, 2011. p. 110); de outra ponta, demonstrando como o uso de comportamento enganoso (*deceptive*) para justificar investigações ou *plea bargainings*, GRIFFIN, Lisa Kern. Criminal Lying, prosecutorial power, and social meaning. *California Law Review*, v. 97, 2009. p. 1519 e ss.

³⁹ Assim como demonstrado na edição especial do *The Economist*, *The criminalisation of American Business: corporate settlements in the United States*, 28.08.2014.

⁴⁰ “Each of the ‘two big too jail’ concerns could be addressed by a new set of guidelines for prosecuting companies, designed to strengthen the use of criminal prosecutions as a distinct punishment for companies that engage in the most serious violations. The overall theme of these reforms is that egregious lack of compliance should be treated as criminal and result in serious punishment and an effective overall of compliance. Prosecutions should (1) require a conviction, except in the unusual cases in which collateral consequences would be severe, and convictions of subsidiaries should be preferred in those cases, but if that is not possible, then (2) a deferred prosecution should be supervised by a judge, through either a statute or supervisory authority, typically relying on regulators or monitors reporting to the judge. Prosecutors, having determined that a criminal prosecution is justified, should (3) insist in detailed structural reforms to ensure that effective compliance is put into place and supervised by prosecutors, regulators, or a monitor, and, (4) impose fines intended to be a deterrent, mitigated only by voluntary self-reporting and carefully documented efforts to create compliance. The Organizational Sentencing Guidelines could also be revised to provide far greater punishment for recidivists and companies be audited. Corporation prosecutions deserve more sunlight: (5) the public and the shareholders should know more about corporate

de Andrew Bailey (autoridade em regulação prudencial, à época da multa bilionária aplicada ao HSBC por lavagem de dinheiro vinculada a tráfico de drogas ilícitas), que os bancos são *too big to prosecute*. A seletividade, no entanto, é reproduzida também nesse plano, não apenas na priorização de *law enforcement* e na negociação dos acordos,⁴¹ mas também na persecução e condenação de instituições financeiras *small enough to jail*⁴² e estruturação das políticas regulatórias.⁴³ O histórico de sistemática derrota perante o gigante Golias é também a derrota do Sistema de Justiça criminal, desorientado na priorização de *law enforcement* e na capacidade de articulação de inteligência regulatória.

De outra ponta, tampouco bastam as teses de responsabilidade social corporativa para dar conta dos efeitos negativos da atividade empresarial.⁴⁴

crime, including through release of all prosecutions agreements, detailed accounting of how fines are calculated, and publicly available progress reports describing compliance” (GARRETT, Brandon. *Too big to jail...*, cit., p. 285-286). Com pouco ou nenhum resultado em termos de melhoria do ambiente ético negocial, até agora o que se tem notícia é de que no Brasil as iniciativas fiscalizatórias em torno da lei anticorrupção resultaram em aversão ao risco e fuga de investidores. (LICHAND, Guilherme et al. Is corruption good for your health? *Harvard Working Paper*, 2015.) Enfatizamos que a criação de ambiente de aversão ao risco e fuga de investidores já havia sido evidenciada em relação ao Dodd-Frank Act norte-americano.

⁴¹ Sharon Foster critica a política recente do DOJ, que restringia a análise de consequências colaterais da persecução penal apenas em hipóteses de instituições sistêmicas. (FOSTER, Sharon. *Too big to prosecute: collateral consequences, systemic institutions and the rule of law. Review of Banking and Financial Law*, v. 34, 2015. p. 662 e ss.)

⁴² Apenas a título de referência, veja-se o documentário *Abacus: small enough to jail*, dirigido por Steve James (2017), que narra a história do imigrante Thomas Sung, de Xangai, fundador do *Abacus Federal Savings Bank* em Chinatown, desde 1984.

⁴³ “Larger, more powerful organizations in industries of all sorts may enjoy the other law-defining advantages not shared by smaller competitors. I have in mind cases in which government standards are set on the basis of the current practices of leading producers, often the larger, more resource-rich firms. In this event, competitor firms are forced to invest capital to meet the new standards, or fall into violation. In a variant of this outcome, government may even set standards based on the dominant or typical practices in the industry, leaving only the marginal (from an economic viewpoint) laggards to come to standard of face prosecution.” (YEAGER, Peter. *Law, crime, and inequality: the Regulatory State*. In: HAGAN, John et al. (Org.). *Crime and inequality*. Stanford: Stanford University Press, 1995. p. 252.)

⁴⁴ Na Europa, a preocupação também se manifesta em TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht*; NIETO MARTIN, Adán. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2015. p. 40.

Não apenas o impacto do risco moral, mas sobretudo os efeitos irreversíveis do risco sistêmico preocupam e reclamam estratégias inovadoras de regulação da liberdade de atividade arriscada. A segurança negocial, desde o trabalho seminal sobre regulação responsiva de Ian Aires e John Braithwaite,⁴⁵ tem impulsionado as teorias do controle para além de suas fronteiras tradicionais, transcendendo os limites da criminologia e sendo reposicionadas – com certa proeminência – nas ciências sociais. Essas transformações colocaram crime e controle no epicentro do Estado regulador. Da mesma maneira, as formas tradicionais de *Welfare State* (e suas técnicas keynesianas de gestão) são continuamente substituídas por estratégias regulatórias mais sofisticadas, em torno de um *new form o regulatory state*, acentuadamente marcado por competição de mercado, instituições privatizadas, mecanismos descentralizados de regulação estatal. Braithwaite também lidera os estudos dos impactos na orientação desse novo Estado regulador nas priorizações de política criminal e nas estratégias de controle social da empresa. A avaliação das novas manifestações do comportamento corporativo socialmente danoso determinam essa nova configuração que parece haver resgatado a criminologia do seu papel de coadjuvante nas ciências sociais: a centralidade do gerenciamento de risco na regulação; descentralização do controle do Estado comparado com as corporações transnacionais; modelo híbrido de regulação internacional público-privada, necessidade de superar as teses institucionais clássicas polícia/corte/prisão,⁴⁶ redescobrimdo o lugar da empresa no Sistema de Justiça criminal.

O modelo explanatório da regulação responsiva, no entanto, como toda modelação, requer verificações empíricas e análises mais sensíveis ao contexto e cultura organizacional em que se desenvolvem. O paradoxo regulatório que sustenta a regulação responsiva não prescinde de estabilidade institucional, o que, no mais das vezes, não é o caso do Brasil e nem dos países em desenvolvimento. É claro que a modelação Braithwaite se antecipou à hipótese de insuficiência institucional, recomendando a articulação de *regulatory networks* que pudessem dar conta da falta de instituições que

⁴⁵ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. New York: Oxford Press, 1992. p. 101 e ss.

⁴⁶ BRAITHWAITE, John. *The new regulatory state... cit.*, p. 228-229.

garantissem a certeza da regulação responsiva.⁴⁷ No entanto, o modelo de *social networks partnerships*, a seu modo, também segue sendo uma abstração.

Tanto em matéria de *law enforcement* quanto de qualidade regulatória, os últimos 30 anos e o desenvolvimento recente não apenas não nos mostram avanços, quanto, o que é ainda pior, dão sinais de que não há disposição por parte de empresários, reguladores e fiscalizadores em aprender com as experiências históricas. Em matéria de *compliance*, concentram-se esforços em melhor posicionar a responsabilidade do *compliance officer* ou dos *gatekeepers*, sem que haja: por um lado, (1) mais consistente evidência empírica nem orientação normativa sobre a formação das expectativas a respeito da real importância de um *compliance officer* ou de quem está posicionado *gatekeeper*; por outro (2) determinação fática do papel do *compliance officer* ou *gatekeeper* em função das particularidades de governança e mercado em que opera a organização empresarial.⁴⁸ Colecionam-se equívocos históricos, reproduzindo-se a crença na intimidação penal e na *individual accountability*, desde o caso Enron ao *Guide for Evaluation* produzido recentemente pela Divisão de Fraudes do DOJ, passando pelo indigitado *Yates Memo*. A sua vez, as orientações normativas não vão muito além da compreensão da teoria da *rational choice* e leituras superficiais da análise de custo e benefício.⁴⁹

No lugar do paradoxo regulatório de *Braithwaite*, o que se tem não é mais do que aplicação da responsabilidade penal empresarial como resposta a contingências, que ainda estão muito longe de aportar algo significativo

⁴⁷ BRAITHWAITE, John. Responsive regulation and developing economies. *World Development*, v. 34, 2006. p. 884-898.

⁴⁸ O surgimento de deveres de comunicação de operações suspeitas para evitar ou prevenir falhas de *gatekeepers* foi recentemente analisado em detalhes por SAAD-DINIZ, Eduardo; MARTINELLI, Sofia Bertolini. *Gatekeepers* e soluções de *compliance*. *Revista dos Tribunais*, v. 979, 2017. p. 69-89.

⁴⁹ As leituras superficiais do custo/benefício do ilícito ainda são bastante recorrentes no Brasil, não apenas entre os penalistas, mas também entre fiscalizadores e reguladores. A criação de incentivos adequados à mudança de comportamento no ambiente empresarial é muito mais complexa do que os mecanismos da escolha racional (*rational choice*). Muito se evoluiu desde os estudos originais de Gary Becker no pensamento econômico, com ênfase na demonstração dos limites da racionalidade do comportamento econômico. As contribuições recentes de Richard Thaler e Cass Sunstein na análise dos múltiplos aspectos da escolha humana são bastante elucidativas, experimentando as dimensões possíveis dos estímulos na determinação do comportamento pró-social. (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New York: Penguin, 2008. p. 74 e ss.)

em termos de modificações sensíveis no comportamento ético, trazendo sérias dúvidas tanto sobre a relação entre o potencial de intimidação (*deterrence*) da coerção para estimular comportamento colaborativo,⁵⁰ quanto sobre a própria legitimidade do sistema de sanções.⁵¹ Podem-se observar muitas investigações empíricas⁵² que evidenciam a falta de efetividade da obsessão punitiva e os frágeis avanços positivos em termos de inovação, criatividade e aprendizagem organizacional. Sua baixa complexidade, igualmente, está já amplamente demonstrada por investigações empíricas em torno dos escândalos corporativos na história recente. A discussão sobre novas alternativas para a resolução desses conflitos foge, no entanto, ao escopo desse ensaio, especialmente no que diz respeito à reflexão crítica sobre a justiça restaurativa e as iniciativas que a têm conduzido ao campo econômico.

IV. Os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil

A celebração dos 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, desde sua inclusão na Constituição Federal de 1988, é bem pouco entusiasmante. Ao longo dessas três décadas, é bem possível identificar ao menos cinco momentos históricos: (1) rejeição doutrinária; (2) tendências contramajoritárias; (3) recepção na interpretação jurisprudencial; (4) o reforço a partir da introdução dos programas de *compliance*

⁵⁰ LAUFER, William. Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza. In: CENTONZE, Francesco et al. (Org.). *La responsabilità 'penale' degli enti: dieci proposte di riforma*. Bologna: Il Mulino, 2016. p. 18.

⁵¹ “The problem of corporate prosecutions is double-edged. Under the current system, corporate prosecutions are both over- and underused. It is troubling if prosecutors offer a company an alternative to prosecution because they think they have a weak case – in such circumstances, prosecutors should not be bringing a criminal case at all. But it is also troubling if prosecutors bring strong cases against egregious corporate violators, only to then settle for reduced fines and superficial compliance. Overly lenient settlements of corporate prosecution undermine the legitimacy of the criminal law. They send a corrosive “too big to jail” message to industry and to the public.” (GARRETT, Brandon. *Too big to jail...*, cit., p. 286.)

⁵² Assim desde a obra seminal de SIMPSON, Sally. *Corporate crime, law and social control*. Cambridge: Cambridge Press, 2002.

no Brasil; (5) indeterminação do conceito e busca por novos parâmetros regulatórios.

1) *Rejeição doutrinária*. Rejeição doutrinária no Brasil, em favor de uma reorientação da prevenção às infrações econômicas a partir da agenda político-econômica. As principais rejeições consistiram na afronta a princípios constitucionais (igualdade, legalidade, humanização da pena, individualização da pena “a pena não passará da pessoa do condenado”).⁵³ Na Alemanha, essa crítica encontra em Wolfgang Frisch profundidade e consistência dogmáticas.⁵⁴

Recentemente, nota-se em determinadas posições certas mudanças sutis de posicionamento, transitando da impossibilidade dogmática para um problema de política criminal, a reboque das necessidades de mercado. O sobrecultivo teórico da dogmática jurídico-penal (que se reflete em apego à teoria jurídica do delito nem sempre propositivo no direito penal econômico) pode incorrer ou em extremada ingenuidade ou em distanciamento dos estudos doutrinários da própria maturação da sociedade econômica nas mesmas três últimas décadas.

⁵³ Os argumentos contrários, por parte de grandes referências das ciências criminais no Brasil, estão reunidos na coletânea PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

⁵⁴ FRISCH, Wolfgang. Strafbarekeit juristischer Personen und Zurechnung. In: ZÖLLER, Mark et al. (Org.). *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension: Festschrift für Jürgen Wolter*, 2013. p. 349-374. Em Kubiciel, a questão se resolve da forma seguinte: “Die Strafrechtswissenschaft verfügt weder über klare theoretische Konzeptionen zur Abgrenzung einer Straftat von einer Ordnungswidrigkeit noch über eine bessere Einsicht in das Wesen strafwürdigen Verhaltens. Da es in einer pluralistischen Gesellschaft kein feststehendes Gemeinwohl gibt, das sich aus feststehenden (religiösen oder sittlichen) Prinzipien deduzieren ließe, steht außerhalb eines engen Kerns von Straftatbeständen auch nicht fest, was hier und jetzt als strafwürdiges Unrecht gelten kann. Sowohl das Gemeinwohl als auch sein Gegenteil – ein gemeinwohlschädliches strafbares Verhalten – müsse vielmehr in einem (demokratischen) Verfahren festgelegt werden. Auch und gerade Strafgesetzgebung ist daher ein genuin politischer Akt. Ob die Einführung eines Straftatbestandes ein ultimativ notwendiges Mittel darstellt, steht mithin nicht fest (und ist für die Strafrechtswissenschaft auch nicht feststellbar), sondern das Ergebnis eines kriminalpolitischen Diskurses und einer Entscheidung des Gesetzgebers“. (KUBICIEL, Michael. *Unentbehrliches...*, cit., p. 489.

2) *Articulação de tendências contramajoritárias.* João Marcelo Araújo Jr., seguido de Sérgio Salomão Shecaira,⁵⁵ foram protagonistas das principais teses legitimadoras da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil. A interpretação de Shecaira sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei de crimes ambientais (Lei 9.605/98), apesar da ampla rejeição doutrinária, foi acolhida nas cortes superiores.

3) *Recepção na interpretação jurisprudencial e reforço com a introdução dos programas de compliance no ordenamento jurídico-penal brasileiro.* A interpretação jurisprudencial no Brasil acolheu a tese da “dupla imputação” e “concurso necessário de pessoas” como orientação normativa, assim como demonstra a análise empírica coordenada por Marta Machado,⁵⁶ cujas análises seguem bastante atuais.⁵⁷ O debate ganhou novo fôlego com a promoção dos programas de *compliance*. Desde então, há uma profusão

⁵⁵ ARAÚJO JR., João Marcello. *Societas delinquere potest: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina.* GOMES, Luiz Flávio et al. (Org.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal.* São Paulo: Ed. RT, 1999; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* São Paulo: Ed. RT, 1998.

⁵⁶ “Of the cases analyzed, 75% of the justifications given for the dismissal of criminal cases spoke of the non-existence of the individual co-defendant and a lack of concrete evidence of individual conduct. This same issue appears as well in 40% of the justifications for the non-receipt of the complaint, in which the inability to assign concrete criminal conduct to an individual is cited in the court’s decision. These data are reinforced by the fact that, of the decisions analyzed, most refer to cases in which there was an individual co-defendant with the corporate codefendant (68.75% of the total). These data allow us to draw some conclusions about the functioning of the corporate criminal liability model. First, we observe that the courts are being asked to resolve, in the early stages of the criminal action, primary matters – such as the constitutionality of this type of criminal liability and whether the presence of an individual co-defendant is required, determinations made at the beginning of a criminal lawsuit. Only a small number of these cases actually reach the merits.” (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Corporate criminal liability in Brazil: the paradox of its interpretation by Brazilian Courts.* *Revista Direito GV*, v. 65, 2011. p. 9)

⁵⁷ “(...) few have made the true effort to creatively think about which institutional solution would best address the social problem of liability for acts committed in a collective entity. This scenario of apparent stagnation may be contributing, in our view, to the deficits of accountability for such acts – both regarding individual liability, as well as collective liability in the context of environmental crimes.” (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Corporate criminal liability in Brazil: the paradox of its interpretation by Brazilian Courts.* *Revista Direito GV*, v. 65, 2011. p. 7)

de novas teses sobre essa reorientação político-criminal, ou orientadas por imperativo constitucional,⁵⁸ ou mais acentuadamente discutindo as possibilidades da “autorregulação regulada”.⁵⁹ Recentemente, o acórdão STF-RE 548-181/PR, 2013, rel. Min. Rosa Weber, introduziu no debate nacional a questão da responsabilidade autônoma da empresa. Mesmo assim, a imaginação criminológica na aplicação de penas é minguada, havendo apenas isoladas aplicações de multas de pouca relevância.⁶⁰

5) *Indeterminação do conceito e busca por novos parâmetros de regulação.* Apesar de que haja registros de agências reguladoras já no século XIX, a intensificação das reformas do modelo de Estado se deu a partir da década de 70 nos EUA. Desde as primeiras manifestações de agencificação, o papel da responsabilidade penal da pessoa jurídica na regulação tem evoluído até noções de “pluralismo regulatório”,⁶¹ com maior abertura cognitiva a novas combinações normativas, articulações de governança, regulação transnacional e multiculturalismo. A autorregulação e as redes colaborativas da atuação das empresas, especialmente as multinacionais, assumem o protagonismo na distribuição de liberdades de ação empresarial e na configuração dos novos modelos institucionais. É a partir da introdução dessas novas normas sociais no ambiente empresarial, com particular influência de recomendações de *soft law* formuladas pelas agências internacionais,

⁵⁸ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: Tese-USP, 2014.

⁵⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015; BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Tese-USP, 2014; recentemente, BARRILARI, Cláudia Cristina. *O crime econômico e a autorregulação*. São Paulo: Tese-USP, 2017. Outros estudos têm-se dedicado à ideia de omissão de dever, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Do tratamento penal da ingerência*. São Paulo: Tese-USP, 2015; OLIVEIRA, Ana Carolina. *A responsabilidade por omissão dos sujeitos sensíveis à lavagem de dinheiro: o dever de informação*. São Paulo: Tese-USP, 2016; CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015.

⁶⁰ Em busca de alternativas, Shecaira é favorável à aplicação da prestação de serviços à comunidade. (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: TERRA, William et al. (Org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem a Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 357.)

⁶¹ Conceitualmente, PARKER, Christine. The pluralization of regulation. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 9, 2008. p. 349-369.

que se desenvolvem os parâmetros normativos extrapenais de regulação do comportamento corporativo socialmente danoso.

Definitivamente, trata-se de um universo cheio de novidades para as ciências criminais. Não só porque a advocacia criminal segue apegada a estratégias defensivas de “não cooperação”, mas também porque as autoridades fiscalizadoras e reguladoras fracassam em estabelecer políticas de priorização e racionalização do controle suficientes a responder questionamentos “por que investigar”, “qual a colaboração suficiente” e “qual nível de idoneidade da colaboração”. Acredita-se nas recomendações de *full disclosure* e de incremento do regime de informação, sem que seja questionada, no entanto, a qualidade da informação e sua relevância para o Sistema de Justiça Criminal.⁶² Essa desorientação presta um grande serviço ao emprego da informação como mercancia, especialmente nas tramas de colaborações premiadas e negociatas com as autoridades públicas. Apesar de que creem os fiscalizadores, eles próprios com sua atuação funcional integrarem estruturas de governança, nenhuma modificação substancial foi percebida até o momento.

As dificuldades de determinação do alcance e estratégias reativas à responsabilidade penal da pessoa jurídica fazem com que, dentre os penalistas, sejam ainda dominantes as teses sobre a responsabilidade individual,⁶³ deixando à interpretação jurisprudencial alguns desafios, especialmente a determinação dos elementos de prova. E isso não apenas de autoria e materialidade, mas de individualização do responsável pela violação de

⁶² No que diz respeito ao regime de informações, já se pontuou que: “Seria razoável esperar que as estratégias acusatórias que apostam no incremento do intercâmbio de informações, estabeleçam as prioridades para dar conta do problema de *information overload*, adquirindo conhecimento especializado para articular o que seria um nível suficiente e idôneo de informações” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 319).

⁶³ A elaboração dogmática de critérios de delegação da posição de garante, risco permitido, princípio da confiança, ações neutras, proibição de regresso e critérios para a desvinculação do garante seria a operação de risco pode ser encontrada em SÁNCHEZ-VERA GOMEZ TRELLES, Javier. Desvinculación de la posición de garante en el derecho penal económico. In: SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria; MIRÓ LLINARES, Fernando. *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Wolters Kluwer, Madrid, 2013. p. 244. Em relação ao ordenamento brasileiro, análise detalhada em OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. *A responsabilidade por omissão...*, cit., p. 213 e ss.

dever de cuidado nas estruturas societárias, demandando interpretação normativa da prova e certa ampliação das noções clássicas de autor, autoria mediata e alcance dos delitos de infração de dever.⁶⁴

As principais demandas para a interpretação das normas penais parecem remontar à hipótese de incriminação pela posição ocupada na hierarquia da empresa, da qual se deduziria um dever positivo de garantidor. É necessário superar as noções de domínio formal do fato para avaliar a qualidade dos processos decisórios, como e se eles refletem a cultura empresarial. Mais importante é determinar o significado normativo do fato, e não a mera intenção e conhecimento especial do sujeito como essencial para atribuição de responsabilidade ao partícipe. Esse significado normativo pode ser essencial para a estruturação dos programas de *compliance* e proteção das liberdades pessoais, porém, não basta a mera descrição dos papéis ocupados, e sim a verificação de efetivo cumprimento de dever.

O desarranjo institucional, a frágil capacidade regulatória e a desarticulação das estratégias de *law enforcement*, com baixíssima densidade de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, acaba justificando a postura não colaborativa e as obsessivas operações “anticorrupção”.

⁶⁴ Em comentários ao caso espanhol, observou-se que a coerência teórica tem cedido espaço à necessidade de decisão: “El derecho penal económico empresarial sirvió, por tanto, como ámbito perfecto para la generalización en los tribunales de la teoría del dominio del hecho o, más bien, de los presupuestos objetivo materiales esenciales de la misma. Y es que, a mi parecer que el Tribunal Supremo acogiera esta nomenclatura no implicaba que estuviera adoptando esta teoría del dominio del hecho en todo su sentido y complejidad. De la escasa fundamentación teórica, innecesaria por otra parte, en las resoluciones que la adoptaban difícilmente se puede extraer tal consideración como consecuencia. Su uso se debía, más bien, a la voluntad de apartarse de la rigidez, para la valoración normativa de la forma de intervención, que ofrecía la teoría objetivo formal. La teoría del dominio del hecho aparecía como la más conocida formulación teórica que situaba el centro de la diferenciación entre autor y partícipe en elementos materiales y no formales, y a ello es a lo que, en última instancia, se acogía el Tribunal Supremo” (MIRÓ LLINARES, Fernando. Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (III) Intervención delictiva. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; MIRÓ LLINARES, Fernando. *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: Wolters Kluwer, 2013. p. 331).

V. *Compliance*

Dentre os penalistas, a discussão se especializou no plano da estruturação dos deveres de cumprimento na empresa. Parte-se do pressuposto abstrato da “autorregulação regulada”,⁶⁵ que permitiria correção entre as práticas empresariais e os parâmetros de cumprimento normativo ditados pelas autoridades públicas. Segundo esse modelo, a estruturação de deveres no

⁶⁵ Com recurso à noção sistêmica de “acoplamento estrutural”, SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 449-484. Em outra oportunidade e sob influência do que formulava Sieber, compreenderam-se os deveres de *compliance* da forma seguinte: “Na estruturação destes deveres de cooperação entre as organizações e o Estado, os deveres de *compliance* em sentido estrito podem ser analisados em dois planos distintos, segundo sua relevância prática para a interpretação da infração econômica: a) na responsabilidade individual, os programas exercem um rol específico nas a.1) diretrizes empresariais e infração de dever de cuidado, e, de forma complementar, no conhecimento da realização do tipo, ademais de a.2) deveres gerais de garante às pessoas que ocupam posição de dirigente na evitação de delitos e de seus subordinados (em sistemas de delegação de dever, ademais de outras ações socialmente danosas da empresa); e b) na responsabilidade empresarial, por força da expansão da responsabilidade individual de um empregado, especialmente o dever de devida diligência (*Aufsichtspflicht*). No plano individual, atribui-se responsabilidade a resultados danosos no âmbito das organizações. A relevância das diretrizes de *compliance* pode situar-se, de um lado, no manejo dogmático quanto na percepção do dolo, da infração de dever de cuidado e em outros marcos normativos regulatórios, como na determinação da pena, e, de outro, na determinação de deveres de garante fundamentados na evitação de determinados resultados. Precisamente aqui podem ser observadas influências de deveres derivados de outras ramificações do direito. No plano das organizações, a indiferença ante a devida precaução na organização (quer dizer, a “culpabilidade da organização”) é ainda relevante para a imputação de responsabilidade penal: com base nas diretrizes de *compliance*, a empresa recebe o *status* de destinatário do dever de organização e de deveres especiais dos empregados da empresa. Exige-se que haja conexão da ação do empregado da empresa, em que se deduz a responsabilidade por organização inadequada ou por déficit de organização. Todavia, as consequências de falhas nos marcos regulatórios das pessoas jurídicas ainda não receberam a devida atenção especial do legislador, sobretudo no que diz respeito à necessidade de determinação legal da efetividade dos programas de *compliance* e averiguação de seu potencial preventivo, vale dizer, se os novos padrões regulatórios da autoconstitucionalização tem de fato conduzido a uma melhoria significativa no comportamento empresarial” (SAAD-DINIZ, Eduardo. Novos modelos de responsabilidade empresarial: a agenda do direito penal corporativo. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (Org.). *Estudos em homenagem à Ivette Senise Ferreira*. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 153-164).

ambiente empresarial seria a alternativa preferencial para suprir o déficit entre capacidade estatal/especialização organizacional.

O paradigma da infração de dever nas organizações empresariais, no entanto, acaba por limitar a compreensão dos programas de *compliance*. Há três momentos importantes na evolução do conceito de *compliance*: (1) negativo; (2) positivo; (3) integração das teses de governança, risco e *compliance* (GRC). A (1) concepção negativa restringe-se à elaboração de políticas corporativas preventivas, voltadas à detecção, apuração e reação às infrações econômicas, desde uma mentalidade preventiva. Até então, *compliance* se interpretava nos limites das estratégias de defesa *ex ante* e *ex post* em relação ao comportamento desviante. Em um segundo momento, em uma fase (2) positiva, despontaram esforços mais imaginativos, orientados ao comportamento corporativo pró-social. Difunde-se que a importância dos programas de *compliance* está para muito além da simples noção defensiva e deve promover práticas efetivas de integridade, priorizando não apenas a intolerância diante do que está errado, mas também enaltecendo as boas práticas desenvolvidas no ambiente empresarial. Em momentos mais recentes, destaca-se (3) a integração das estratégias de GRC, em função das quais se desenvolvem estratégias de aperfeiçoamento da gestão empresarial. Também é verdade que a profissionalização da gestão promovida pelas estratégias de GRC garante melhores padrões de defesa, permitindo melhor conduzir as operações de comunicação, documentação e os mecanismos de proteção de interesses de terceiros.

Nessa linha evolutiva, os programas de *compliance* podem ser entendidos como um programa organizado para incrementar a gestão organizacional e a capacidade regulatória para prevenção de infrações econômicas e controle dos riscos morais. Trata-se de novo modelo de cumprimento de normas de gestão que oferece novas perspectivas de método para revisão das teses tradicionais sobre a performance institucional e o lugar do comportamento ético na empresa. Em termos de cooperação internacional, as funções de *compliance*, se desempenhadas com idoneidade e adequadas à dinâmica de negócios da empresa, demonstram que a organização empresarial tem condições de mover os *players*, contratantes e fornecedores em um mercado orientado por integridade. Um programa bem estruturado demonstra ao mercado a capacidade da organização em gerenciar riscos e contextos de crise. Especialmente no atual cenário brasileiro, a inteligência de *compliance*

favorece planejamento mais rigoroso para se antecipar a reações imprevisíveis de fiscalizadores e reguladores, que a qualquer momento podem vincular empresas ou dirigentes por informações colhidas em investigações, colaborações premiadas ou acordos de leniência.

Apesar de haver ocupado o epicentro dos debates jurídicos nos últimos cinco anos, no mercado brasileiro há ainda certa confusão quanto à importância dos programas de *compliance*. Alguma incompreensão tem levado a acreditar que a implementação de *compliance* representaria imunização dos dirigentes ou blindagem patrimonial, ou, o que é ainda pior, que os programas de *compliance* isentariam empresas e dirigentes de responsabilidade. Nos termos do que tem sido legislado e interpretado na jurisprudência brasileira, nada disso pode ser afirmado, se a pretensão não for envolver-se em ilusões ou na mercancia de custos e benefícios que lamentavelmente tem sido a tônica entre nós.⁶⁶ E isso não apenas em termos de legislação doméstica, vale o mesmo para a cooperação internacional e as ameaçadoras legislações estrangeiras de alcance extraterritorial, notadamente o FCPA norte-americano.⁶⁷

⁶⁶ Algo que apontamos em outras oportunidades, sem embargo ainda bastante atual: “Incomoda a campanha por parte de alguns juristas com a finalidade de triunfar economicamente sobre as oportunidades de negócio formadas no entorno dos escândalos corporativos. É desalentadora a forma como se reduz a complexidade dos programas de prevenção às infrações econômicas a um “produto de mercado”, fazendo mercancia da promessa de prevenção de responsabilidade e proteção patrimonial, ainda quando os marcos regulatórios nacionais estão longe de garantir a utilidade do resultado. Reagimos muito mal aos escândalos de corrupção corporativa, ensejando movimentos desorganizados e mobilizações de ocasião do tipo “não à corrupção”. E é curioso que semelhantes manifestações populares orquestradas em torno da retórica dos “investidores inocentes” sejam tão recentes, talvez porque nas últimas décadas os próprios manifestantes estivessem absortos na euforia consumista causada pelos mesmos escândalos corporativos de que hoje se sentem vítimas. Onde estavam estes manifestantes nos últimos anos? Esta lógica do oportunismo não destoa muito da certa facilidade com que qualificamos o outro como “corrupto”, revelando os efeitos perversos de nossa faculdade de julgar: reforçar a superioridade moral de quem julga em relação à inferioridade de quem é submetido a julgamento” (SAAD-DINIZ, Eduardo. Escândalos de corrupção corporativa: filme de terror sem fim? *Boletim IBCCrim*, v. 9, 2015. p. 11).

⁶⁷ CHOI, Stephen J.; DAVIS, Kevin E. Foreign affairs and enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act. *NYU Law and Economics Research Paper/NYU School of Law, Public Law Research Paper*, 2013.

A falta de utilidade dos programas de *compliance* para o sistema sancionatório⁶⁸ nos deixa encerrados em um impasse regulatório: pode-se implementar o mais robusto modelo de *compliance* e ainda assim cometer delitos, ou mesmo instrumentalizá-lo para a prática de infrações econômicas e domínio estratégico de mercado.⁶⁹ Por um lado, a falta de razoabilidade regulatória, assim como em Eugene Bardach e Robert Kagan, atinge diretamente as estratégias de gestão e os procedimentos internos de *compliance*, obstruindo a apreensão adequada dos incentivos e capacidades organizacionais de cooperação.⁷⁰ De outro, embora ativa, a política legislativa na área é mais do que criticável. Duas recentes leis deram especial impulso aos programas de *compliance* no Brasil. A “lei de lavagem de dinheiro” (Lei 9.613/1998, alterada pela Lei 12.683/2012) que incrementou 1) identificação e cadastro de clientes (art. 10, inc. I); 2) registro de operações (art. 10, inc. II); 3) prestação de informações requisitadas pelas autoridades financeiras (art. 10, inc. III); e, principalmente, 4) comunicação, independentemente de provocação pelas autoridades, da prática de operações suspeitas de lavagem de dinheiro ou simplesmente valor elevado (art. 11).

Já a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), que prescreve a responsabilidade civil e administrativa de empresas e dirigentes por infrações econômicas contra a Administração pública nacional ou estrangeira, reservando vaga menção aos programas de *compliance*: “será levado em consideração na aplicação das sanções” “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (art. 7º, VIII). Mais tarde, em 2015, o Decreto

⁶⁸ LAUFER, W. Illusions of compliance and governance. *Corporate Governance*, v. 3, 2006. p. 241; sobre o ordenamento brasileiro, SAAD-DINIZ, Eduardo; RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Persecución penal de la corrupción en el marco brasileño: desde las transformaciones del delito de cohecho hasta la nueva mirada sobre la corrupción empresarial. *Revista de Estudios Brasileños*, v. 4, 2016. p. 154 e ss.

⁶⁹ Em outra oportunidade, criticou-se a “interpretação automática” “non-compliance = prática de infração” que se fez na AP 470. (SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de criminal compliance na AP 470. *Revista dos Tribunais*, v. 933, 2013. p. 151-165.)

⁷⁰ BARDACH, Eugene; KAGAN, Robert. *Going by the book: the problem of regulatory unreasonableness*. London: Routledge, 2002. p. 58 e ss.

federal regulamentador (n. 8.420/2015), definiu “programa de integridade” (art. 41º) e os elementos necessários para a interpretação da efetividade (art. 42º). Apesar disso, além de elevar os custos de transação, não há razão suficiente para que sejam adotados todos os passos recomendados na regulamentação.⁷¹ Assim na Lei Anticorrupção, assim também na normativa mais recente, como a Lei de “Responsabilidade das Estatais” (Lei 13.303/2016)⁷² e a Resolução Bacen 4.595/2017,⁷³ além das rodadas

⁷¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção...*, cit., p. 315 e ss.

⁷² Em outra oportunidade, criticou-se que: “(...) A lei de responsabilidade das estatais vai, até agora, acompanhando lógica semelhante, indiferente aos insucessos da política regulatória nacional. A sistematização do novo estatuto inovou pouco em matéria de contratações públicas e segue a mesma tradição formalista do direito brasileiro. (...) Mas a maior preocupação, no entanto, é que as dificuldades impostas pela lei à renovação das práticas de gestão nas estatais, somadas às dificuldades na criação de uma nova, possam gerar um vazio no mercado bastante favorável a empresas privadas. O nível de exigências legais e procedimentais pode não só onerar como inviabilizar o funcionamento das estatais”. (SAAD-DINIZ, Eduardo. *Regulação e integridade nas estatais com a nova lei. Valor Econômico*, 27.07.2016.)

⁷³ Iguamente, criticou-se que: “Ainda que tenha demarcado a necessidade de integração com os “demais riscos” da atividade (art. 2º, parágrafo único), poderia haver demonstrado a que se refere esta combinação de estratégias de gestão de risco. A integração de riscos poderia abranger tanto medidas de controle, tais como a contenção da instabilidade gerada pelos fluxos de migração de capital, quanto indução de melhores práticas de governança bancária, explorando o potencial regulatório das redes contratuais movidas diariamente pelos negócios bancários com outras instituições financeiras, fornecedores e outros contratantes. (...) Temos quase uma década de evidências “pós-Dodd Frank Act” (legislação norte-americana que regula o risco bancário) demonstrando que não basta a crença no aumento da supervisão bancária, mas sim esforços genuínos para se determinar a informação relevante e suficiente para a colaboração. E, para se levar a sério o intercâmbio de informações, a resolução teria que enfrentar as questões centrais de sigilo e de confidencialidade da informação, com todas as suas implicações em termos de cooperação internacional. A perda de uma excelente oportunidade estratégica de regulação pode ser ruim para as instituições financeiras, que devem alocar seus recursos (nem sempre abundantes) para implementar programas sem, na verdade, conhecer as prioridades e sua utilidade perante fiscalizadores e reguladores. Os procedimentos internos ficam engessados e se aumentam os custos de transação, perdendo-se, ao final, a percepção sobre o retorno do investimento em *compliance*. (...) Ruim para os bancos e péssimo para os funcionários. A documentação sobre a individualização das responsabilidades nos ciclos de deveres bancários (art. 5º, II) pode ser perversa. O registro dos procedimentos tende a eliminar as dúvidas sobre a intencionalidade dos atos ilícitos praticados, antecipando a convicção sobre a cumplicidade das instituições financeiras independentemente das garantias típicas

de repatriação de ativos, que reanimaram as práticas de *tax compliance*.⁷⁴ A verdade é que a aplicação dos programas de *compliance* é duvidosa e ainda se sabe muito pouco sobre sua real utilidade para o sistema sancionador brasileiro. Daí porque é essencial a avaliação de risco, determinando que os recursos investidos de fato podem produzir resultado efetivo. A redução de controles indevidos – auditorias, controles internos e externos, mecanismos de *compliance* excessivos ou incongruentes – é indispensável para uma estratégia responsável e adequada de *compliance*. A redução de gastos sem resultado prático pode ser revertida em investimento direto na melhoria condições pessoais e organizacionais da empresa.

do processo judicial” (SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance e regulação bancária na resolução do BC. Valor Econômico*, 12.09.2017).

⁷⁴ Na interpretação da voluntariedade da declaração de ativos repatriados, recomendamos padrões de *tax compliance* com base em critérios da verdade construída (Stephan Stübinger) e autenticidade (William Laufer). No plano internacional desde 2010, importa especialmente a legislação norte-americana, *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, priorizando a prevenção à evasão fiscal e imposição de deveres a administradores – devida diligência, lealdade aos interesses da companhia em relação aos compromissos fiscais –, sobretudo nas companhias de capital aberto listadas na *New York Stock Exchange*, dos EUA, submetidas à estruturação mais detalhada de seus mecanismos de controle e de *compliance*. Empresas brasileiras que estejam submetidas ao alcance extraterritorial da FATCA devem revisar os programas de *compliance*, para garantir o cumprimento dos deveres específicos. No Brasil, o FATCA foi internalizado por meio do Decreto 8.003/2013, que regulamenta o acordo de cooperação entre os países para intercâmbio de informação tributária. O Decreto 8.506/2015 dedica-se a regulamentação de questões específicas, porém deixando aberta para os programas de *compliance* a questão do sigilo fiscal. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por meio de seus pareceres, tem aberto a discussão para os programas de *tax compliance*. No particular da *tax compliance* e a partir de uma avaliação de risco, os melhores padrões de comunicação podem ser bastante significativos. A legislação brasileira busca acomodar as necessidades de arrecadação do país e oferece algumas oportunidades para relação de colaboração entre contribuinte e o Fisco mediada por um programa de prevenção às infrações tributárias. *Tax compliance*, em últimas circunstâncias, reduz o espaço para o planejamento tributário agressivo, que é pernicioso para a preservação e estabilidade da empresa. Apesar de ainda pouco significativos em termos de atribuição de responsabilidade e embora o Brasil tenha experimentado certo avanço na área de governança fiscal, ainda se conhece muito pouco sobre a efetividade e os indicadores de boa gestão do risco fiscal. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime...*, cit., p. 308 e 311.)

VI. A título de conclusão: a funda de David

Diante desse cenário, Golias teria poucas razões para temer. Há razoáveis argumentos que permitem afirmar que a regulação do comportamento corporativo socialmente danoso segue um tanto à deriva no Brasil. Quanto menos inteligência de *law enforcement* e ou falta de sofisticação em regulação, menor é a atitude colaborativa das empresas e mais ostensivas e seletivas tendem a ser as operações de moralização dos costumes empresariais e políticos. A priorização de maior intensidade na coerção a partir de *individual accountability* faz com que as organizações empresariais percam a orientação cooperativa. Por fim, a ausência de paradoxo regulatório com a certeza da punição das pessoas jurídicas, conduz as modelações abstratas de autorregulação para um deletério estado de desacoplamento estrutural.

Trinta anos após a previsão constitucional, os esforços de regulação do comportamento corporativo seguem sendo assistemáticos no Brasil. Faltam construções dogmáticas adequadas ao nível de diferenciação da sociedade econômica, estamos muito longe de dominar a utilidade do sistema de sanções, desconhecemos as bases criminológicas (quem são as empresas, como afetam a nossa sociedade e como puni-las, endereçando a reprovação do comportamento) e sequer começamos os debates sobre o papel da responsabilidade penal da pessoa jurídica e dos programas de *compliance* na regulação do comportamento corporativo. A funda de que dispõe Davi está muito longe de intimidar Golias. Ou bem se priorizam políticas regulatórias combinadas com mecanismos sancionatórias às empresas, ou pouco pode o ordenamento brasileiro fazer diante das gigantes corporações.

Referências bibliográficas

- ANDREASSI CIERI, Alejandro. *Arbeit macht frei: el trabajo y su organización en el fascismo* (Alemania e Italia). España: FIM, 2004.
- ARAÚJO JR., João Marcello. *Societas delinquere potest: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina*. GOMES, Luiz Flávio et al. (Org.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. New York: Oxford Press, 1992.
- BAMBERGER, Kenneth. Technologies of Compliance: risk and regulation in a digital age. *Texas Law Review*, v. 88, 2010.
- BARAK, Gregg. *Unchecked corporate power: why the crimes of multinationals are routinized away and what we can do about it*. London: Routledge, 2017.
- BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Tese-USP, 2014.
- BARDACH, Eugene; KAGAN, Robert. *Going by the book: the problem of regulatory unreasonableness*. London: Routledge, 2002.
- BARRILARI, Cláudia Cristina. *O crime econômico e a autorregulação*. São Paulo: Tese-USP, 2017.
- BLACK, Edwin. *IBM e o Holocausto: a aliança estratégica entre a Alemanha nazista e a mais poderosa empresa americana*. Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Do tratamento penal da ingerência*. São Paulo: Tese-USP, 2015.
- BRAITHWAITE, John. Responsive regulation and developing economies. *World Development*, v. 34, 2006.
- _____. The new regulatory state and the transformations of criminology. *British Journal of Criminology*, v. 40, 2000.
- CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015.
- CHOI, Stephen J.; DAVIS, Kevin E. Foreign affairs and enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act. *NYU Law and Economics Research Paper/NYU School of Law, Public Law Research Paper*, 2013.
- COFFEE JR., John. No soul to damn, no body to kick: an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment. *Michigan Law Review*, v. 79, 1981. p. 386-459
- _____. Understanding Enron: it's all about the gatekeepers, stupid. *Columbia Law School Working Paper*, 2002
- FOSTER, Sharon. Too big to prosecute: collateral consequences, systemic institutions and the rule of law. *Review of Banking and Financial Law*, v. 34, 2015.
- FRISCH, Wolfgang. Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung. In: ZÖLLER, Mark et al. (Org.). *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension: Festschrift für Jürgen Wolter*, 2013. p. 349-374.
- GARRETT, Brandon. *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*. Cambridge: The Belknap, 2014.

- GRIFFIN, Lisa Kern. Criminal Lying, prosecutorial power, and social meaning. *California Law Review*, v. 97, 2009.
- _____. Inside-Out Enforcement. In: BARKOW, Anthony; BARKOW, Rachel. *Prosecutors in the boardroom: using Criminal Law to regulate corporate conduct*. New York: NYU Press, 2011.
- HAGAN, John. *Who are the criminals? The politics of crime policy from the Age of Roosevelt to the Age of Reagan*. Princeton: Princeton University Press, 2010.
- HASNAS, John. The centenary of a mistake: one hundred years of Corporate Criminal Liability. *American Criminal Law Review*, v. 46, 2009.
- KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new Era*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.
- KUBICIEL, Michael. Die Finanzmarktkrise zwischen Wirtschaftsstrafrecht und politischem Strafrecht. *ZIS*, v. 2, 2013. p. 53-60.
- _____. Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿Un nuevo prototipo del Derecho penal económico? *Indret*, v. 3, 2017.
- _____. Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände. *ZStW*, v. 2, 2017. p. 473-476.
- LAUFER, W. Illusions of compliance and governance. *Corporate Governance*, v. 3, 2006. p. 241;
- _____. *Corporate bodies and guilty minds*. Chicago: Chicago Press, 2006.
- _____. El compliance game. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SABADINI, Patricio et al. (Org.). *Regulación del abuso en el ámbito corporativo: el rol del derecho penal en la crisis financiera*. Resistencia: Contexto, 2016.
- _____. Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza. In: CENTONZE, Francesco; MANTOVANI, Massimo. *La responsabilità penale degli enti*. Bologna: Il Mulino, 2016.
- LICHAND, Guilherme et al. Is corruption good for your health? *Harvard Working Paper*, 2015
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Corporate criminal liability in Brazil: the paradox of its interpretation by Brazilian Courts. *Revista Direito GV*, v. 65, 2011.
- MIRÓ LLINARES, Fernando. Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (III) Intervención delictiva. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; _____. *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: Wolters Kluwer, 2013.
- NADER, Ralph et al. *Taming the giant corporation: how the largest corporations control our lives*. New York: WW Norton, 1976.

- NAUCKE, Wolfgang. *Der Begriff des politischen Wirtschaftstat*. Eine Annäherung. Berlin: LIT, 2012.
- NIETO MARTIN, Adán. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2015.
- OLIVEIRA, Ana Carolina. *A responsabilidade por omissão dos sujeitos sensíveis à lavagem de dinheiro: o dever de informação*. São Paulo: Tese-USP, 2016.
- PARKER, Christine. The pluralization of regulation. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 9, 2008. p. 349-369.
- PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- PRADO, Luiz Regis; DOTI, René Ariel (Org.) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- SAAD-DINIZ, Eduardo; MARTINELLI, Sofia Bertolini. *Gatekeepers e soluções de compliance*. *Revista dos Tribunais*, v. 979, 2017. p. 69-89.
- SAAD-DINIZ, Eduardo; RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Persecución penal de la corrupción en el marco brasileño: desde las transformaciones del delito de cohecho hasta la nueva mirada sobre la corrupción empresarial. *Revista de Estudios Brasileños*, v. 4, 2016.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. “Autoconstitucionalización y responsabilidad: hacia una sociología del comportamiento ético en la empresa” (breve publicação).
 _____. Códigos corporativos privados: ¿alternativa para prevención de la corrupción y protección de derechos humanos en el ámbito corporativo? In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SABADINI, Patricio et al. (Org.). *Regulación del abuso en el ámbito corporativo: el rol del derecho penal en la crisis financiera*. Resistencia: Contexto, 2016.
- _____. *Compliance e regulação bancária na resolução do BC*. *Valor Econômico*, 12.09.2017.
- _____. Escândalos de corrupção corporativa: filme de terror sem fim? *Boletim IBCCrim*, v. 9, 2015. p. 11).
- _____. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- _____. Novos modelos de responsabilidade empresarial: a agenda do direito penal corporativo. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (Org.). *Estudos em homenagem à Ivette Senise Ferreira*. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 153-164.
- _____. O sentido normativo dos programas de criminal compliance na AP 470. *Revista dos Tribunais*, v. 933, 2013. p. 151-165.

- _____. Regulação e integridade nas estatais com a nova lei. *Valor Econômico*, 27.07.2016.
- _____. *Vitimologia corporativa*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019
- SÁNCHEZ-VERA GOMEZ TRELLES, Javier. Desvinculación de la posición de garante en el derecho penal económico. In: SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria; MIRÓ LLINARES, Fernando. *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Wolters Kluwer, Madrid, 2013.
- SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: Tese-USP, 2014.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Köln: Heynmann, 1979.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- _____. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: TERRA, William et al. (Org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem a Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2012.
- SIEBER, Ulrich. Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität. *Festschrift für Klaus Tiedemann*. 2008.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Repatriação e crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.
- _____. Julgamento do século? *Valor Econômico*, 02.08.2012.
- SIMPSON, Sally. *Corporate crime, law and social control*. Cambridge: Cambridge Press, 2002.
- TEUBNER, Günther. "Self-Constitutionalizing TNCs? On the linkage of 'private' and 'public' corporate codes of conduct". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 18, 2011, p. 617-638.
- THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New York: Penguin, 2008.
- TIEDEMANN, Klaus. Zur Kultur der Unternehmensstrafbarkeit. In: QUELOS, N. (Org.) *Droit penal et diversités culturelles: Festschrift für José Hurtado Pozo*. Basel: Schulthess, 2012.
- TYLER, Tom. *Why people obey the law?* Princeton: Princeton, 2006.

- VOGEL, Joachim. Wertpapierhandelsstrafrecht. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (Org.). *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007.
- WALT, Steven; LAUFER, William. Why personhood doesn't matter: corporate criminal liability and sanctions. *American Journal of Criminal Law*, v. 18, 1991.
- YEAGER, Peter. Law, crime, and inequality: the Regulatory State. In: HAGAN, John et al. (Org.). *Crime and inequality*. Stanford: Stanford University Press, 1995.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. El rol del derecho penal y la crisis financiera. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; SABADINI, Patricio et al. (Org.) *Regulación del abuso en el ámbito corporativo*. Resistencia: Contexto, 2016.
- ZUCMÁN, Gabriel. *La riqueza escondida de las naciones: cómo funcionan los paraísos fiscales y qué hacer con ellos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.

Notas sobre a aplicação do princípio da vedação do *bis in idem* entre processos de apuração de responsabilidade de distintas naturezas

Notes on the application of the “ne bis in idem” (double jeopardy) principle between criminal and non criminal procedures

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS¹

Sumário: I – Introdução; II – A base normativa do PVBI; III – a justificativa do pvbi e primeiras notas sobre seu conteúdo, IV – Um problema inesperado: *o surgimento e crescimento de novos esquemas punitivos*, V – Um problema ampliado: *a sobreposição de esquemas de responsabilização de bens jurídicos ultra sensíveis*, VI – O PVBI na jurisprudência internacional, VII – A síntese possível

Resumo: A aplicação do princípio da vedação do *bis in idem* (“PVBI”) foi dificultada quando o direito penal deixou de ser o único sistema punitivo relevante, aumentando a possibilidade de dupla punição pelos mesmos fatos. Outro desafio decorre do enfraquecimento do PVBI pela necessidade de proteção reforçada de bens jurídicos sensíveis. Esta dificuldade é ampliada no Brasil com o surgimento de novos sistemas de apuração de responsabilidade que dificilmente podem ser denominados de administrativos (como é o caso da lei de improbidade). Ademais, a Constituição Brasileira não tem texto expresso reconhecendo o PVBI, mas tem dispositivos relativos à tutela de bens sensíveis que o afastam. Assim, partindo dos

¹ Mestre em direito público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RJ, doutorando em direito público pela Universidade de Coimbra. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado. Rua do Carmo n. 27, Centro, Rio de Janeiro – RJ, Brasil, CEP 20.011-020, rodrigomascarenhas@pge.rj.gov.br.

tratados que vinculam o Brasil, analisando a jurisprudência brasileira e internacional sobre o PVBI e discutindo a sobreposição de sistemas punitivos destinados à proteção de bens sensíveis, este trabalho tenta chegar a uma definição sobre o conteúdo do PVBI no Brasil.

Palavras-Chave: *vedação do bis in idem, sistemas punitivos penais e não penais, bens jurídicos ultra-sensíveis.*

Abstract: The application of the *ne bis in idem principle* (“PVBI”), started to grow on complexity when criminal law ceased to be the only relevant punitive system, increasing the possibility of double jeopardy, and when it was weakened due to the necessity to increase the protection on certain highly sensitive matters. In Brazil, that complexity is reinforced with the creation of completely new *non criminal* punitive procedures (as is the case with Brazilian improbity Law). Moreover, the text of The Brazilian Constitution does not mention the PVBI, but has some clauses restricting its application on certain sensitive matters. In this work, beginning with an analysis of the applicable international treaties and of Brazilian and international courts jurisprudences on PVBI, we discuss the overlap protection of sensitive matters by different punitive procedures trying to reach a definition of PVBI in Brazil.

Key-Words: *ne bis in idem, criminal and non criminal procedures, protection of highly sensitive matters.*

I – Introdução

Nos últimos anos o Brasil tem assistido a um grande movimento de ampliação do enfrentamento à corrupção em distintas dimensões. Podemos falar de uma ampliação da ação de cada um dos possíveis atores (ministério público, tribunais de contas e advocacia pública); podemos falar da entrada de novos atores (como a Controladoria Geral da União); da introdução de novos instrumentos jurídicos em sistemas clássicos de apuração de responsabilidade (como é o caso da delação premiada em relação à responsabilidade penal) e podemos falar também da criação de novos sistemas de apuração

de responsabilidade, como é o caso daquele trazido pela Lei n. 12.846/13², conhecida como “Lei anticorrupção”.

Se este movimento gera aspectos extremamente positivos, ele também traz um desafio ao direito, consistente em tratar o problema da possível sobreposição de sanções tendo por base os mesmos fatos. Para lidar com este problema o direito tradicionalmente lança mão do princípio da vedação do *bis in idem* que, no Brasil, goza de situação peculiar: todos reconhecem sua existência em tese, pouco se discute sobre seu conteúdo de forma mais aprofundada e raramente ele é aplicado no caso concreto.

Saber o que é o *bis in idem* ou o princípio da vedação do *bis in idem*, ou princípio do *non bis in idem*, ou do *ne bis in idem*, que denominaremos aqui, a bem da economia de espaço, de PVBI, é algo tormentoso. A primeira resposta é a de que se trata do princípio (até este ponto pareceria uma regra) que veda que alguém seja punido duas vezes pelo mesmo ... fato? Aqui já começam as dúvidas: pelo mesmo fato ou pelo mesmo crime (ou ato ilícito de outra natureza)?

Mas há outras dúvidas: o princípio proíbe a dupla punição ou proíbe (à montante), que seu beneficiário responda a um segundo processo. E, se a proibição for a de responder a um segundo processo, ela incide apenas se o beneficiário tiver sido punido no primeiro ou também incide se tiver sido absolvido?

Questão ainda mais difícil – e que constitui o objeto deste trabalho – é saber se o PVBI opera apenas dentro de cada sistema de responsabilidade punitiva (penal, administrativo, de improbidade), proibindo, portanto, duas punições criminais pelo mesmo fato (ou pelo mesmo crime), mas permitindo que a uma punição penal (pelo mesmo fato ou crime) se some uma pena administrativa. Ou será que, uma vez definida sua hipótese de incidência, a proibição se dirige a qualquer segunda punição (ou segundo processo), independentemente de sua origem?

Antes de entrar no objeto central deste trabalho façamos uma breve análise da base normativa, da justificativa e do conteúdo do PVBI.

² Para acesso à legislação federal brasileira recomendamos consultar <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>.

II – A base normativa do PVBI

Não há, no direito interno brasileiro, base normativa expressa para o PVBI. Com efeito, embora sua presença entre nós seja reconhecida de forma talvez unânime pela doutrina³ e jurisprudência (as divergências evidentemente se dão quanto a seu conteúdo), ele não está expressamente previsto nem na Constituição⁴ nem na legislação infraconstitucional, salvo nas hipóteses em que o PVBI é afastado sem ser expressamente mencionado. Na verdade, a única previsão constitucional pode ser encontrada no § 2 do artigo 5º da Constituição Brasileira, segundo o qual os “direitos e garantias expressos” na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais” em que o Brasil seja parte.

A principal previsão do PVBI no direito brasileiro se encontra no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969⁵, com o seguinte texto:

“Artigo 8º – Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito⁶ tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o

³ Por exemplo, escrevendo sobre improbidade administrativa, José Roberto Pimenta Oliveira afirma que: “a Constituição já traz diversos princípios constitucionais materiais e formais, informativos e limitadores do exercício do *jus puniendi* estatal. (...). Sob o ponto de vista formal (ou processual punitivo), exige-se observância dos seguintes princípios: (...) (viii) princípio da vedação ao *bis in idem*”. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 202.

⁴ Ao contrário do que acontece com diversas constituições, como a Constituição Portuguesa, onde está previsto da seguinte forma: “Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime” (art. 29º ‘6’); a Lei Fundamental de Bonn, onde está previsto da seguinte forma: “Ninguém pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato, com base no direito penal comum” (art. 103º (3)) e a Constituição dos E.U.A., onde está inserido na 5ª emenda: “(...) nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb;”.

⁵ Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 678, de 06.11.1992.

⁶ Vale observar que nas versões em português e em espanhol se usa a palavra “delito”. Já na versão em inglês se usa a expressão “criminal offense”.

processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...)

12. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Ainda na esfera internacional temos o artigo 14º⁷ do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁷, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, com a seguinte redação:

“Ninguém poderá ser processado ou punido por um *delito* pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

Uma vista d’olhos nos dois tratados internacionais já revela uma diversidade de tratamento quanto àquilo que desencadeia a proteção do PVBI: mesmos *fatos* ou mesmo *delito*.

Importante registrar que o PVBI também é reconhecido no contexto da cooperação penal internacional⁸ e está expressamente previsto no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁹.

⁷ Promulgado no Brasil pelo Decreto n. 592, de 06.07.1992 (a versão em inglês é: “No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country”).

⁸ “The principle that no one shall be tried or punished more than once for the same offence, expressed as *ne bis in idem* or double jeopardy, is reflected in the major human rights treaties, and is an expression of the broader principle of finality and the binding effect of judgments (...). The principle also applies in the context of international cooperation in criminal matters”. No entanto, os autores esclarecem que, a rigor, a decisão do tribunal de um país não pode ser considerada como vinculante do tribunal de outros países (sob pena de violação de sua soberania) e que, por isso, existe enorme variação quanto à forma e extensão que distintos países dão a julgamentos proferridos por outros. CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan, ROBINSON, Darryl, WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 3rd edition, reprinted, Cambridge: Cambridge University Press, 2015 p. 85 e ss.

⁹ Promulgado no Brasil pelo Decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002 (artigos 20º e 89º): Artigo 20º *Ne bis in idem*

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.

2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

III – A justificativa do pvbi e primeiras notas sobre seu conteúdo

O que está por trás do PVBI é uma ideia de justiça, ou mesmo de razoabilidade. As pessoas devem pagar pelo que fizeram, mas não seria justo “pagar duas vezes”. Além da ideia de justiça também é possível invocar um interesse em que o trabalho de investigação e preparação das investigações seja bem feito¹⁰.

Canotilho e Vital Moreira, ao comentarem o dispositivo da CRP que trata do PVBI¹¹, afirmam que tal princípio:

“comporta duas dimensões: (a) como *direito subjetivo fundamental*, garante ao cidadão o direito de não ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo facto, conferindo-lhe ao mesmo tempo a possibilidade de se defender contra actos estaduais violadores deste direito (direito de defesa negativo); (b) como princípio constitucional objectivo (dimensão objectiva do direito fundamental), obriga fundamentalmente o legislador à conformação do direito processual e

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou

b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Artigo 89º Entrega de Pessoas ao Tribunal

1. O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa (...).

2. Sempre que a pessoa cuja entrega é solicitada impugnar a sua entrega perante um tribunal nacional com, base no princípio *ne bis in idem* previsto no artigo 20º, o Estado requerido consultará, de imediato, o Tribunal para determinar se houve uma decisão relevante sobre a admissibilidade. Se o caso for considerado admissível, o Estado requerido dará seguimento ao pedido. Se estiver pendente decisão sobre a admissibilidade, o Estado requerido poderá diferir a execução do pedido até que o Tribunal se pronuncie”.

¹⁰ “Reasons of fairness to defendants and the interest of thorough investigations and preparations of cases by the prosecutorial authorities motivate the principle”. CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan, ROBINSON, Darryl, WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law ...* Op. cit, p. 85.

¹¹ Art. 29º ‘6’, reproduzido em nota anterior.

à definição do caso julgado material, de modo a impedir a existência de vários julgamentos pelo mesmo facto”.¹²

Também é importante fazer a distinção entre consequência punitiva (penal ou de outra natureza) e consequência reparatória. Nos parece razoavelmente consensual afirmar que a cumulação de uma obrigação de reparar um dano e de uma punição não ofende o PVBI. A reparação de um dano deve servir apenas para repor uma pessoa ou um bem jurídico à situação em que ela se encontrava antes de um dano, retomando-se o denominado *status quo ante*¹³. Ainda que esta reparação possa ter um custo financeiro, pagar por este custo não é uma punição, inclusive porque, dependendo das condições económicas do agente ou do montante envolvido este custo pode ser irrelevante. Já a consequência punitiva, com escusas pela redundância, visa a punir alguém por ter feito algo – independentemente de qualquer possibilidade de retorno ao *status quo ante*¹⁴.

Mas a possibilidade de um mesmo fato gerar uma punição penal e uma punição de outra natureza é aceita por boa parte da doutrina e jurisprudência, incluindo os mesmos Canotilho e Vital Moreira, que consideram que: “Não se reconduz à ‘prática do mesmo crime’ o sancionamento de uma conduta como infração disciplinar e como crime (...) e como crime e como contra-ordenação”¹⁵.

No Brasil, ao contrário do que ocorre em Portugal, não existe uma lei geral sobre as contra-ordenações (em geral denominadas no Brasil como direito administrativo sancionador). Pois bem, a Lei Portuguesa (Decreto-Lei nº 433/82), denominada de Regime Geral das Contra-Ordenações – RGCO, possui dispositivo específico (artigo Artigo 20º), afirmando que “se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação,

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: anotada Vol. I*, 4ª ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 497.

¹³ Sobre o tema veja-se SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁴ A razão ou objetivo que se busca com a punição é objeto de um mais do que centenário debate no direito penal, na sociologia do direito na filosofia e em outros campos. Sobre o tema vide GARAPON, Antoine, GROS Frédéric, PECH, Thierry. *Punir em democracia – E a Justiça será*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

¹⁵ Op. Cit., p. 498.

será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação”.

Comentando este dispositivo, Augusto Silva Dias lembra que o Tribunal Constitucional Português, em caso em que estava em causa interpretação de certo dispositivo legal “no sentido de admitir que a mesma factualidade comporte uma punição simultaneamente a título de crime e de contra-ordenação ... concluiu que ‘o princípio ne ‘bis in idem’ ... pode ter aplicação, por analogia em concurso de crimes e contra-ordenações, quando os bens jurídicos tutelados pelas respectivas normas sejam idênticos. No fundo, é o reconhecimento de que estão em causa os mesmos bens jurídicos nas infracções correspondentes a factos que, pelo mesmo diploma ... ‘constituem simultaneamente crime e contra-ordenação’”¹⁶. Dias relata ainda que em acórdão posterior, o “Tribunal reforça esta orientação vincando que ‘não basta invocar a punição plural de um facto ou acção unitários para se ter como demonstrada uma violação do n.º 5 do artigo 29º da Constituição’ sendo necessário que ‘as normas sancionem – de modo duplo ou múltiplo – substancialmente a mesma infracção’ e acrescentando ao critério da identidade do bem jurídico tutelado um outro, alternativo, constituído pelo ‘desvalor pressuposto por cada uma’ das normas sancionadoras concorrentes’. Conclui o autor que “a contrario” “quando a unidade de facto não é acompanhada por uma unidade de fundamento a contra-ordenação conserva autonomia punitiva e justifica-se a aplicação da coima a par da pena”¹⁷.

No Brasil, o tema tem sido mais tratado pela jurisprudência, mas, admitindo amplamente a cumulação de punições de distintos sistemas de responsabilização pelo mesmo fato, temos a posição de Sandro Lucio Dezan¹⁸, e, em sentido contrário, temos a posição de Helena Regina da Costa¹⁹.

¹⁶ DIAS, Augusto Silva. *Direito das contra-ordenações*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 158-159.

¹⁷ Idem, p. 159.

¹⁸ “Anote-se que não haverá ofensa ao princípio em comento no caso de, pelo mesmo fato, ser o agente público punido em sede de direito penal e em sede de direito disciplinar, ou mesmo em sede de direito civil a exemplo da reparação do dano, pois a independência (relativa) das instâncias, por se tratarem de ramos distintos do direito sancionador, regulado por normas distintas e dando azo a sanções diferenciadas, compatibiliza o sistema jurídico, para tal permissão, que desfruta do *status* da constitucionalidade e da legalidade.” (DEZAN, Sandro Lucio, *Direito administrativo disciplinar: Princípios fundamentais*, Curitiba: Juruá, 2013, p. 264.)

¹⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada*, in BLAZECK, Luiz Mauricio

Na jurisprudência brasileira há um precedente antigo, mas importante para este trabalho, no qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitiu *duas* punições administrativas pelo mesmo fato, o que emprestaria ao PVBI um conteúdo bastante limitado. No caso, questionava-se multa (coima) por emissão abusiva de fumaça por veículo automotor lavrada por órgão ambiental, alegando que tal competência seria apenas do órgão de trânsito. O Tribunal considerou que o “fato, como acontecimento da experiência jurídica, enseja eventualmente, repercussão plural no Direito. Transitar com veículo, produzindo fumaça em níveis proibidos, interessa tanto ao Direito Ecológico como ao Direito da Circulação. Os respectivos objetos são diferentes. O primeiro busca conservar as condições razoáveis mínimas do ambiente. O segundo policia as condições de uso e funcionamento de veículos. Dessa forma, ainda que, fisicamente uno o fato, juridicamente, há pluralidade de ilícitos. Daí a legitimidade de o Departamento de Águas e Energia Elétrica, como do Detran, para aplicar sanções”²⁰. No caso concreto não houve uma dupla punição, mas o acórdão considerou essa possibilidade como admissível, dizendo que nesse caso “não haverá repetição de sanções, mas concurso de sanções, cada qual com seu pressuposto”²¹. Trata-se na verdade do conteúdo mais limitado que se possa cogitar do PVBI, tão limitado que quase o liquida, pois admite que o mesmo fato possa gerar duas sanções localizadas na mesma esfera ou sistema de apuração de responsabilidades (no caso, a do direito das contra-ordenações).

Um precedente mais recente seguiu a mesma linha. Tratava-se de caso no qual empresa do setor de petróleo recebeu multa do órgão ambiental federal (IBAMA) e da entidade reguladora da indústria de petróleo (ANP) pelo mesmo fato: “rompimento de oleoduto com o respectivo vazamento de combustível”. No entendimento do STJ: “não prosperam as alegações de usurpação da competência dos órgãos do SISNAMA e da Capitania dos Portos e de violação ao princípio do *non bis in idem*. A referida multa não decorreu do dano ambiental em si, mas da inadequação da instalação do duto. A multa aplicada pelo IBAMA, ..., decorreu de lesão ao meio-ambiente. Já a multa imposta pela ANP adveio da operação e instalação, realizadas

Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (orgs.), *Direito Administrativo Sancionador*, São Paulo: Quartier Latin, 2014. pp. 115-116

²⁰ RESP nº. 4.608/90-SP, j em 19.09.1990, Rel. Min Vivente Cernicchiaro, extrato da ementa.

²¹ Idem, p. 02 do voto do relator.

de modo tecnicamente inadequado. As sanções possuem natureza e fundamentos distintos. E não há óbice para que a ANP penalize a autora, diante do acidente ocorrido. Ademais, ainda que não cause dano ambiental, qualquer operação ou instalação, no âmbito da indústria do petróleo, que não observe as normas técnicas representa infração administrativa, sujeita a penalidades”²².

Há, no entanto, uma decisão do STJ em que se afirmou que “o postulado do non bis in idem representa uma vedação a uma dupla punição decorrente de uma mesma situação fática”. Esta decisão poderia representar uma grande mudança em relação aos precedentes anteriormente citados, mas o fato é que, no caso concreto, o STJ afirmou que o sancionamento do agente estava ocorrendo por “condutas diversas” e no acórdão o tema não é desenvolvido²³.

Também merece registro outro acórdão²⁴, relativamente recente, em que o STJ analisou a situação de servidor da União que respondeu a Processo Administrativo-Disciplinar (“PAD”), no qual foi absolvido. Posteriormente, veio a ser condenado em processo criminal pelos mesmos fatos. Em decorrência da condenação penal, cuja sentença transitou em julgado, a Administração instaurou novo processo disciplinar que resultou na demissão do servidor. O STJ considerou procedente a “alegação de bis in idem, pois as infrações pelas quais o servidor foi condenado criminalmente e que seriam a base da demissão aplicada no” 2º PAD estavam compreendidas no objeto do PAD anterior, na qual ele havia sido absolvido. No caso a administração alegou que não haveria a violação do *bis in idem* pois o objeto do novo PAD não eram as irregularidades apuradas no processo anterior, mas a condenação penal transitada em julgado que lhe foi imputada. No entanto, como decidiu o STJ, o que se pune não é o fato do servidor ser condenado criminalmente, mas as condutas que levaram a essa condenação. O STJ, por outro lado, já admitiu um segundo processo em decorrência dos mesmos fatos quando o primeiro tiver sido anulado²⁵.

²² AgRg no AREsp 475.146/RJ, DJe 23/05/2014.

²³ AgInt nos EDcl no Agravo em Recurso Especial Nº 1.016.077 – ES).

²⁴ STJ, MS 17.994/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 14.12.2016, DJe 17.04.2017.

²⁵ “A aplicação de penalidade de demissão em novo procedimento administrativo não representa *bis in idem* em relação a anterior processo disciplinar anulado, no qual havia sido

Pois bem, este breve panorama da jurisprudência brasileira revela significativa oscilação em relação ao conteúdo do PVBI²⁶ que, como visto, vai desde um conteúdo mínimo (que admite duas punições administrativas pelo mesmo fato desde que decorrentes de sistemas punitivos que protejam bens jurídicos distintos) até outro que não admitiria duas punições pelos mesmos fatos.

IV – Um problema inesperado:

O surgimento e crescimento de novos esquemas punitivos

O PVBI não estava preparado nem para a grande expansão do direito das contra-ordenações (ou direito administrativo sancionador), nem para o surgimento de outros regimes punitivos não enquadráveis nem no direito administrativo sancionador nem no direito criminal.

Com efeito, o PVBI surge como princípio do direito penal, apenas porque o direito penal foi, por muito tempo, o único direito vocacionado à punição. Os problemas do PVBI (a definição de seu conteúdo, o momento em que poderia ser invocado, etc.) eram problemas internos ao direito penal (problemas relacionados ao do concurso de ilícitos), que continuou, provavelmente até o final da 2ª guerra, como o único sistema punitivo, ou ao menos o único sistema punitivo relevante, na maioria dos países. Por estar inserido dentro do direito penal o PVBI tinha como resultado limitar a punição a apenas uma, ainda que se discuta se essa única punição é pelo mesmo fato ou pelo mesmo crime (discussão que, como dissemos, é resolvida com o problema do concurso de ilícitos).

cominada pena menos gravosa, porquanto a anulação da primeira punição faz subsistir apenas uma penalidade para a conduta do servidor” (STJ, MS 13.640/DF, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, julg. 15.12.2008, DJe 13.02.2009). Neste breve registro sobre a jurisprudência em torno do PVBI vale registrar duas antigas Súmulas do Supremo Tribunal Federal: “18 Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público” e “19 É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”.

²⁶ A mesma indefinição, se isso serve de consolo, ocorre no campo internacional, como anotado em CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan, ROBINSON, Darryl, WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law ... Op. cit.*, p. 86

Esta realidade mudou em diversos países com o enorme crescimento do direito das contra-ordenações que, em geral, acompanhou o aumento das atribuições do Estado a partir da década posterior ao fim da 2ª guerra mundial. No Brasil, além deste crescimento do direito das contra-ordenações (que ganha velocidade e intensidade a partir dos anos 90 do século passado) surgem novos esquemas punitivos que dificilmente se enquadram no direito administrativo sancionador, em especial o sistema de apuração de responsabilidades com base na denominada Lei de Improbidade Administrativa, sistema não penal mas indubitavelmente punitivo (embora também tenha um componente ressarcitório)²⁷. Mais recentemente temos um novo sistema trazido pela denominada Lei Anticorrupção.

Isto trouxe, em primeiro lugar, a necessidade de requalificar o antigo problema da relação entre o direito das contra-ordenações e o direito penal²⁸, que, na verdade, se transformou (no Brasil), no problema da relação entre, de um lado, o mesmo direito das contra-ordenações, agora acompanhado de uma série de outros sistemas que podemos chamar de punitivos não penais e, de outro lado, o mesmo direito penal.

Além disso, surge um problema realmente novo, que é o da relação entre todos estes distintos sistemas punitivos não penais. Note-se que já se identificaram (em texto anterior à sanção da Lei anticorrupção) 9

²⁷ Na verdade, existe um enorme debate doutrinário acerca da qualificação da responsabilidade apurada com base na Lei de Improbidade administrativa. Fala-se em ilícito de natureza civil (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit, p. 892-893 e GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, 7ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 590), responsabilidade administrativa (OSÓRIO, Fabio Medina. *Teoria da Improbidade administrativa*. São Paulo: RT, 2007, p. 234), quase-penal (linha seguida por Gilmar Ferreira Mendes, por ex na Recl. n. 4810/RJ, DJ 01/02/2007 PP-00135), ou, como preferimos, em linha próxima àquela desenvolvida por Pimenta de Oliveira, em uma nova forma de responsabilidade não reconduzível às demais (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa*, p. 88-89).

²⁸ O problema da relação entre o direito penal e o direito das contra-ordenações não é novo, o que é (relativamente) novo é a enorme expansão do direito das contra-ordenações, tanto na Europa como no Brasil (expansão que inclui o aumento de áreas sujeitas às contra-ordenações e um grande aumento da gravidade das penas, em especial do valor das coimas ou multas administrativas).

distintos sistemas de responsabilização²⁹, sendo que ao menos 7 deles seriam punitivos e não penais³⁰.

O surgimento destes novos esquemas punitivos foi acompanhado de dúvidas significativas acerca de seus regimes jurídicos. Com alguma hesitação chegou-se a certo consenso de que todo sistema punitivo deve ser operado com o respeito aos princípios originalmente concebidos para o processo e o direito penal³¹ – incluído o PVBI – embora a intensidade

²⁹ Com efeito, a partir dos quatro elementos que reputa estruturais para a construção dogmática de distintos sistemas de responsabilização (a configuração do ilícito, a delimitação das consequências jurídicas, a especificação dos bens jurídicos protegidos e o processo aplicável), José Roberto Pimenta Oliveira chega ao número impressionante de nove distintos sistemas de responsabilização albergados pela Constituição Brasileira e que constituiriam o “sistema constitucional de responsabilidade dos agentes públicos”. Em primeiro lugar o autor lista cinco sistemas de responsabilização “aplicáveis a quaisquer agentes públicos, donde o rótulo de *esferas gerais autônomas de responsabilidade dos agentes públicos*: (1) a *responsabilidade por ilícito civil* (art. 36º§6)”, de cunho reparatório; “(2) a *responsabilidade por ilícito penal comum* (art. 22º, I); (3) a *responsabilidade por ilícito eleitoral* (art. 14º e 22º, I); (4) a *responsabilidade por irregularidade de contas* (art. 71º, VIII); (5) a *responsabilidade por ato de improbidade administrativa* (art. 37º, § 4)”. As duas últimas com caráter punitivo e reparatório. Além disso, o autor lista três “esferas especiais autônomas de responsabilidade dos agentes públicos” “restringidas a determinados agentes ou categorias de agentes públicos”, a saber: “(6) a *responsabilidade político constitucional*, consubstanciada na previsão de crimes de responsabilidade”; “(7) a *responsabilidade político-legislativa*, consistente na decretação da perda do mandato parlamentar, pelas infrações previstas no artigo 55º; (8) a *responsabilidade administrativa*, incidente, excluídos os cargos políticos, sobre todos os titulares de cargo, função e emprego público”. Finalmente, o autor identifica a existência de uma “*esfera geral de responsabilidade dos agentes públicos, não autônoma*, derivada da: (9) *responsabilidade pela prática de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa*, p. 85-86; 91-141, grifos no original. Note-se que o autor admite amplamente a sobreposição de sanções oriundas de cada um destes sistemas sobre os mesmos fatos, por exemplo admitindo a cumulação de sanções aplicadas pelo Tribunal de Contas da União com base na Lei 8.433/92 com “sanções de mesma índole”, inseridas na Lei de Improbidade Administrativa (Idem, p. 462).

³⁰ Não concordamos com o autor no sentido de que todos os sistemas de que ele trata sejam efetivamente distintos quanto à sua natureza jurídica, mas não há dúvidas de que eles existem e que a possibilidade de sobreposição de sanções é grande, como se verá mais à frente

³¹ Esta é a posição das cortes internacionais de direitos humanos como veremos adiante. Sobre o tema vide MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e GARCIA, Flavio Amaral. *A principiologia no direito administrativo sancionador* in Revista Brasileira de Direito Público RBDP, Belo Horizonte ano 11, n. 43 out/dez 2013. Pimenta Oliveira também fornece um enquadramento teórico muito bem fundamentado antes de enunciar os princípios aplicáveis a *qualquer* atividade

punitiva estatal: “não há como desconsiderar os elementos axiológicos e normativos comuns, tirados das normas constitucionais que, ..., fornecem substancial identidade capaz de justificar a existência de uma categoria jurídica geral e própria, a reunir no seu bojo, nos seus traços materiais basilares, a diversidade de pretensões punitivas estatais, previstas no ordenamento constitucional, na defesa de variada tipologia de bens jurídicos essenciais à vida social.

A admissão de regime punitivo estatal fundado na principiologia constitucional informativa do exercício desse tipo de atividade, independentemente do âmbito material referido, não diminui nem fragiliza a existência — sob o império constitucional dos vetores basilares daquele regime — de outros regimes derivados, dentre os quais sobressai o regime jurídico-administrativo sancionador. É relevante frisar que a atividade punitiva do Estado não se esgota ao plano do *direito penal e do recentemente rotulado direito administrativo sancionador*.

Em sua unidade, todos os princípios limitativos do poder punitivo estatal são reconduzíveis ao princípio matriz do Estado de Direito (art. 1º, *caput*, CF). Se, de um lado, o nosso ordenamento impõe, por exigência da República, uma rigorosa arquitetura constitucional para reprimir a improbidade na vida pública, o mesmo Direito Constitucional, de outro lado, impõe rigorosas limitações materiais e formais ao exercício do dever-poder punitivo.

É fundamental afirmar que a interpretação sistemática da Constituição sinaliza para existência de *princípios constitucionais comuns* que governam qualquer atividade estatal punitiva, com as adequações valorativas necessárias de cada campo material sobre o qual incidem. Nesta linha, é *cabível sustentar a existência de um regime jurídico punitivo, com esteio na vertente normativa do Estado de Direito*.

Mesmo que irradie consequências jurídicas diversas nas variadas manifestações do *jus puniendi* estatal — constatação dogmática irrefutável, isto não reduz a relevância do reconhecimento teórico da unidade do regime jurídico punitivo, como categoria jurídica geral. Esta vem em reforço do lastro material de garantias que não podem ser elididas pelo Estado em nenhuma de suas atividades sancionatórias. (...)

Este plexo normativo fundamental limita a imposição de sanções estatais, seja pela Administração Pública, seja pelo Poder Legislativo, seja pelo Poder judiciário. Logo, *serve de firme contenção à arbitrariedade na criação, regulação, tipificação e sancionamento de atos ímprobos*. (...)

Apesar de não reconhecido este regime punitivo estatal na linguagem constitucional, é possível construir sua moldura a partir de diversos princípios e regras constitucionais, nas quais impera muitas vezes a invocação da matéria penal. Há, à toda evidência, o fato histórico-social significativo de que o direito penal nas sociedades ocidentais, desde as injunções do iluminismo, Liberalismo e Individualismo, já atingiu relevante estágio de desenvolvimento teórico. Daí que o conteúdo constitucional da principiologia maior faça constante referência ao *jus puniendi* na área criminal.

Inobstante, a similitude da razão jurídica das limitações impostas ao *jus puniendi criminal* autoriza, com a cuidadosa tarefa de absorção dos valores fundamentais em sua devida latitude, a extensão das garantias para outros domínios punitivos, levando em consideração o dever do intérprete em adequá-los ao contexto de regulação da conduta viciada objeto de reprimenda”. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa*, p. 200-201, grifos no original.

com que tais princípios devem ser aplicados a cada um destes sistemas é objeto de enorme dissenso.

Mas o que nos preocupa neste trabalho é o papel do PVBI na relação entre todos estes – agora diversos – sistemas não penais. Lembre-se que, antigamente, a eventual admissão de que o PVBI era compatível com uma punição penal e outra administrativa resultava na possibilidade de duas punições pelo mesmo fato. Pois bem, seria possível conceber um PVBI que admitisse tantas punições quantos fossem os distintos sistemas punitivos possivelmente incidentes sobre determinado fato?

A tentação de admitir uma tal solução era – e permanece sendo – alta porque a multiplicação de sistemas punitivos tem como uma de suas razões a necessidade de proteger bens jurídicos ultra sensíveis, tema ao qual nos dedicaremos a seguir.

V – Um problema ampliado:

A sobreposição de esquemas de responsabilização de bens jurídicos sensíveis

No final do século XX e início do século XXI a proteção de certos bens jurídicos passa a ganhar um destaque especial, seja pela sensibilidade em si do bem seja pela dificuldade em protegê-lo com os esquemas tradicionais de responsabilização, seja por ambas razões.

Podemos incluir dentre tais bens a vida e a segurança (ameaçada pela violência, em especial do terrorismo), a moralidade administrativa (ameaçada pela corrupção política cada vez mais levada ao conhecimento da população³²) o meio ambiente (ameaçado por distintas formas).

³² Para os que, no Brasil, acreditam que a corrupção é um mal quase que especificamente brasileiro, lembremos que Tony Judt, em sua monumental obra sobre a Europa no Pós-Guerra, afirma, tratando dos anos 90, que “quase universalmente, os principais partidos políticos da Europa Ocidental” começaram a “buscar meios alternativos de captar fundos”. (...). “Na França, ficou comprovado que gaullistas e socialistas – a exemplo dos Democratas Cristão, na Alemanha, e do Novo Trabalhismo, na Grã-Bretanha – haviam conseguido recursos ao longo das últimas duas décadas de várias maneiras escusas: vendendo favores, traficando influência ou, simplesmente, apoiando-se mais insistentemente do que nunca em doadores tradicionais”. A situação foi um pouco mais longe na Bélgica”. Judt cita ainda o caso da Itália, “onde, desde a guerra, os democratas cristãos gozavam de uma relação amigável e lucrativa com banqueiros,

Em geral, percebeu-se que os esquemas tradicionais de responsabilização, por distintas razões, não protegiam adequadamente tais bens. Assim, em matéria de combate ao terrorismo indicou-se que diversos direitos individuais, inclusive protetores da intimidade, seriam obstáculos a serem superados³³. Em matéria ambiental a dificuldade em segmentar condutas por danos de grande extensão foi recomendando esquemas de imputação solidária de responsabilidade e de inversão de certas presunções processuais. Em relação à corrupção, da mesma forma, houve uma percepção de que seu combate pelo direito penal não era efetivo³⁴.

empresários, empreiteiros, chefes municipais, funcionários públicos e – segundo muitos boatos, com a Máfia”, e da Espanha. JUDT, Tony. *Pós-Guerra Uma História da Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 734/735.

³³ Para um histórico do tema nos Estados Unidos, incluindo a aprovação do polêmico “Patriot Act”, vide LIZZA, Ryan «Secrets, lies, and the N.S.A.» *The New Yorker* 16 dez 2013 p 48-61. Vide ainda GOLDSTONE, Richard “The tension between Combating Terrorism and Protecting Civil Liberties” WILSON, Richard Ashby (ed.) *Human Rights in the ‘War on Terror’*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Mas a questão não se limita aos Estados Unidos. Na França, após os terríveis atentados de novembro de 2015 alguns direitos fundamentais também foram restringidos. Na América Latina vale citar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Loayza Tamayo vs. Peru (sentença de 17 de setembro de 1997) em que aspectos da legislação peruana adotada como forma de combate aos atos do grupo terrorista “Sendero Luminoso” foram apreciados. A Corte, na ocasião, registrou (§ 44 da sentença) que:

“Al valorar estas pruebas la Corte toma nota de lo señalado por el Estado en cuanto *al terrorismo, el que conduce a una escalada de violencia en detrimento de los derechos humanos*. La Corte advierte, sin embargo, *que no se pueden invocar circunstancias excepcionales en menoscabo de los derechos humanos*. Ninguna disposición de la Convención Americana ha de interpretarse en el sentido de permitir, sea a los Estados Partes, sea a cualquier grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos consagrados, o limitarlos, en mayor medida que la prevista en ella (artículo 29.2). Dicho precepto tiene raíces en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 30)”.

³⁴ No Brasil isto é muito claro em meados da década dos 1990, quando se colocou enorme expectativa no sucesso da então recente lei de improbidade administrativa, sobretudo após grandes operações de combate à corrupção terem sido anuladas por questões processuais. No entanto, ao final, foi o direito penal, auxiliado de forma inestimável por novos instrumentos dentre os quais se destaca a delação (ou colaboração) premiada, que acabou sendo responsável pela grande e exitosa (ainda que com certos excessos preocupantes) operação de combate à corrupção no Brasil, conhecida como “Operação Lava Jato”. Sobre o mais polêmico instrumento da “Lava Jato”, vide CANOTILHO, J. J. Gomes, BRANDÃO, Nuno. “Colaboração premiada e

Em reação a estas dificuldades foram criados novos sistemas de responsabilização, foram feitas alterações importantes em alguns deles e, o que mais nos interessa aqui, tais bens jurídicos especialmente sensíveis passaram a ser objeto de tutela por distintos e sobrepostos esquemas de responsabilidade.

Ou seja, tais bens passaram a ser protegidos ao mesmo tempo por distintos sistemas punitivos (como o penal e o contra-ordenacional), por sistemas reparatórios (como o da responsabilidade civil) e por sistemas “híbridos”, que cumulam consequências punitivas e reparatórias (como é o caso da Lei de Improbidade, da Lei anticorrupção e do sistema de apuração de responsabilidade perante os tribunais de contas), cada um com características próprias). Assim, por exemplo, em relação a certas condutas ilícitas praticadas por agentes políticos, é possível, em tese, que delas resulte uma: (a) sanção jurídico-política (condenação por crime de responsabilidade com afastamento do cargo); (b) uma sanção aplicada por meio da Lei de Improbidade; (c) uma sanção aplicada por um Tribunal de Contas e (d) uma sanção criminal (se o fato também constituir crime comum) e tudo isto sem prejuízo da (e) obrigação de reparar o dano³⁵.

No entanto, se a proteção de um bem jurídico por distintos sistemas de responsabilização não é em si uma novidade – nem tampouco algo negativo – é certa a necessidade de que cada um destes sistemas observe as regras e princípios que lhe são próprios³⁶. Ou seja, a união de sistemas

auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146º n. 4000, set-out 2016.

³⁵ Que pode ser apurada na mesma ação de improbidade administrativa ou mediante uma grande variedade de outras ações com distintos titulares (por exemplo, ação civil pública e ação popular).

³⁶ Um exemplo importante no sentido de que determinada característica pode ser adequada a um sistema de responsabilização e insustentável em outro Sistema se refere às teorias da causalidade. Assim, como observado por Anderson Schreiber:

“A teoria da equivalência das condições encontrou acolhida na seara do direito penal, justificadamente. Ali, o princípio da tipicidade limita o âmbito de extensão da *conditio sine qua non*, restringindo o juízo de responsabilização sobre as condutas típicas praticadas, ainda que outras tenham concorrido e, portanto, se afigurem, em tese, como causas do resultado punível. Por exemplo, a conduta do vendedor de material esportivo pode ser considerada causa, porque *conditio sine qua non*, do dano provocado por uma bola de golfe que vendera a um jogador, o qual, deliberadamente ou por infortúnio, vem a acertar, durante a partida, um passante. Já não pode, todavia, ser o vendedor considerado penalmente responsável por falta de tipicidade

para proteger um mesmo bem não pode significar a perda de identidade de cada um desses sistemas.

Note-se que vários valores ou bens jurídicos são protegidos ao mesmo tempo por mais de um ramo ou sub-ramo do direito e também são objeto de tutela penal³⁷. E, em qualquer destes casos, instaurada uma persecução criminal ou administrativa, ela passa a estar submetida ao conjunto de normas que limitam e informam a atuação punitiva estatal – *qualquer que ela seja, administrativa, penal ou de outra natureza* – em especial o devido processo legal, a segurança jurídica, a legalidade, a tipicidade, e o PVBI.

No entanto, na tutela *punitiva* destes bens especialmente protegidos (aí incluída a tutela da moralidade pública) é cada vez mais comum a invocação de princípios, teorias e doutrinas que surgiram – e, *ao menos em princípio, deveriam permanecer* – na esfera reparatória, ao mesmo tempo em que se diluem ou “ponderam” os direitos e garantias relacionados à atuação persecutória do estado³⁸, inclusive, e talvez especialmente, o PVBI.

da sua conduta, que, sendo lícita, não se encaixa em qualquer tipo descrito na codificação criminal. O mesmo não aconteceria na esfera cível, onde a atipicidade do ato ilícito resultaria em responsabilização do comerciante, efeito claramente indesejável por sua sonora injustiça.

Em outras palavras, os efeitos expansionistas da teoria da equivalência das condições não se verificam no direito penal, mas poderiam ser destrutivos no direito civil, onde a responsabilidade se guia por cláusulas gerais, sem a amarra de um princípio de tipicidade, característico do campo criminal, onde a responsabilidade tem finalidade punitiva e objeto limitado às ofensas de interesse público”. SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 57. Esta circulação de teorias da causalidade é um risco sério quando pensamos na existência de sistemas punitivos com tipos tão abertos quanto os da improbidade administrativa, que será vista no capítulo 5.

³⁷ Podemos pensar no direito da concorrência, no direito administrativo econômico, ou mesmo no direito tributário todos também objeto de alguma tutela penal.

³⁸ Por exemplo, numa ação de improbidade administrativa, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região entendeu que: “basta que o Ministério Público descreva as condutas (...) e requeira, ainda que genericamente, a condenação com base no art. 12º da Lei de Improbidade para que o juízo subsuma os fatos às condutas previstas nos arts 9º, 10º e 11º e aplique as sanções que reputar cabíveis previstas nos incisos do art. 12º, com base na parêmia «da mihi factum, dabo tibi ius» («dá-me o fato que te darei o direito»). Não há nisso violação da ampla defesa e do devido processo legal, dado que o réu se defende de fatos a si imputados, e não desta ou daquela capitulação legal presente na Lei 8.429/92”. (Agravo n. 0006182-53.2013.4.02.0000 (201302010061826), Rel. Des Marcus Abraham DJ 10.07.2014). Ou seja, no entendimento do referido Tribunal uma pessoa pode ser submetida a processo punitivo (inclusive ter os bens

Não negamos a possibilidade, que pode até ser positiva, de um fluxo de institutos, técnicas, regras ou princípios entre distintos ramos do direito. Na verdade, a História do direito está cheia de exemplos nesse sentido. O que condenamos, e de forma veemente, é que este fluxo seja feito de maneira completamente acrítica e casuística sem qualquer consideração seja quanto às características do ramo do direito de onde saiu o instituto, do ramo que o receberia e das consequências da importação.

O problema é que, numa releitura velada da afirmação de que “os fins justificam os meios” acontecem dois fenômenos interligados: Em primeiro lugar a “ponderação” (melhor seria dizer a liquefação) dos direitos de quem está em posição “contrária” ao bem jurídico ultra sensível (ex. direitos à intimidade na luta contra o terrorismo, a indisponibilidade e a desnecessidade de imputação na ação de improbidade). O segundo é a circulação irrefletida (para não dizer leviana) de instrumentos e institutos de um sistema para o outro (como exemplo temos a aplicação generalizada e nada técnica do princípio da precaução).

Vejamos como isso se deu no que se refere ao PVBI.

Como dissemos, não existem normas expressas afirmando o PVBI no direito interno brasileiro. No entanto, existem normas expressas fazendo exatamente o contrário, ou seja, afastando o PVBI. Duas destas normas se encontram no próprio texto da Constituição Brasileira.

A primeira é o artigo 225 § 3 da Constituição Federal, segundo o qual as “condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Assim, pelo teor de tal dispositivo, é clara a possibilidade de que a mesma conduta gere duas consequências punitivas (uma criminal e uma administrativa) cumulada com uma obrigação de reparar o dano.

A segunda é o § 4 do artigo 37º, segundo o qual: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Ou seja, por este dispositivo os atos de improbidade podem resultar em certas sanções (que posteriormente foram reguladas pela Lei de Improbidade

bloqueados cautelarmente) sem que o Estado-acusação sequer tenha que informar qual ilícito considera que foi cometido.

administrativa), cumuladas com o ressarcimento e com a possibilidade da sanção penal.

Até aqui estamos em hipótese em geral aceita em distintos ordenamentos (a situação mudou em relação aos países vinculados à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, como veremos mais à frente), ou seja, a cumulação de uma punição de natureza penal com outra de natureza *não penal* acompanhada da obrigação, não punitiva, de reparar os danos.

Mas o dispositivo realmente “draconiano” em matéria de afastamento do PVBI é o artigo 30º da Lei anticorrupção. Trata-se de lei instituidora de sistema de responsabilização que, tal como o de improbidade, cumula consequências punitivas (bastante sérias) com consequências reparatórias, tendo como foco a punição de pessoas jurídicas. Pois bem, segundo o referido dispositivo, a “aplicação das sanções previstas” na Lei anticorrupção “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”.

Note-se que alguns tipos infracionais da lei anticorrupção são muito parecidos ou mesmo idênticos aos da lei de improbidade e aos da lei de licitações (“concursos públicos”). Tome-se como exemplo os dispositivos dirigidos à punição da fraude em licitações. Tal conduta é punida pela Lei anticorrupção³⁹, pela Lei de Improbidade Administrativa⁴⁰ e pela parte penal da Lei 8.666/93⁴¹. Além disso, tal conduta em geral será passível de

³⁹ Art. 5º, IV “Constituem atos lesivos à administração pública ... no tocante a licitações e contratos: a) *frustrar* ou *fraudar*, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; (...) d) *fraudar* licitação pública ou contrato dela decorrente;”

⁴⁰ Art. 10º, VIII. “Constitui ato de improbidade administrativa (...) *frustrar* a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;”

⁴¹ “Dos crimes”. “art. 96º, *Fraudar*, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou *contrato dela decorrente*”.

punição com base no direito administrativo sancionador (por exemplo com base em normas do próprio edital da licitação).

Assim, o artigo 30º da Lei n. 12.846/13 permitiria que alguém seja punido não duas, mas três ou até quatro vezes, pelo mesmo fato, por três ou quatro sistemas punitivos, inclusive dois (da Lei de Improbidade e da Lei Anticorrupção) ou três (eventual ilícito administrativo) não penais, além de estra sujeito à punição penal.

Ora, considerando ser evidente que todos os referidos dispositivos protegem exatamente o mesmo bem jurídico – a lisura das licitações- devemos indagar se é possível, de forma compatível com o PVBI, punir alguém pelo mesmo fato na esfera criminal e com base em dois (ou mais) sistemas punitivos não penais, todos visando a proteger o mesmo bem jurídico. A resposta nos parece negativa.

Mais recentemente, uma alteração à Lei de Introdução às normas do direito Brasileiro (feita pela Lei 13.655/18) no que se refere às normas de direito público trouxe uma tentativa tão tímida de resgate do PVBI que, na verdade, acaba por negá-lo à montante para emprestar-lhe conteúdo mínimo à jusante. Trata-se do § 3 do artigo 22º da referida lei que estabelece que as “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. Ou seja, tal dispositivo parece permitir uma múltipla sobreposição de punições, uma vez que a circunstância de alguém ter sido sancionado por determinado fato não o impede nem de ser processado nem de ser sancionado novamente pelo mesmo fato, contentando-se apenas em que as sanções anteriormente aplicadas sejam “levadas em conta na dosimetria das demais sanções”. Difícil conceber conteúdo mais reduzido ao PVBI.

Lembre-se de que o exemplo acima é apenas um dos diversos exemplos de fatos ou atos que podem ocasionar múltiplas e sobrepostas punições, todas destinadas a proteger o que denominamos bens jurídicos híper sensíveis, bens jurídicos que, como dissemos, por sua qualidade intrínseca ou pela repercussão social dos ataques que receberam foram ao longo do tempo sendo objeto de múltiplos e sobrepostos esquemas de responsabilização.

Mas até onde é possível ir na tentativa de proteger bens jurídicos híper sensíveis responsabilizando aqueles que o violam? O PVBI é exatamente um desses limites, um limite que, por vezes, pode significar uma concessão que a virtude faz ao vício, mas que, ou é minimamente levado a sério, ou representará o desprezo a normas que tentam conter os excessos da

atuação punitiva do estado desde meados do século XVIII e que foram sucessivamente sendo consagradas em textos constitucionais e, finalmente, em tratados internacionais.

O problema é exatamente que a extrema sensibilidade destes bens cria constrangimentos – no espaço público – para qualquer um que queira lembrar que sua tutela também tem limites. Estes são, de forma açodada, chamados de poluidores, se apontam excessos no direito ambiental, de amigos de terroristas, se apontam excessos do estado policial, ou, evidentemente, de defensores de corruptos, quando apontam excessos nas medidas de combate à corrupção governativa. A força destes bens sensíveis é tamanha que é possível assistir à defesa da inversão do ônus da prova em processos punitivos (posição já adotada pelo STJ em matéria de processos contra-ordenacionais na área ambiental com base no princípio da precaução) ou a flexibilização do direito de defesa e da presunção de inocência, e, evidentemente, do esvaziamento quase integral do PVBI.

Mas esta posição, não tem sido seguida pelas Cortes internacionais em matéria de direitos humanos como veremos em seguida.

VI – O PVBI na jurisprudência internacional

A Corte Europeia de Direitos do Homem, desde a decisão no caso *Engel vs. Países Baixos*, de 1976, reforçada no mais recente caso *Sergey Zolotukhin vs. Rússia*, de 2009, deixou claro que o fato da legislação de determinado país denominar um sistema punitivo como administrativo (ou não penal) não significa que os dispositivos da convenção referentes ao processo penal não possam ser aplicáveis, sempre que presentes certas características (denominadas de “Engel Criteria”), incluindo a classificação legal da ofensa, a sua natureza e a gravidade da pena imposta.

A Corte (p. 30 da decisão do Caso *Engel*) reconhecia, já em 1976, que todos os estados membros da convenção já havia muito tempo faziam uma distinção entre procedimentos disciplinares e criminais. E acrescentava que, tradicionalmente, para os indivíduos afetados, os sistemas disciplinares têm vantagens em relação aos criminais, em especial por terem penas mais brandas. No entanto, já ressaltava a Corte, processos criminais são normalmente acompanhados de maiores garantias.

Frente a esta situação, a Corte afirmava a necessidade de verificar se a classificação de uma infração (em criminal ou administrativa) feita pelo Direito nacional era decisiva. Indagava se determinado artigo da Convenção (art. 6º, expressamente direcionado a processos criminais) deixaria de ser aplicável porque um estado denomina um ato ou omissão como um ilícito disciplinar. E, de forma que diretamente nos interessa, a Corte salientava que este problema era particularmente importante “quando um ato ou omissão é tratado pelo Direito doméstico ... como um ilícito misto, ao mesmo tempo disciplinar e criminal”, existindo, portanto, a “possibilidade de optar entre ou até cumular procedimentos criminais e disciplinares”.

A Corte chega à importante conclusão de que cabe a ela decidir se a Convenção é aplicável ou não, ainda que o ilícito seja classificado nacionalmente como disciplinar e isto porque se os “estados pudessem, discricionariamente, classificar um ilícito como disciplinar ao invés de criminal, ou processar o autor de um ilícito ‘misto’ na esfera disciplinar ao invés da esfera penal, a aplicação das cláusulas fundamentais” (da convenção, no caso os artigos 6º e 7º) “estariam inteiramente subordinadas à vontade soberana dos estados”, o que provavelmente “conduziria a resultados incompatíveis com os objetivos e propósitos da convenção” (p. 31).

O que nos parece especialmente relevante é que a Corte acaba por afirmar que qualquer atividade do estado que tenha como consequência a aplicação de uma punição de certa gravidade deve ser exercida com o respeito integral a direitos que, embora previstos originalmente (desde as primeiras constituições dos séculos XVIII, XIX) para a esfera penal (na ocasião a única existente ou relevante, até porque o crescimento da máquina administrativa mal tinha se iniciado), na verdade tem como objeto garantir que qualquer punição estatal seja decorrente de um processo justo, independentemente de sua classificação como penal ou *não penal*.

No caso *Sergey* a Corte entendeu que o artigo relevante da convenção (artigo 4º do protocolo 7) “deve ser entendido como proibindo o processo ou julgamento de uma segunda ‘violação’ sempre que ela decorrer de fatos idênticos ou fatos que sejam substancialmente os mesmos” da 1ª. O alcance deste entendimento não pode ser exagerado, pois ele significa dar ao PVBI uma extensão até agora não reconhecida pelo direito interno

dos países membros da convenção e significa, pura e simplesmente, que um fato só pode ser punido uma única vez. Há que se registrar, no entanto, que para chegar a este resultado é essencial que a sanção *não penal* seja de gravidade que a aproxime de uma sanção penal (o que, no Brasil, nos parece ser o caso de parte das sanções da Lei de Improbidade e da Lei anticorrupção), pois, do contrário, a Corte não considera violado o PVBI.

Também é importante registrar a posição bastante semelhante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cuja jurisdição o Brasil acedeu, e que vai no mesmo sentido da Corte Europeia.

A Corte Interamericana também tem considerado que a aplicação dos dispositivos originalmente pensados para o processo penal se estendem a outros processos não penais. Assim, no caso *Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala* a Corte ressaltou que “as garantias do artigo 8º.2 da Convenção não são exclusivas dos processos penais, e podem ser aplicadas a processos de caráter sancionatório”.

O caso *Loayza vs Peru*, de 1997, tratou especificamente do PVBI. Tratava-se de uma professora suspeita de atos terroristas absolvida em processo disciplinar e depois processada pelos mesmos fatos na esfera penal. A Corte entendeu que o PVBI “busca proteger os direitos de indivíduos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser processados pelos mesmos fatos. Diferentemente da fórmula utilizada por outros instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos (...), a Convenção Americana utiliza a expressão ‘os mesmos fatos’, que é um termo mais amplo em benefício da vítima”.

Em decisões posteriores a Corte esclareceu que a submissão de alguém a um 2º julgamento não viola o PVBI quando o 1º se limitou a declinar a competência (*Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*). Também merece destaque o caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, no qual a Corte afirmou que o PVBI mesmo sendo um direito humano reconhecido pela Convenção Americana, “não é um direito absoluto e, portanto, não é aplicável quando: i) a atuação do tribunal que conheceu o caso e decidiu descartá-lo ou absolver o responsável de uma violação dos direitos humanos ou do direito internacional teve o propósito de subtrair o acusado de sua responsabilidade penal; ii) o processo não foi instruído de forma independente o imparcial em conformidade com as devidas garantias processuais,

ou iii) não houve a intenção real de submeter o responsável à ação da justiça⁴².

VII – A síntese possível

A posição da Corte Europeia é resultado de um longo processo de transformação de seu entendimento e, a nosso ver, traz uma versão realmente extremada – embora certamente defensável – do PVBI, uma posição que, em geral não é ou não era comum na doutrina e tribunais nacionais dos países europeus. A posição da Corte da Costa Rica, por seu turno, é um caso mais isolado, sendo razoável supor que o caráter nitidamente autoritário do Peru de então tenha influenciado a corte de forma que talvez não ocorresse se o caso envolvesse um país com instituições mais democráticas.

Ainda assim, o fato é que ambas as posições estão frontalmente opostas àquela que tem sido escolhida no Brasil ao menos pela legislação infraconstitucional.

Sua aplicação no Brasil traria um risco grande derivado da autonomia das entidades federativas e, portanto, da possibilidade de abertura de processos com o único objetivo de gerar uma absolvição ou punição branda impeditiva de outros processos de responsabilização pelos mesmos fatos, embora este risco tenha sido objeto de preocupação e ressalva por parte da Corte interamericana.

Na verdade, a autonomia federativa traz, de fato, um complicador a mais à equação (que se encontra presente em maior escala, na aplicação do PVBI no caso de punições derivadas de tribunais de distintos países, como já referidos acima) que é a dificuldade em impedir a atuação de um ente autônomo em decorrência da atuação de outro ente autônomo, o que só pode ser resolvido se entendermos, como é o caso, que o PVBI tem *status* constitucional.

Por outro lado, a possibilidade de cumulação de sanções admitida pela lei anticorrupção nos parece incompatível com o PVBI pois significaria a possibilidade de uma sanção penal combinada com mais duas ou três sanções punitivas de outra natureza.

⁴² Resumo disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#_ftn_1_584, acessado em 09.03.2019.

A dificuldade, portanto, está em procurar uma solução entre os dois extremos: um representado pela posição pela qual o PVBI impede qualquer segunda punição pelo mesmo fato e outra que admite múltiplas punições decorrentes de múltiplos sistemas de responsabilização pelo mesmo fato, reduzindo-se o PVBI a impedir duas punições decorrentes do mesmo fato aplicadas em decorrência do mesmo regime de responsabilização⁴³.

Nos parece – e afirmamos com alguma hesitação – que a solução mais correta deve ser extraída da previsão dos dois dispositivos constitucionais que afastam o PVBI: o artigo 225º § 3 e o 37º § º da CRFB. Ambos tratam de exceções constitucionais expressas ao PVBI, relativas à proteção de bens jurídicos especialmente sensíveis (o meio ambiente e a moralidade ou probidade públicas) e admitem que a uma mesma conduta sejam imputadas duas punições (uma de natureza penal outra de natureza não penal) além da obrigação de reparar o dano.

Ora, se o PVBI, embora implícito, tem natureza constitucional, e se a CRFB houve por bem excepcioná-lo expressamente no que se refere a regimes protetivos de bens especialmente sensíveis, a *contrario sensu* a proteção de outros bens, sensíveis ou não, não poderia dar ao PVBI conteúdo menor do que aquele emprestado pela Constituição. Portanto, o máximo que se pode admitir na tutela de um bem (sensível ou não) é uma punição criminal cumulada com outra não criminal além da obrigação de reparar o dano. Assim, o artigo 30º da Lei anticorrupção, se interpretado de forma a possibilitar mais de duas punições não penais, seria inconstitucional.

Não se pode desconsiderar, no entanto, que a compatibilidade deste posicionamento com a Convenção Americana de Direitos Humanos não é tranquila, Uma alternativa para tornar esta posição mais compatível com a convenção seria considerar que a possibilidade de uma segunda punição (não penal) pelo mesmo fato não deve ser de gravidade tão elevada que represente, materialmente, o equivalente a uma punição penal.

Mas e se o mesmo fato for potencialmente punível por sistemas de responsabilização que tutelam bens jurídicos realmente distintos, seria

⁴³ Para esta posição o mesmo fato poderia gerar uma punição criminal + uma punição com base na lei de improbidade administrativa + uma com base na lei anticorrupção e assim por diante, proibindo apenas que, pelo mesmo fato sejam aplicadas 2 sanções criminais ou 2 sanções com base na lei de improbidade administrativa e assim por diante.

possível extrapolar os limites que defendemos acima? Tendencialmente não, já que tal posição já é bem menos protetiva do que aquela que decorre da jurisprudência internacional. Ainda assim, podemos registrar que, se for para defender tal compatibilidade, a distinção entre bens jurídicos há de ser clara e inequívoca (e não artificial), o que, por exemplo, não é o caso da sobreposição de punições em matéria de licitação.

É possível que a posição por nós defendida (ainda com alguma confessada hesitação) seja mal recebida por distintos lados, pelos que querem ilimitadas punições pelos mesmos fatos e pelos que não admitem nada acima de uma primeira e única punição. A todos só nos resta convidar para um debate a nosso ver realmente necessário.

Bibliografia

- BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (orgs.), *Direito Administrativo Sancionador*, São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, BRANDÃO, Nuno. “Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146^o n. 4000, set-out 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: anotada Vol. I*, 4^a ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- _____. *Constituição da República Portuguesa: anotada Vol. II*, 4^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- CRYER, Robert, FRIMAN, Håkan, ROBINSON, Darryl, WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 3rd edition, reprinted
- DEZAN, Sandro Lucio. *Direito administrativo disciplinar: Princípios fundamentais*, Curitiba: Juruá, 2013.
- DIAS, Augusto Silva. *Direito das contra-ordenações*. Coimbra: Almedina, 2018
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 26^a edição. São Paulo: Atlas, 2013.
- GARAPON, Antoine, GROS Frédéric, PECH, Thierry. *Punir em democracia – E a Justiça será*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

- GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, 7ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GUYOMAR, Mattias. *Les sanctions administratives*. Paris: LGDJ, 2014.
- JUDT, Tony. *Pós-Guerra Uma História da Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 734/735.
- LIZZA, Ryan “Secrets, lies, and the N.S.A.” *The New Yorker* 16 dez 2013 p 48-61.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- _____. *Poder, Direito e Estado – O direito administrativo em tempos de globalização*. In *memoriam de Marcus Juruena Villela Souto*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e GARCIA, Flavio Amaral. *A principiologia no direito administrativo sancionador* in *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte ano 11, n. 43 out/dez 2013.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- OSÓRIO, Fabio Medina. *Teoria da Improbidade administrativa*. São Paulo: RT, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.
- SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *La garantía Non Bis in Idem y El procedimiento administrativo Sancionador*. Madrid: Iustel, 2008.
- WILSON, Richard Ashby (ed.) *Human Rights in the ‘War on Terror’*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Acordos Materiais e Processuais nas Ações Cíveis Públicas Fundadas em Atos de Improbidade Administrativa

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO¹

Sumário: I. Considerações iniciais. II. O compromisso de ajustamento de conduta. III. O uso do compromisso no microsistema da tutela da probidade administrativa. IV. O cabimento da mediação envolvendo questões coletivas ou públicas. V. A possibilidade dos acordos sobre o procedimento. VI. Considerações finais. VII. Referências Bibliográficas.

I. Considerações Iniciais

Esse estudo² se destina a examinar o cabimento dos acordos e convenções nos procedimentos administrativos e judiciais instaurados em razão da prática de atos de improbidade administrativa.

Tais convenções podem se dar por meio do compromisso de ajustamento de conduta, da conciliação e da mediação e, ainda, dos negócios procedimentais. Essas possibilidades se abriram a partir das transformações realizadas no direito brasileiro pelo advento da Lei de Mediação, do CPC/2015 e das novas práticas ligadas à colaboração premiada e aos acordos de leniência previstos, respectivamente, nas Leis nº 12.850/2013 e 12.846/2013.

¹ Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, ESTACIO e IBMEC. Martin-Flynn Global Law Professor na University of Connecticut School of Law. Diretor Acadêmico e Professor Emérito na FEMPERJ. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

² Versão parcial, adaptada, atualizada e vertida para o português do *paper* apresentado em 25 de janeiro de 2018 no “Faculty Lounge” da University of Connecticut School of Law, durante minhas atividades como Martin-Flynn Global Law Professor. Agradeço ao Diretor Timothy Fisher e aos professores Angel Oquendo e Peter Lindseth pelo convite e pela hospitalidade durante o período das pesquisas e visitas acadêmicas.

Nesse sentido, o objetivo principal desse trabalho é examinar os limites objetivos do acordo nas situações que envolvem direitos transindividuais tutelados por meio de ações civis públicas em matéria de improbidade administrativa.

Vamos examinar inicialmente o TAC e, na sequência, os acordos por meio de conciliação e mediação e os negócios procedimentais

II. O compromisso de ajustamento de conduta

Essa ferramenta foi inserida na Lei nº 7.347/85 pelo CDC, em 1990, e acresceu o §6 no art. 5º, prevendo a celebração de “ajustes de conduta” em todos os temas que podem ser objeto de ação civil pública, a saber, meio ambiente, patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ordem econômica, defesa do consumidor, entre outros.

Em seguida, outras Leis fizeram referência expressa ao instituto: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, art. 211º), Lei do CADE (Lei nº 8.884/94, art. 53º, posteriormente alterada pela Lei nº 12.519/11, arts. 9º, V, e 85º), Lei ambiental (Lei nº 9.605/98, art. 79º-A), e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03, art. 74º, X).

O nascimento desse instituto, em particular, e da tutela coletiva, em geral, advém da constatação da inadequação do modelo processual clássico à obtenção da tutela dos direitos de terceira dimensão, pensados sob o prisma da solidariedade.

Nesse contexto, voltado à proteção dos interesses coletivos *lato sensu*, cuja titularidade não pertence exclusivamente aos legitimados à propositura da ação civil pública, surge o termo ou compromisso de ajustamento de conduta (TAC), como uma ferramenta conciliatória relevante, viabilizadora do acesso à justiça consensual, além de apta a colaborar para a desobstrução da máquina judiciária por se evitar a propositura da ação coletiva competente³.

Tem sido alvo de amplo debate na doutrina a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, desde sua inserção no § 6

³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FARIAS, Bianca Oliveira de. *Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública*. In: *Temas de Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v.1, p. 99.

no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, pelo Código de Defesa do Consumidor.

Não se trata de questão meramente teórica, sendo, ao contrário, importante para se mensurar a abrangência objetiva do TAC e, caso seja admitida a negociação em seu bojo, a possibilidade de se identificar os produtos obtidos desta prática.

De toda sorte, o TAC tem sempre caráter facultativo: ou seja, nem o órgão público pode ser obrigado a ofertá-lo e nem o investigado pode ser forçado a aceitá-lo nos termos propostos. Haverá sempre um fator discricionário a ser levado em conta⁴.

De maneira geral, podem ser apontados dois posicionamentos: o primeiro considera o TAC uma transação especial e o segundo o classifica como um ato jurídico atípico, *sui generis*⁵.

Interessante abordar a pesquisa elaborada por Geisa de Assis Rodrigues⁶, principalmente em relação à ampliação dos limites observados na negociação. A autora considera o TAC um negócio jurídico bilateral, em certa medida conciliatório, mas não se pode dizer que seja transacionável. Para ela, então, é impossível a solução negociada dos direitos transindividuais, embora se utilize o rótulo de “transação”.

Isso porque o espectro conciliatório se manifesta quanto aos aspectos adjacentes, ou seja, circunstâncias instrumentais ou periféricas da obrigação, sempre com a observância da proporcionalidade e da razoabilidade, para não se afetar o dever principal. Exemplifica com a possibilidade de os legitimados pactuarem acordos sobre o modo, o tempo ou o lugar do cumprimento da conduta para a reparação do dano coletivo causado.

Entretanto, deve-se notar para uma tendência recente de defesa de uma nova diretriz quanto à negociabilidade dos direitos coletivos. Os posicionamentos rígidos acabam descartados, pois pautados em argumentos genéricos que vêm impedindo a efetividade do TAC no plano prático.

⁴ STJ. REsp 596.764-MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 17/5/2012. Informativo STJ nº 497.

⁵ NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta. Teoria e Análise de casos práticos*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 119.

⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 132.

Assim sendo, entendemos que não mais é viável manutenção do dogma onipotente sobre a indisponibilidade absoluta do direito material coletivo, afastando um mínimo de margem negocial necessário para a efetivação da avença. A superação dessa linha de pensamento, então, parece imprescindível para serem atendidos os anseios por um sistema coletivo adequado.

Nesse sentido, para Angel Oquendo⁷ a indisponibilidade deve ser circunscrita apenas à renúncia do direito, até mesmo porque questões acessórias ou novos fatos podem ser discutidos em casos futuros.

Portanto, a experiência demonstra que um grau maior de autonomia aos órgãos públicos para celebrar o TAC levaria uma maior eficácia, sob a condição de serem observados certos parâmetros de controle e limitação.

Como bem refere Carlos Alberto de Salles⁸, a disponibilidade do direito não está relacionada diretamente a direitos patrimoniais de caráter privado.

Segundo Bruno Takahashi⁹, a partir dessas premissas é possível aferir que o interesse público, por si só, não é indisponível, devendo ser examinado à luz das peculiaridades do caso concreto. Nesse contexto, vem ganhando espaço a tese doutrinária que visualiza, em um juízo de ponderação, a partir do caso concreto, a possibilidade de as partes realizarem concessões recíprocas para chegar à transação.

⁷ “(...) a settlement may seem to boil down to condoning, for a fee or quick fix, the impingement upon the group right in question. It may appear to run counter to the characterization of such entitlements as inalienable or non-disposable, particularly in Latin America. Upon deeper inspection, however, this inalienability or non-disposability must merely mean that one may not renounce the right at issue or consent to an infringement. The government or any other nominal claimant may only seek vindication, whether by litigating or settling for adequate satisfaction equivalent to the expected adjudicative relief discounted by the costs and risks of litigation. (...) a suitable settlement neither undercuts nor undermines societal entitlements. Instead, it vindicates them. In this scenario, representatives require less time and expense to move the violator to retribute or compensate upon an impingement. Consequently, they may yield some on the total value of the anticipated adjudicative recovery and still come out ahead”. OQUENDO, Angel. *State Settlements in Vindication of Societal Rights*. Original ainda não publicado e cedido pelo autor em janeiro de 2018, p. 29.

⁸ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 294.

⁹ TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 61.

Conforme sustenta Ana Luiza Nery¹⁰, o compromisso é um negócio jurídico bilateral no qual se reconhece a finalidade de contrair, modificar ou extinguir direitos. A celebração objetivaria o alcance da melhor alternativa para reparar ou evitar a lesão a um bem de natureza metaindividual.

A partir dessa ideia então, mesmo um legitimado não podendo renunciar a um direito essencialmente coletivo, não haveria óbice à negociação sobre, por exemplo, uma obrigação acessória que não se refira ao núcleo do dever central.

É certo que a análise sobre a viabilidade da negociação em matéria coletiva, desde que não se renuncie ao direito material coletivo em sua substância, requer aguçada sensibilidade¹¹ do órgão público legitimado¹².

Deve haver a verificação então, em concreto, do princípio da proporcionalidade em todos os seus níveis ou subníveis de aferição – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito – de modo a se escolher a via mais apta para a melhor efetivação possível do direito violado, com a reparação imediata da conduta ilícita¹³.

¹⁰ NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta. Teoria e Análise de casos práticos*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 119.

¹¹ STF. RE nº 253-885-0/MG, Rel. Min. Ellen Gracie. Publicado no DJ 21.06.02.

¹² STJ. REsp nº 299.400/RJ, 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 02.08.2006.

¹³ Na jurisprudência norte-americana, procura-se construir parâmetros objetivos para a verificação da proporcionalidade. Veja-se, por exemplo, o julgado a seguir: “In determining the fairness, reasonableness, and adequacy of a settlement, the court considers the substantive terms of the settlement compared to the likely result of a trial, as well as the negotiating process itself, examined in light of the experience of counsel, the vigor with which the case was prosecuted, and any coercion or collusion that may have marred the negotiations themselves. A court determining whether a proposed settlement of a class action should be approved considers (1) the complexity, expense, and likely duration of the litigation, (2) the probability of the plaintiffs’ success on the merits, (3) the stage of the proceedings and the amount of discovery completed, (4) the range of possible recovery, (5) the existence of fraud or collusion behind the settlement, and (6) the experience and opinions of class counsel and class representatives, (7) the substance and amount of opposition to the settlement, (8) the strength of plaintiff’s case, (9) the risk of maintaining class action status throughout the trial, (10) the amount offered in settlement, and (11) the presence of a governmental participant”. Thomas Smith and Elizabeth Williams. *Court approval of class action settlement*, 6 Cyc. of Federal Proc. § 23:42 (3d ed.). Access pelo sítio Westlaw em 5 de janeiro de 2018.

A determinação dos limites observados na negociação que versar sobre direitos transindividuais consiste em um outro desafio a ser enfrentado, sobretudo a partir das mudanças anunciadas, conforme se confere adiante.

Quanto às vedações ao conteúdo do TAC, são proscritas determinadas cláusulas¹⁴: i) impossibilidade de afastar o acesso dos lesados ao Judiciário, em razão da inevitabilidade da jurisdição, presente no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Assim sendo, não se pode impedir que outro colegitimado firme novo compromisso com objeto mais amplo ou com outra obrigação não inclusa no primeiro ajuste, ou, até mesmo, ajuizar ação civil pública nas respectivas hipóteses de cabimento; e ii) vedação ao enfraquecimento do núcleo do direito material em jogo. Não se proíbe, todavia, transigência quanto à renúncia da obrigação periférica ou de parte inexpressiva da obrigação principal.

III. O uso do compromisso no microsistema da tutela da probidade administrativa

Questão de grande relevância prática nos dias atuais consiste em examinar o cabimento do compromisso no regime excepcional da lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992).

Com efeito, o art. 17º, § 1 da referida legislação, se interpretado isoladamente, veda a transação, o acordo ou a conciliação nas ações destinadas a se apurar a prática de ato de improbidade praticados por qualquer agente público.

Registre-se que, por outra perspectiva, a Lei de Mediação, no art. 36º, § 4, abre a possibilidade de, “nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz (...)”, o que parece jogar novas luzes sobre a discussão.

Em um primeiro momento, a lei de improbidade parece ostentar obstáculo absoluto para a realização do TAC, independentemente da natureza jurídica definida para o compromisso.

¹⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FARIAS, Bianca Oliveira de. *Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública*. In: *Temas de Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 116.

Contudo, a possibilidade da colaboração premiada, prevista na Lei n. 12.850/2013, traz novos paradigmas para a discussão¹⁵. O dispositivo, de natureza claramente contratual,¹⁶ favorece coautores, beneficiários ou cúmplices que espontaneamente revelem às autoridades competentes o nome dos mentores e dos principais autores do fato¹⁷.

Assim, não custa lembrar que o art. 4º da referida lei dá ao magistrado o poder de, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

Para tanto, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

¹⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. *Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?* In Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, vol. 73, Ago/Set 2016, Magister: Porto Alegre, p. 32.

¹⁶ DIDIER JR, Fredie. BOMFIM, Daniela. *Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil*, https://www.academia.edu/25608182/Colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_Lei_n._12.850_2013_natureza_jur%C3%ADdica_e_controle_da_validade_por_demanda_aut%C3%B4noma_um_di%C3%A1logo_com_o_Direito_Processual_Civil, acesso em 10 de julho de 2016, p. 17.

¹⁷ “[...] 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. 5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador. 6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). 7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados – no exercício do contraditório – poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor”. (HC 127483 / PR, Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 27/08/2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe 04-02-2016)

Aliás, é preciso que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados expressamente previstos nos incisos do referido art. 4º: I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

O § 4prevê que, nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I – não for o líder da organização criminosa; e II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

Já se a colaboração for posterior à sentença, na forma do § 5, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Embora o juiz não participe das negociações realizadas entre as partes (§ 6), caberá a ele a homologação ou não do respectivo termo (§ 7), oportunidade em que deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. Caso a proposta não atenda aos requisitos legais, o juiz pode ou recusar a homologação ou mesmo adequá-la ao caso concreto, na forma do § 8. Em sendo homologado, deverá a sentença apreciar os termos do acordo homologado e sua eficácia (§ 11), sendo certo, porém, que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador (§ 16).

Importante lembrar que essa Lei foi testada, em grande escala, pela primeira vez, na chamada “Operação Lava Jato”, a partir de um acordo de colaboração homologado em setembro de 2014 pelo saudoso Min. Teori Zavascki.

Aliás, em interessante retrospecto, o informativo Migalhas¹⁸, na edição de 30 de abril de 2019, lembra que nos últimos cinco anos só o STF homologou 110 colaborações premiadas. Durante esse período, algumas questões sensíveis foram levadas ao exame do Tribunal.

¹⁸ Disponível em www.migalhas.com.br, edição eletrônica de 30/04/2019, acesso em 02/05/2019.

Assim, por exemplo, no HC 127.483 a delação foi definida como uma “técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico personalíssimo que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes, que não pode ser impugnada por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento”.

Na Pet 7.074 foi assentado que compete ao relator da colaboração premiada homologar o acordo, exercendo controle de regularidade, legalidade e espontaneidade, cabendo ao colegiado rever os acordos apenas se houver ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade do negócio jurídico.

Por ocasião do julgamento da ADI 5.508, o Tribunal reconheceu que Delegados de polícia podem realizar acordos de colaboração premiada na fase do inquérito policial.

Na Pet 7.065, uma importante questão foi enfrentada: “para o compartilhamento de acordo de colaboração premiada ou de leniência deve-se ter a plena observância dos limites dos direitos e deveres reconhecidos no acordo e com respeito à esfera jurídica do respectivo colaborador”.

Quanto a esse último tópico, o Tribunal enfrentará, ainda, questão mais delicada, por ocasião do julgamento do ARE 1.175.650, qual seja, a possibilidade da utilização de informações obtidas em colaboração premiada no bojo de ação penal, em ação civil pública movida pelo MP em razão da prática de ato de improbidade administrativa¹⁹, uma vez que o plenário virtual já reconheceu repercussão geral ao tema.

Esse talvez seja o ponto mais sensível da questão, na medida em que no Brasil vigora o sistema da independência das instâncias. Porém, é inegável que durante o acordo, podem ser negociadas questões que têm claras implicações nos planos civil e administrativo e que podem, também, repercutir na figura do acordo de leniência, que será visto a seguir.

Ademais, após o advento da Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção –, a permissão de se firmar acordos de leniência parece apontar mais claramente à possibilidade de flexibilização da vedação constada do art. 17º, §1.

¹⁹ Informação disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI301332,71043-STF+decidira+se+e+possivel+uso+de+colaboracao+premiada+em+ACP?utm_source=informativo&utm_medium=migalhas4591&utm_campaign=migalhas4591

Não custa lembrar que o acordo de leniência está previsto em três leis específicas: Lei nº 12.529/2011 (Lei do Cade), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), e Lei nº 13.506/2017 (Proc. Adm. Sancionador/ BACEN/ CVM)

O art. 16º da Lei Anticorrupção prevê que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, sendo certo que, de acordo com o § 10 desse dispositivo, a Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Para tanto, exige que essas pessoas colaborem efetivamente com as investigações, sendo que dessa colaboração deve resultar: i) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e ii) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Ainda, segundo o parágrafo primeiro desse dispositivo, para a celebração do acordo, a pessoa jurídica deve, cumulativamente: a) ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; b) cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; c) admitir a sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo.

Importante ressaltar que o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado (§ 3), embora possa isentá-la das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19º, bem como reduzir em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável (§ 2). Ainda nessa linha, o art. 18º da lei esclarece que na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

Por fim, na forma do § 4º o acordo de leniência deverá estipular as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo e sua celebração interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos na lei (§ 9).

Não custa lembrar que a Lei nº 12.846/2013 foi regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015, que por sua vez traz regras procedimentais importantes acerca do instituto do acordo de leniência, reproduzindo, no art. 30º, os requisitos da lei.

Desse modo, o art. 31º prevê que a proposta de celebração desse acordo poderá ser feita de forma oral ou escrita e receberá tratamento sigiloso, sendo seu acesso restrito aos servidores especificamente designados pela Controladoria-Geral da União. A seu turno, o art. 32º estabelece que a proposta de acordo deverá ser concluída no prazo de cento e oitenta dias, contado da data de sua apresentação, embora o parágrafo único desse mesmo dispositivo permita a prorrogação desse prazo.

Norma interessante pode ser encontrada no art. 37º, estabelecendo que o acordo de leniência deverá conter, entre outras disposições, cláusulas que versem sobre: I – o compromisso de cumprimento dos requisitos previstos nos incisos II a V do caput do art. 30º; II – a perda dos benefícios pactuados, em caso de descumprimento do acordo; III – a natureza de título executivo extrajudicial do instrumento do acordo; e IV – a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Nessa esteira, mesmo em tema tão sensível, os autores²⁰ tendem a flexibilizar o conceito de indisponibilidade material do direito, o que vem ao encontro das considerações expostas nesse texto²¹.

Essa tendência, aliás, foi expressamente acolhida pela Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que será examinada a seguir.

Nesse sentido, o caput do art. 1º dessa Resolução estabelece que o TAC é um “instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração”.

A questão mais relevante para o nosso estudo pode ser encontrada no § 2º: “É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento

²⁰ MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida*. Tese de Doutorado. Uerj, 2010. Disponível em: http://works.bepress.com/leticia_martel/, p. 18.

²¹ VENTURI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis?* In Revista de Processo, vol. 251, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. / 2016, pp. 391/426.

ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”.

Aqui é necessário ressaltar que o art. 12º da Lei nº 8.429/1992 prevê a seguintes sanções para os atos de improbidade, a serem aplicadas cumulativa ou alternadamente: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) ressarcimento integral do dano; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; e) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais pelo prazo de dez anos.

O parágrafo único do art. 12º estabelece que o magistrado deve levar em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, ao fixar o patamar da sanção. Tais parâmetros, a nosso ver, devem igualmente ser utilizados na dosimetria das sanções negociadas no TAC, bem como controlados pelo magistrado, no momento de homologar ou não o acordo. Nesse ponto, deve ser aplicado, por analogia, o disposto no § 8 do art. 4º da Lei nº 13.850/2013, acima referido.

Idealmente, deveria o magistrado designar audiência para a homologação do acordo, caso veja a necessidade de adequar ou adaptar os termos da proposta. Isso é uma decorrência do princípio da colaboração e do contraditório participativo (arts. 6º e 10º do CPC), a exemplo do que ocorre por ocasião do saneamento compartilhado (art. 357º, § 3, também do CPC).

Voltando ao exame da Resolução nº 179, o § 3 desse art. 1º preceitua que a celebração do compromisso não afasta, necessariamente, a eventual responsabilidade administrativa ou penal pelo mesmo fato.

Esse ponto tem especial relevância pois confere maior segurança jurídica ao ajuste. Dessa forma, o compromisso pode excluir ou incluir benefícios nas áreas criminal e administrativa. Contudo, nessa hipótese, algumas cautelas devem ser adotadas, sobretudo para manter a isonomia entre os benefícios concedidos a investigados diversos, bem como para preservar o princípio do promotor natural. Aliás, nessa linha já havia se posicionado o STJ²², mesmo antes da inovação normativa.

Por fim, o § 4 deixa ao critério discricionário do órgão do Ministério Público decidir quanto à necessidade, conveniência e oportunidade de

²² STJ. HC 187.043-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 22/3/2011. Informativo STJ nº 211.

audiências públicas com a participação dos interessados. Nesse ponto específico, parece-nos que a diligência deveria ser sempre necessária, e não apenas facultativa.

A nosso ver, é fundamental auscultar a sociedade civil organizada e os lesados diretamente pelo ato ilícito. A não realização de pelo menos uma audiência pública pode resultar num isolamento do Ministério Público e, com isso, gerar um acordo que não atenda, da melhor forma, os interesses da sociedade, ou, pior, um acordo que revele solução rápida e consensual, mas que não gere a resolução efetiva e duradoura do problema.

IV. O cabimento da mediação envolvendo questões coletivas ou públicas

Todo o capítulo III da Lei nº 13.140/2015 é dedicado à mediação envolvendo os órgãos da Administração Pública.

Inicialmente, cabe registrar que não apenas a Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), mas também a Indireta (Autarquias e Fundações Públicas) podem fazer uso da mediação. Além disso, essa possibilidade se estende aos três níveis da Federação (federal, estadual e municipal).

A primeira questão a ser enfrentada aqui é a disponibilidade ou não dos interesses públicos. Com efeito, não custa lembrar que o art. 3º, § 2, da Lei de Mediação já resolve parte do problema, ao permitir o uso do instituto mesmo nos direitos indisponíveis transacionáveis.

Ademais, não se pode confundir indisponibilidade com intransigibilidade, pois esta somente se afigura nas situações em que a lei expressamente veda a transação. Nesse sentido, como bem salienta Luciane Moessa de Souza²³, existem três fundamentos constitucionais para a adoção de métodos consensuais na resolução de conflitos em que se vê envolvido o Poder Público, a saber:

- a) o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Const. Federal);
- b) o princípio da eficiência (art. 37º, *caput*); e
- c) o princípio democrático (art. 1º).

²³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de et alli (org.). *O Marco Legal da Mediação no Brasil, Atlas*: São Paulo, 2015, p. 211.

Na visão da doutrinadora, deve o Poder Público necessariamente disponibilizar métodos de resolução consensual de conflitos para as situações em que estiver litigando com particulares.

A mesma autora²⁴ oferece o mais completo levantamento dos antecedentes históricos do cabimento de acordo envolvendo órgãos públicos.

Inicia por lembrar a legislação de defesa da concorrência (Lei nº 8.884, de 1994), cujo artigo 53º admitiu a celebração de compromisso de cessação de conduta para suspender processo administrativo sancionador. Tal norma foi mantida na Lei nº 12.519/2011, cujos artigos 9º, V, e 85º continuam a dispor sobre o compromisso de cessação de conduta lesiva à concorrência.

Na sequência, em 1997, a Lei nº 6.385, de 1976, que disciplinou o mercado de capitais e criou a Comissão de Valores Mobiliários para regulá-lo, foi alterada pela Lei nº 9.457, que incluiu os parágrafos 5 a 12º em seu artigo 11º, que trata do processo administrativo sancionador. Os novos parágrafos 5º a 9º tratam da possibilidade de suspensão do processo punitivo mediante celebração de termo de compromisso de ajustar a conduta às prescrições legais.

Ademais, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional tem semelhante previsão no exercício das atividades de fiscalização das instituições de ensino superior (Lei nº 9.394/1996, art. 46º, § 1; Decreto 5.773/2006, arts. 47º a 50º).

Importante, ainda, lembrar dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/01), bem como da lei que criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/09). Em ambas há previsão expressa do cabimento de acordo.

E essa tendência, aliás, já vinha sendo seguida, também, nas normas que regem as agências reguladoras:

- a) ANEEL – artigo 3º, V, da Lei nº 9.427, de 1996, e Resolução ANEEL 333, de 2008;
- b) ANATEL – artigo 19º, XVII, da Lei nº 9.472, de 1996;
- c) ANP – artigo 20º da Lei nº 9.478, de 1997 e Portaria ANP 69/2011, art. 54º;
- d) ANTT – Resolução 442/2004;

²⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de et alli (org.). *O Marco Legal da Mediação no Brasil*, Atlas: São Paulo, 2015, p. 213.

- e ANTAQ – Resolução 987/2008;
- f) ANS – Lei nº 9.656, de 1998, art. 29º, § 1, e Lei nº 9.961, de 2000, art. 4º, XXXIX;
- g) PREVIC – Lei nº 12.154, de 2009, art. 2º, VIII; Instruções PREVIC 3 e 7/2010.

Interessante notar, por fim, que o uso da mediação pelo Poder Público já era uma realidade desde a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF²⁵, prevista no art. 18º do Decreto 7.392/2010. Essa Câmara, que tem atuação em diversos casos de alta relevância, propõe-se a mediar casos complexos e que envolvam entes da administração pública²⁶, em iniciativa absolutamente pioneira e exitosa²⁷.

Importante ressaltar que o CPC possui dispositivo idêntico ao art. 32º da Lei de Mediação. Trata-se do art. 174º do CPC, que também autoriza a atividade consensual envolvendo a Fazenda Pública, nos níveis federal, estadual, distrital, e municipal.

Assim, tanto o CPC como a Lei nº 13.140/2015 trazem duas hipóteses: (i) questões que envolvam a administração pública; nessa modalidade, temos duas opções: (i).1 conflitos entre órgão públicos (art. 174º, inciso I); (i).2 conflitos entre um órgão público e um particular (art. 174º, inciso II); e (ii) questões coletivas que possam ser objeto de termo de ajustamento de conduta (TAC).

A Lei de Mediação, seguindo esse mesmo caminho, em seus arts. 32º a 40º, traz normas gerais e específicas para a utilização das técnicas de conciliação e mediação nos conflitos que envolvam a administração

²⁵ Enunciado CJF nº 18: “Os conflitos entre a administração pública federal direta e indireta e/ou entes da federação poderão ser solucionados pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal – CCAF – órgão integrante da Advocacia-Geral da União, via provocação do interessado ou comunicação do Poder Judiciário”.

²⁶ Enunciado CJF nº 25: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm o dever de criar Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos com atribuição específica para autocomposição do litígio”.

²⁷ Enunciado CJF nº 19: “O acordo realizado perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal – CCAF – órgão integrante da Advocacia-Geral da União – constitui título executivo extrajudicial e, caso homologado judicialmente, título executivo judicial”.

pública e seus órgãos, bem como na utilização da ferramenta do termo de ajustamento de conduta.

Além da previsão do TAC na legislação específica e ainda no art. 174º, III do CPC combinado com o art. 32º, III da Lei de Mediação, é preciso atentar para a possível realização do acordo por outros legitimados privados, ou seja, sem a participação do Ministério Público, da Defensoria ou mesmo da Advocacia Pública.

Referimo-nos aqui aos legitimados para a propositura da ação civil pública, mas que não podem, ao menos numa interpretação literal, tomar o termo de ajustamento de conduta. É o caso, por exemplo, das associações de classe, confederações e sociedades civis sem fins lucrativos.

Contudo, é necessário atentar para o fato de que o art. 3º, § 2 da Lei nº 13.140/2015 permite o consenso envolvendo direitos indisponíveis transacionáveis, desde que o acordo seja levado à homologação judicial, com prévia oitiva do MP.

Nesse sentido, poderíamos estender a aplicação desse dispositivo também para os direitos transindividuais e visualizar uma hipótese de acordo em ação civil pública promovida por associação de classe (durante a audiência de conciliação ou de mediação, por exemplo) caso o juiz entenda que o direito é transacionável (art. 334º, § 4, inciso II do CPC).

Na verdade, esse acordo poderia ser alcançado mesmo antes da ACP, em procedimento de mediação prévia e extrajudicial; porém, sua eficácia ficaria sempre condicionada à homologação judicial. Para tanto, seria acionado o art. 725º, VIII do CPC.

É bem verdade que, como já referido acima, nos casos envolvendo atos de improbidade, a legitimidade é restrita ao MP e à pessoa de direito público lesada. Contudo, não podemos nos esquecer da hipótese de ajuizamento concomitante de ação popular, cuja legitimidade pertence a qualquer cidadão, ou mesmo de mandado de segurança coletivo impetrado por entidade de classe ou associação privada.

Nessas hipóteses, ainda que não seja ofertado TAC na ação civil pública por ato de improbidade, em tese, caberia mediação na ação popular ou no próprio mandado de segurança coletivo, apesar dos evidentes limites de um acordo, sobretudo no caso do mandamus.

Por outro lado, na hipótese de ação promovida pelas pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), temos que lembrar que o art. 32º da Lei de Mediação permite,

expressamente, não apenas a mediação (inciso II) como a promoção do TAC (inciso III).

Ademais, o § 3 do art. 32º estabelece que, havendo consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial, ou seja, prescinde de homologação, o que parece conflitar com os termos do art. 3º § 2 acima referido, sobretudo em sede de direitos indisponíveis transacionáveis. Contudo, mais adiante voltaremos ao tema.

V. A possibilidade dos acordos sobre o procedimento

Com efeito, em sua gênese, o direito processual pertence ao ramo do direito público, ou seja, suas normas, como regra, são cogentes e não admitem modificação pelas partes²⁸.

No CPC/73, a ideia de negócio jurídico processual era controvertida²⁹. A doutrina³⁰ entendia cabível em algumas hipóteses excepcionais, sempre quando houvesse norma expressa autorizativa, e a jurisprudência³¹ caminhava no mesmo sentido. Entretanto, o assunto já era debatido desde a década de 1980³².

Em seu caminho evolutivo³³, o direito processual vem incorporando vários dispositivos que prestigiam o princípio da livre manifestação de

²⁸ SANTOS, Marina França. *Intervenção de Terceiro Negociada: Possibilidade Aberta pelo Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, vol 241/2015, p. 96.

²⁹ MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova*. Revista de Processo, vol. 241/2015, p. 463-487, mar/2015,

³⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios Jurídicos Processuais no Direito Brasileiro*. Disponível na internet. <https://www.academia.edu/10270224>. Acesso em 17 de abril de 2015, p. 14.

³¹ Com relação à alteração da ordem probatória e sua viabilidade por iniciativa do juiz, o STJ já se manifestou favoravelmente, em decisão de 1994. “Ementa: Prova. Inversão na ordem prevista no art. 452º do CPC. Ausência de prejuízo. Além de não ser peremptória a ordem estabelecida no art. 452º do CPC, há parte de evidenciar o prejuízo que lhe adviria com a inversão ocorrida. Aplicação ao caso, ademais, da Súmula n. 283-STF. Recurso Especial não conhecido.” STJ – REsp 35786 SP 1993/0016147-4. 4ª Turma. Pub. em: 12.12.1994, DJ p. 34350, RSTJ, vol. 79, p. 238.

³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenção das partes sobre matéria processual*. In: Temas de Direito Processual. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 87-88.

³³ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no projeto do Novo CPC – aproximações preliminares. *Revista Eletrônica – Tribunal Regional do Trabalho do*

vontade das partes. A doutrina³⁴, a seu turno, também tem feito grande contribuição no sentido de concretizar e consolidar o instituto.

Leonardo Greco³⁵, por exemplo, sistematiza as convenções em três grupos: (i) aquelas que afetam apenas a direitos processuais das partes, sem interferir nas prerrogativas do órgão julgador, demonstrando-se, portanto, aptas a produzirem efeitos imediatos; (ii) aquelas que afetam os poderes do juiz, o que é autorizado por lei na hipótese de conjugação de intenção das partes, razão pela qual também produzem efeitos desde a avença; e (iii) aquelas nas quais a conjugação da vontade das partes deve ser somada à concordância do juiz, que fará uma análise da *conveniência e oportunidade* para que o acordo passe a surtir efeitos, haja vista a inexistência de autorização legal para a limitação dos poderes apenas pela conjugação da vontade dos litigantes.

Ainda segundo o autor³⁶, as convenções processuais devem obedecer aos seguintes requisitos: (a) a possibilidade de autocomposição a respeito do próprio direito material posto em juízo ou a impossibilidade de que a convenção prejudique o direito material indisponível ou a sua tutela; (b) a celebração por partes plenamente capazes; (c) o respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e (d) a preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo e da ordem pública processual.

Duas questões precisam ser esclarecidas: a) A primeira diz respeito à definição do alcance da expressão ordem pública processual. Como bem

Paraná, v. 39, 2015. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/index.jsp?ipg=194778>. Acesso em 20 abr 2015.

³⁴ CAPONI, Remo. *Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. Accordi di Parte e Processo*. Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, nº 11. Milano: Giuffrè, 2008, pp. 105/111.

³⁵ GRECO, Leonardo. *O juiz pode ser sujeito de um negócio processual?* Palestra proferida no Seminário “Negócios Processuais no Novo CPC” promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP – AASP, em 06 de março de 2015.

³⁶ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil – Introdução ao Direito Processual Civil*. vol. 1, 5. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p .61.

sinaliza Diogo Rezende³⁷, a expressão se refere a *direitos públicos inafastáveis*: são eles: (a.1) a igualdade e a capacidade das partes; (a.2) o contraditório e a ampla defesa; (a.3) o devido processo legal; (a.4) o princípio do juiz natural; (a.5) a independência e a imparcialidade do julgador; (a.6) a fundamentação das decisões judiciais; (a.7) a busca da verdade; (a.8) a celeridade; (a.9) a coisa julgada material: e b) A segunda se refere à possibilidade da realização de convenções processuais mesmo quando está em jogo direito identificado como indisponível.

Nesse passo, importante reconhecer que com o advento do CPC/2015 (arts. 165º e 334º, § 4) e da Lei de Mediação (art. 3º, §2 da Lei nº 13.140/2015) não há mais dúvida quanto à possibilidade de composição em direitos indisponíveis.

Temos sustentado³⁸ que, diante dos termos adotados pelo legislador, aliados à ideia da ressignificação da indisponibilidade a partir das premissas da contemporaneidade, a abrangência do direito indisponível que não admite autocomposição deve ser reduzida às hipóteses nas quais haja vedação expressa ao acordo, ou quando a disposição violentar um direito fundamental do cidadão.

O Código de 2015, com isso, traz a técnica de flexibilização do processo, o que acaba por acarretar um dinamismo diferente às condutas dos sujeitos processuais, permitindo, dessa forma, que as partes tenham uma maior contribuição sobre a gestão do processo.

A ideia encontra certa resistência, sobretudo em virtude da cultura da *civil law* brasileira, apegada à forma preestabelecida do ato e do procedimento, enquanto sinônimo de previsibilidade e segurança, bem como de ordem apta a garantir um tratamento isonômico a todos os envolvidos na relação jurídico-processual.

Essa mentalidade acaba se enraizando no ideário coletivo e, via de consequência, tornando difícil a abertura à atuação dispositiva dos particulares. De toda forma, maleabilizar-se o procedimento revela-se tendência

³⁷ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das Convenções Processuais no Processo Cível*. Ob. Cit., p.149.

³⁸ Ver nossa exposição sobre Convenções Processuais, realizada no Auditório do Ministério Público de Minas Gerais, em agosto de 2015: http://humbertodalla.podomatic.com/entry/2015-08-19T07_10_28-07_00, acesso em 15 de novembro de 2015.

natural e consequência inata à evolução dos parâmetros constitucionais e, por conseguinte, processuais.

Como tal, afastá-la equivaleria a manter o ordenamento processual brasileiro estagnado no tempo pré-Constituição, na contramão de alternativas viáveis para procedimentos preestabelecidos que, face ao caso concreto, mostrem-se não efetivos e, por isso mesmo, incompatíveis com o verdadeiro e pleno acesso à justiça e à tão visada tutela jurisdicional.

Trata-se, enfim, de apenas um dos muitos exemplos de inovações trazidas pela Lei nº 13.105/2015.

Nesse sentido, e seguindo tendência que já se verifica em outros ordenamentos jurídicos, o art. 190º permite às partes adaptar o procedimento às peculiaridades da causa, constituindo cláusula geral de negociação processual.

O grande desafio é encontrar o ponto de equilíbrio. De fato, é muito mais fácil visualizar as hipóteses de cabimento das convenções no plano teórico do que na prática. O NCPC, para mal ou para bem, só o tempo dirá, optou pela técnica da cláusula geral ao dispor sobre o novo instituto, ao mesmo tempo propiciando potenciais conquistas em termos de uma prestação jurisdicional mais ajustada às particularidades do litígio, e exigindo um estudo cauteloso e ponderado dos limites a serem observados.

Não há um rol de hipóteses³⁹ nas quais a convenção é possível, mas sim uma autorização genérica subordinada a determinadas condições.

³⁹ Não obstante a técnica legislativa, a doutrina tem manifestado grande preocupação com o tema. Nesse sentido, podem ser colhidos alguns enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis, buscando identificar as hipóteses nas quais é possível ou não estabelecer convenções processuais: Enunciado nº 19 do FPPC: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334º; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334º; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si”. Enunciado nº 20 do FPPC: “Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância”. Enunciado nº 254 do FPPC: “É inválida a convenção para excluir a intervenção do

O dispositivo prevê, para tanto, dois requisitos: um objetivo e outro subjetivo. Assim, o processo deve versar sobre direitos que admitam autocomposição⁴⁰ e as partes devem ser capazes.

Há de se observar, assim, que tais direitos são, em sua essência, disponíveis ou reflexos patrimoniais de direitos indisponíveis⁴¹.

Podem ainda ser de cunho material ou processual, ressalvando-se a impossibilidade de atingimento de norma processual de interesse público relevante. Somente as regras que interessem precipuamente às partes se enquadram no dispositivo, e, mesmo assim, desde que atentem para as indisponibilidades previstas na Lei civil.

Além desse requisito objetivo, o art. 190º faz menção a um de natureza subjetiva, ao exigir que as partes sejam plenamente capazes. A lógica da Lei é intuitiva: apenas aqueles que possuem aptidão plena para a prática dos atos da vida civil podem decidir sobre os rumos da tutela de seus direitos no processo.

Tal capacidade, para convenções elaboradas de forma endoprocessual, é aferida em seu tríptico aspecto: capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória.

Preenchidos ambos os requisitos, podem ser realizados acordos processuais versando sobre: a) ônus; b) poderes; c) faculdades; e d) deveres.

O acordo pode ser prévio (realizado antes do processo, por exemplo, em uma cláusula contratual) ou incidental (quando já iniciada a relação processual).

O art. 357º, § 2, que trata da decisão de saneamento, prevê ainda que as partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito.

O art. 373º, § 3, dispõe que a distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Ministério Público como fiscal da ordem jurídica”. Enunciado nº 255 do FPPC: “É admissível a celebração de convenção processual coletiva”.

⁴⁰ GODINHO, Robson. *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese. PUC/SP, 2013.

⁴¹ MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas*. Espaço Jurídico, v. 11, p. 334-373, julho/dezembro de 2010.

E, ainda, o art. 471º dispõe que as partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que sejam plenamente capazes e a causa possa ser resolvida por autocomposição.

São todas expressões concretas do princípio da cooperação, genericamente disposto no art. 6º do CPC/2015.

Retornando ao art. 190º, seu parágrafo único determina que o magistrado, *ex officio* ou mediante provocação da parte interessada, deverá controlar a validade das convenções, sobretudo a fim de preservar os princípios constitucionais⁴², observando os limites impostos pela ordem pública processual.

Ao examinar a convenção, o juiz pode homologá-la, ou, excepcionalmente, recusá-la, somente nos seguintes casos: a) configuração de nulidade; b) inserção abusiva em contrato de adesão; c) quando uma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Para Fernanda Tartuce⁴³, vulnerabilidade significa suscetibilidade. É possível falar-se, ainda, em vulnerabilidade processual⁴⁴.

Necessário, aqui, estabelecer em qual sentido o termo dever ser interpretado. Temos para nós que a vulnerabilidade, aqui, é somente a processual, devendo ser aferida pelo magistrado diante das peculiaridades do caso concreto.

Em matéria de direitos transindividuais, em princípio, as convenções processuais podem ser utilizadas tanto na fase pré-judicial (no inquérito civil, por exemplo) como durante a ação civil pública.

Nesse sentido, os arts. 15º a 17º da Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público admitem, expressamente, o uso de tais

⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 168.

⁴³ “Vulnerabilidade indica suscetibilidade em sentido amplo, sendo a hipossuficiência uma de suas espécies (sob o viés econômico)”. TARTUCE, Fernanda. *Vulnerabilidade Processual no novo CPC*, artigo disponível no seguinte endereço: https://www.academia.edu/25885818/Vulnerabilidade_processual_no_Novo_CPC, acesso em 05 de junho de 2016.

⁴⁴ “Vulnerabilidade processual é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária; a impossibilidade de atuar pode decorrer de fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório”. TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. São Paulo: Método, 2012, p. 184.

instrumentos como ferramentas de proteção aos direitos coletivos pelo Ministério Público.

O art. 16º dispõe que “poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais” e o art. 17º permite, que as convenções sejam “documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta”.

No que se refere ao cabimento das convenções em procedimentos instaurados para apurar atos de improbidade administrativa, parece-nos não haver óbice legal. Contudo, devemos atentar para a questão da legitimidade ativa e passiva. Isso porque apenas o Ministério Público e a pessoa de direito público lesada ostentam legitimidade para o ajuizamento da ação de improbidade (art. 17 da Lei nº 8.429/92). Nesse sentido, a convenção teria que ser feita, antes ou durante o processo, com uma dessas instituições, ou, ainda, com ambas, na hipótese de litisconsórcio ativo.

Ainda nesse sentido, a ação de improbidade pode ser ajuizada apenas contra o agente público ou ainda contra o particular, em regime de litisconsórcio simples, como já assentou o STJ⁴⁵. Também aqui será preciso colher a manifestação de vontade de todas as partes da demanda.

VI. Considerações Finais

Consolidando, então, todas essas ideias, buscando a aplicação prática dos institutos, é possível perceber que o advento do art. 174º, inciso III, do Código de 2015 e dos arts. 3º § 2 e 32º, inciso III e § 3 da Lei nº 13.140/2015 trouxeram à tona a possibilidade de se negociar tanto sobre o próprio fundo do direito coletivo, como também sobre o procedimento a ser seguido. Houve, aqui, uma inspiração no Direito norte-americano em aspecto até então pouco explorado pelo Direito brasileiro⁴⁶.

⁴⁵ Teses nºs 8 e 9 da Jurisprudência em Teses do STJ em matéria de improbidade administrativa. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/>, acesso em 20 de dezembro de 2018.

⁴⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O Marco Legal da Mediação no Brasil: Comentários à Lei n 13.140/15.1* ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

O ponto mais controvertido parece ser o fato de que, apesar de o art. 32º, inciso III, ter colhido inspirações no *settlement*, não colocou a homologação judicial como pressuposto para a produção dos efeitos da estipulação coletiva, já que, de um lado, o TAC possui, legalmente, eficácia de título executivo extrajudicial, e, de outro, as instituições privadas podem propor mediação ao causador do dano coletivo e o termo de acordo é desde logo eficaz.

O controle do Poder Judiciário, nos EUA, aparece como ponto fundamental para assegurar que o acordo seja adequado e razoável⁴⁷, devendo, inclusive ser precedido por uma audiência (*fairness hearing*), na forma da *Rule 23 (e)* das Federal Rules of Civil Procedure⁴⁸. Nesse sentido encontramos o já mencionado art. 36º, § 4 da Lei de Mediação, no que se refere à ação de improbidade administrativa.

Contudo, na hipótese de TAC ser firmado em inquérito civil preparatório de ação de improbidade administrativa, persiste a desnecessidade da homologação judicial. Isso decorre da leitura combinada dos arts. 32º, § 3 e 36º, *caput*, todos da Lei de Mediação. Com efeito, o aludido § 4 do art. 36º, se interpretado restritivamente, condiciona a eficácia do acordo à homologação judicial apenas nas hipóteses de já haver ação de improbidade ou decisão do Tribunal de Contas da União.

Não obstante isso, entendemos que por se tratar de matéria extremamente sensível, a homologação judicial é bastante recomendada a fim de se alcançar um patamar mais elevado de segurança jurídica. Nesse passo, o acordo passará a ser blindado por sentença transitada em julgado, evitando-se toda sorte de questionamento cabível contra títulos extrajudiciais em sede de execução, inclusive a possibilidade de um dos legitimados desejar o acordo e o outro ajuizar a demanda, hipótese que causa profunda insegurança jurídica e é frequentemente referida como uma das causas que desincentivam os réus a tomar o ajustamento de conduta.

Fazendo aqui um contraponto ao sistema das *class actions*, são sempre oportunos os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira acerca dos

⁴⁷ GIDI, Antonio. *Class action in Brazil – a model for civil law countries*. The American Journal of Comparative Law, v. 51, n. 2, 2003, p. 26.

⁴⁸ Texto integral e atualizado disponível em https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23, acesso em 20 de dezembro de 2018. Atente-se, ainda, para o fato de que a alínea “e” da Regra 23, que trata justamente do acordo (*settlement*) foi alterada em dezembro de 2018.

riscos de se importar acriticamente técnicas estrangeiras, sem que se leve em consideração os aspectos estruturais de cada ordenamento⁴⁹.

Parece-nos que, afora as distinções entre os dois sistemas em relação à legitimação, a coisa julgada, e o sofisticado e vigilante sistema de representatividade adequada, a compreensão de que homologação judicial seria necessária para se atribuir eficácia ao compromisso de ajustamento de conduta, quando versar sobre direitos indisponíveis-transacionáveis, certamente retiraria a autonomia dos legitimados políticos ao seu oferecimento, além de ir de encontro à tendência universal da desjudicialização de conflitos⁵⁰.

Contudo, aqui, temos que fazer uma distinção entre as instituições públicas e privadas. Quando uma instituição pública propõe o TAC ou a mediação, no âmbito extrajudicial, e o acordo é alcançado, a homologação judicial não é uma *conditio sine qua non*, ou seja, o acordo pode produzir seus efeitos desde logo, na medida em que o art. 32º, § 3º é regra específica se comparado ao art. 3º, § 2, ambos da Lei nº 13.140/2015.

Contudo, se o acordo é fruto de conciliação ou mediação em procedimento extrajudicial instaurado por instituição privada (associação de classe, por exemplo), a eficácia do acordo será sempre subordinada à homologação judicial, aplicando-se, neste caso, a regra geral do referido art. 3º § 2.

Não custa lembrar, por fim, que se o acordo se der no curso de ação coletiva a homologação judicial será sempre necessária art. 334º, § 11, 515º, II, e 487º, III, “b”, todos do CPC), ainda que venha a envolver sujeito estranho ao processo ou versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo (art. 515, § 2º).

E, aqui, ponderamos que não se trata de uma atividade meramente homologatória. Sustentamos que o magistrado tem discricionariedade para não homologar o acordo, caso entenda que se trata de um direito indisponível não transacionável (por exemplo, um acordo que admite ressarcimento parcial ao erário) ou quando a sanção é desproporcional (extremamente gravosa ou insuficiente diante da gravidade do ato).

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA. *O processo norte-americano e a sua influência, Parte Geral, Especial e a influência do processo penal norte-americano*. In: Temas de Direito Processual, 8ª série. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 223.

⁵⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta*, in Revista de Processo, vol. 256, ano 41, jun/2016, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 405

Nesse caso, ele proferirá decisão interlocutória recusando homologação (art. 334º, § 11, a *contrario sensu*). O grande problema aqui é que essa hipótese não está, em princípio, prevista no art. 1.015º do CPC, o que nos levaria, numa primeira leitura, à conclusão de que tal ato do juiz seria irrecorrível, ao menos naquele momento. Poderiam as partes, futuramente, por ocasião da sentença, apelar e trazer essa questão nas razões ou nas contrarrazões do apelo, nos exatos termos do art. 1.009º, § 1.

Contudo, pensamos nós, que se na decisão o juiz recusar a homologação sob o argumento de que o direito não admite autocomposição, isso equivale a uma decisão interlocutória de mérito e, nessa hipótese, a via do agravo de instrumento se mostra cabível nos exatos termos do art. 1.015º, II (decisão sobre o mérito).

Por outro lado, se a recusa da homologação se prende a falta de um requisito formal, como por exemplo, a ausência de assistência de advogado, ou mesmo ausência de representação ou assistência no caso do incapaz, a decisão resta não agravável, podendo ser atacada, apenas, nos restritos limites dos embargos de declaração, na forma do art. 1.022º.

VII. Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2014.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenção das partes sobre matéria processual*. In: Temas de Direito Processual. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios Jurídicos Processuais no Direito Brasileiro*. Disponível na internet. <https://www.academia.edu/10270224>. Acesso em 17 de abril de 2015.
- FISS, O.M. Against Settlement, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, May 1984.
- FISS, O.M. The Class Action Rule, 78 *Notre Dame Law Review*, 1419 (2003).
- GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil – Introdução ao Direito Processual Civil*. vol. 1, 5ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GRECO, Leonardo. *O juiz pode ser sujeito de um negócio processual?* Palestra proferida no Seminário “Negócios Processuais no Novo CPC” promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP – AASP, em 06 de março de 2015.
- MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova*. Revista de Processo, vol. 241/2015, p. 463-487, mar/2015.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida*. Tese de Doutorado. Uerj, 2010. Disponível em: http://works.bepress.com/leticia_martel/.
- NERY JR., Nelson. *O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida e a problemática teorização da passagem do exercício do poder público para tentativa de ajuste no âmbito privado*. In: *A Ação Civil Pública após 25 anos*. MILARÉ, Édís (coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta. Teoria e Análise de casos práticos*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FARIAS, Bianca Oliveira de. *Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública*. In: *Temas de Improbidade Administrativa*. 1ª edition, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v.1.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta*, in Revista de Processo, vol. 256, ano 41, jun/2016, Revista dos Tribunais: São Paulo, pp. 371/411.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. *Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?* In Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, vol. 73, Ago/Set 2016, Magister: Porto Alegre.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Acordos em Litígios Coletivos: Limites e Possibilidades do Consenso em Direitos Transindividuais após o Advento do Cpc/2015 e da Lei de Mediação*. Revista Eletrônica de Direito Processual, v.19, p.118 – 148, 2018.

- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; Vidal, Ludmilla. *La Nouvelle Configuration des Accords Collectifs Du Droit Brésilien*. International Journal of Procedural Law, v.8, pp.121-132, 2018.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. ALENCAR, Paulo Wunder. *Os benefícios Legais da Colaboração Premiada*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v.14, p.52 – 76, 2018.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*, Curitiba: CRV, 2017.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. São Paulo: Método, 2012.
- VENTURI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis?* In Revista de Processo, vol. 251, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan / 2016.

O Acordo de Leniência no Novo Marco Regulatório Anticorrupção do Estado do Rio de Janeiro¹

ANDRÉ URYN²

Sumário: I. Introdução; II. Acordo de Leniência: Histórico e Natureza Jurídica; III. Requisitos para a celebração do acordo de leniência e critérios para a mensuração do montante a ser recuperado em razão da prática de atos de corrupção. O Decreto nº 46.366/18 do Estado do Rio de Janeiro; IV. Conclusão.

Resumo: Diante dos grandes escândalos de corrupção ocorridos no Brasil ao longo dos últimos anos, a busca por instrumentos jurídicos capazes de conter e punir esse tipo de comportamento é constante e se dá no âmbito de todas as unidades da Federação. Frente a esse cenário, há o desenvolvimento do acordo de leniência como instrumento para a interrupção do ato lesivo e a obtenção de informações sobre os atos de corrupção praticados. O presente artigo busca explorar o contexto histórico em que se deu o surgimento e desenvolvimento dos acordos de leniência e, ainda, seus requisitos legais básicos de celebração no ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, no âmbito da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Palavras-chave: *Lei Anticorrupção, acordo de leniência, corrupção, transação, Estado do Rio de Janeiro.*

Abstract: In the face of the corruption scandals that have occurred in Brazil over the last few years, the search for legal instruments able to limit and punish this type of behavior is constant and occurs within all the units of the Federation.

¹ Agradeço a todos os membros da Controladoria Geral da União e da Advocacia Geral da União, nas pessoas dos Ministros Wagner Rosário e André Mendonça, pela preciosa ajuda disponibilizada ao Estado do Rio de Janeiro.

² Procurador do Estado do Rio de Janeiro; andreurn@gmail.com.

Against this background, there is the development of leniency agreements in the country as an instrument for stopping this kind of acts and obtaining information on the acts of corruption practiced. This article seeks to explore the historical context in which the emergence and development of leniency agreements occurred, as well as their basic legal requirements of celebration in the Brazilian legal system, especially in the Public Administration of the State of Rio de Janeiro.

Keywords: *Anti-Corruption Law, leniency agreements, corruption, transactions, State of Rio de Janeiro.*

I – Introdução

O Estado do Rio de Janeiro possui um novo marco regulatório anti-corrupção, formado pela Lei n.º 7.989/18, Lei n.º 7.753/17 e Decreto n.º 46.366/18. Esse conjunto de normas foi instituído a partir dos recentes escândalos ocorridos no âmbito da Administração Pública fluminense³, tendo em vista a constatação de que o sistema de controle interno não foi capaz de prevenir, apurar e punir as condutas perpetradas pelos agentes e pessoas jurídicas envolvidas.

Inicialmente, foi preciso reorganizar a atuação dos órgãos de controle interno, que não estavam voltados para o combate à corrupção. O sistema de controle interno era vetusto, baseado na Lei n.º 287/79, que instituiu o Código de Contabilidade Pública. Era composto pela Auditoria Geral do Estado e pela Contadoria Geral do Estado, ambos estruturados na Secretaria de Estado de Fazenda com a finalidade de verificação de inconformidades em contratos e convênios celebrados pela Administração Pública, na forma do Decreto n.º 43.463/12.

A necessidade de alteração desse marco foi verificada também por uma questão prática: a aplicação da Lei n.º 12.846/13 – Lei Anticorrupção – e seus sofisticados mecanismos de combate à corrupção somente poderiam ser manejados de forma eficiente a partir da existência de um órgão central.

³ Segundo informado pelo Ministério Público Federal, até o momento, a Operação Lava-Jato no Estado do Rio de Janeiro produziu 33 denúncias com 153 denunciados, tendo sido pleiteados R\$ 2,34 bilhões em reparação e R\$ 452,2 milhões efetivamente recuperados.

Daí a criação da Controladoria Geral do Estado, com o advento da Lei n.º 7.989/18.

A Lei n.º 12.846/13 trouxe relevantes inovações ao sistema normativo de combate à corrupção, como a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, independentemente de culpa, o processo administrativo de responsabilização da pessoa jurídica, a previsão de adoção de programa de integridade e, ainda, o acordo de leniência.

Com a finalidade de regulamentar a Lei Anticorrupção, no âmbito da Administração Pública estadual foi editado o Decreto n.º 46.366/18, baseado no Decreto federal n.º 8.420/15. O Decreto estadual dispõe sobre o procedimento para a instauração, instrução e julgamento do processo administrativo de responsabilização e formas de fiscalização do programa de integridade, tal como o Decreto federal, mas tem algumas novidades, como a expressa possibilidade de adesão a acordo já realizado por outros órgãos e ainda requisitos mais específicos para a celebração de acordo de leniência, notadamente quanto ao eventual montante indenizatório.

Tendo como ponto de partida a Lei Anticorrupção e o novo marco regulatório do Estado do Rio de Janeiro, o presente trabalho tem como objetivo o estudo específico do acordo de leniência, a sua origem, o fundamento legal e como está regulamentado junto à Administração Pública estadual.

De modo a facilitar a leitura, o texto está organizado em duas partes.

A primeira trata do arcabouço jurídico do sistema anticorrupção surgido no Brasil nos últimos anos, voltado em especial para o acordo de leniência.

Na segunda parte, como não poderia deixar de ser, é tratada a negociação havida com a pessoa jurídica, examinando, ponto por ponto, o atendimento aos requisitos e exigências estipuladas pelo Decreto n.º 46.366/2018. Particular atenção será dada para as cláusulas que deverão constar do eventual acordo de leniência, assim como para a questão da perda do produto decorrente do ato ilícito e a reparação do dano.

II – Acordo de Leniência: Histórico e Natureza Jurídica

Ao falarmos de sistema anticorrupção e acordo de leniência, mostra-se necessária uma breve recapitulação histórica para fins de contextualização.

No ano de 2001, as empresas *WorldCom* – gigante das telecomunicações – e *Enron* – importante empresa do ramo de energia sediada no Texas – foram

descobertas perpetrando fraudes contábeis que, tanto num caso como no outro, tinham por objetivo maquiar perdas e impedir a queda do valor das ações negociadas em bolsa⁴.

Os conflitos de interesses envolvendo altos executivos das companhias, bem como consultores das firmas de auditorias que deveriam fiscalizar as contas e balanços das empresas, colocaram o sistema corporativo americano em xeque – de acordo com a revista *The Economist*, a quebra geral de confiança sofrida exigia, da parte das autoridades responsáveis, um conjunto de reformas sistêmicas (*sistemic reforms*) em três áreas: (i) no trabalho desenvolvido pelas auditorias independentes; (ii) nos conflitos de interesse entre as firmas de auditoria e as empresas auditadas; e (iii) nos padrões contábeis existentes⁵.

O esforço resultou, ao menos nos Estados Unidos, na edição da hoje famosa lei *Sarbanes-Oxley* (*Sarbanes-Oxley Act*), em 2002. Esse diploma, que leva o nome dos então congressistas Paul Sarbanes e Michael Oxley, teve como consequência o estabelecimento de novos parâmetros de contabilidade para as corporações, bem como das correspondentes sanções em caso de descumprimento.

Além disso, o diploma criou, no que diz respeito à governança das corporações, mecanismos internos de controle, especialmente por meio de uma mais equilibrada dinâmica entre o conselho de administração (*board*) e a diretoria (*executive officers*), numa espécie de mecanismo de *cheks and balances* corporativo.

A lei também deu cabo do argumento – muito utilizado por *CEO's* e outros altos executivos nos escândalos da *Enron* e *WorldCom* – do “eu não sabia de nada” (“*I wasn’t aware of financial issues*”) – os legisladores determinaram que esses altos executivos deveriam formalmente atestar a higidez dos relatórios contábeis e similares das companhias, de modo que não mais poderiam se escusar caso alguma inconsistência surgisse.

Por fim, o *Sarbanes-Oxley Act* instituiu novas responsabilidades em termos de informações e dados de natureza financeira das companhias, bem como também previu que essas mesmas companhias deveriam criar

⁴ No caso específico da *Enron*, a então famosa consultoria *Arthur Andersen* viu-se envolvida também, o que, no final das contas, acabou resultando em sua dissolução.

⁵ V., para referência, *The real scandal*. Encontrado em: <http://www.economist.com/node/940091>

procedimentos internos de controle visando a solidez e confiança dessas mesmas informações e dados de natureza contábil e financeira.

O surgimento da nova lei, acompanhada dos atos regulatórios da *Securities and Exchange Commission* (a equivalente americana da nossa Comissão de Valores Mobiliários)⁶, resultou também no surgimento paulatino de uma nova abordagem no que diz respeito à persecução de ilícitos corporativos. Ao invés de buscar a punição dos envolvidos por meio dos mecanismos clássicos de investigação, as autoridades americanas passaram a solicitar, de uma maneira ou de outra, a colaboração dos próprios perpetradores, oferecendo, em troca da colaboração, benefícios de natureza jurídica que teriam o condão de atenuar as sanções aplicáveis ou até mesmo eliminá-las de todo.

Na verdade, dada a complexidade desse tipo de infração, de caráter fraudulento e grandemente dissimulado, a investigação torna-se extremamente difícil e árdua, ficando inviabilizada, num grande número de casos, a definição de autoria e materialidade.

Desse modo, desenvolveu-se nos Estados Unidos, especialmente pela atuação do Departamento de Justiça do Governo federal, uma nova abordagem na persecução de ilícitos corporativos, que, em razão (i) das dificuldades da investigação, mas também por conta (ii) de uma visão baseada mais na prevenção desse tipo de infração do que na sua pura e simples repressão, foca-se na colaboração dos agentes envolvidos para fins de obter fundamentalmente uma mudança de cultura corporativa. Afirma Peter J. Henning que “the purpose of corporate prosecutions is not to punish but instead to change corporate cultures through agreements that deal directly with internal governance”⁷.

Pois bem, é com esse espírito de colaboração com os agentes envolvidos, na tentativa de, além de atender aos interesses da persecução, obter uma

⁶ De acordo com o texto da *Sarbanes-Oxley*, a *Securities and Exchange Commission* é a responsável pela aplicação das disposições ali fixadas, atuando como órgão regulador a esse respeito. O texto no original é o seguinte: “Sec.3. Commission Rules and Enforcement (a) Regulatory Action—The Commission [I.e., a SEC] shall promulgate such rules and regulations, as may be necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors, and in furtherance of this Act”.

⁷ PETER HENNING, *The Organizational Guidelines: R.I.P? Yale Law Journal Pocket Part*, 116, 2007, pp. 312-318.

mudança de cultura corporativa, por meio de mecanismos internos de governança⁸, almejando, no final das contas, a prevenção desse tipo de ilícito, que foi introduzido no Brasil o aqui chamado acordo de leniência, por meio da Lei federal n.º 12.846/2014⁹.

Mas o fato é que mecanismos do tipo do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção não são propriamente uma novidade. Não são uma novidade no direito brasileiro, inclusive, haja vista a existência de institutos assemelhados na seara do direito penal e mesmo na do direito da concorrência.

Especificamente no direito penal, tem-se a presença da figura da colaboração premiada ou delação premiada que, enquanto tal, possui semelhanças e diferenças com o acordo de leniência previsto na aludida lei.

Outra fonte histórica da colaboração premiada é o *plea bargain* americano¹⁰. É sabido que nos Estados Unidos os promotores de justiça gozam de amplíssima liberdade no que diz respeito à persecução criminal – colhem provas, tomam depoimentos, dirigem o trabalho da polícia, etc. Além disso, têm autorização para literalmente negociarem com o acusado – ou mesmo investigado – uma punição mais branda em troca de uma confissão de culpa. Em alguns casos, no entanto, exige-se do acusado mais do que uma simples confissão de culpa – pede-se que ele, além da confissão, incrimine com informações um coautor ou comparsa.

⁸ A governança é aqui tratada como uma forma de alinhamento das condutas dos diferentes agentes que integram uma pessoa jurídica. Como se sabe, especialmente a partir da teoria econômica do agente principal, os indivíduos que participam da pessoa jurídica possuem interesses diversos e que muitas vezes se encontram em conflito, ainda mais em ambientes corporativos complexos, o que resulta em assimetria informacional. Em outras palavras, nem sempre o empregado possui o mesmo interesse que o corpo diretivo. Por isso, é necessária a implantação de medidas para a superação dessa falha organizacional. A Lei n.º 12,846/18 volta-se para esse moderno objetivo ao dar especial tratamento à implantação de um programa de integridade pelas pessoas jurídicas, incluindo, por exemplo, a adoção de um código de ética e de conduta.

⁹ Não que mecanismos de leniência já não existissem no Direito brasileiro. Existiam, é claro, no direito ambiental e no direito da concorrência. Mas não trataremos deles aqui – apesar de que uma breve menção ao acordo de leniência previsto no sistema de defesa da concorrência será feita.

¹⁰ Federal Rules of Criminal Procedure. Rule 11.Pleas.

No Brasil, a colaboração premiada surge, pela primeira vez, com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90). O parágrafo único do artigo 8.º desta Lei prevê o seguinte:

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

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

Cinco anos depois, com a Lei do Crime Organizado (Lei n.º 9.034/95), o legislador novamente previu o mecanismo da colaboração premiada. O artigo 6º da Lei n.º 9.034/95 dispõe que “nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

O instituto ganha força com a disciplina trazida pela Lei da Lavagem de Dinheiro (Lei n.º 9.613/98 com as alterações trazidas pela Lei n.º 12.683/12). Reza assim o §5 do artigo 1º do diploma, *in verbis*:

“Artigo 1º (...)

(...)

§5 A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

Por fim, com o advento da Lei n.º 12.850/15, que define o que é uma organização criminosa, e quais os crimes correlatos, revogando a Lei n.º 9.034/95, a colaboração premiada é definitivamente consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, recebendo o tratamento legislativo merecido. Num primeiro momento, a lei estipula a colaboração premiada como um dos meios de obtenção de prova em crimes que envolvam a participação de

organizações criminosas (artigo 3º, inciso I). Num segundo momento, trata detidamente do instituto, prevendo inclusive os direitos do colaborador e o conteúdo necessário do termo de acordo da colaboração (artigos 4.º a 7.º).

Bem se vê das disposições legais mencionadas que a colaboração premiada importa sempre numa diminuição de pena ou mesmo na extinção da punibilidade. Isto é, desde que o interessado – autor, coautor ou partícipe – colabore com as autoridades, por meio de informações e dados que as ajudem na persecução criminal, o benefício, o prêmio, será sempre ou uma redução de pena ou mesmo a sua total extinção.

A nosso sentir, o que caracteriza propriamente a colaboração premiada – e nesse sentido também o acordo de leniência –, traduzindo a sua essência, é o fato de que, em qualquer situação ou contexto, o que as partes envolvidas estabelecem é um tipo ou espécie de transação. De acordo com o Código Civil vigente, “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”¹¹.

Toda vez que se esteja diante de uma colaboração premiada, as partes estarão fazendo justamente isso, ou seja, concessões mútuas com o objetivo de prevenir ou terminar um litígio. Sim, porque de um lado, a autoridade abre mão – em parte ou totalmente – do *jus puniendi*, admitindo que o acusado receba uma pena inferior àquela que seria cabível ou nem receba pena alguma; de outro lado, o acusado colaborador, em troca de informações preciosas à persecução criminal, aceita a punição, ainda que mitigada, abrindo mão, em certo grau, de seu direito de defesa e de não autoincriminação. Em poucas palavras, faz-se cessar o litígio entre acusado e acusador por meio de concessões mútuas que beneficiam ambos os lados do conflito¹². E, em toda e qualquer situação, será essa a essência da atuação dos envolvidos na colaboração premiada – é uma transação, portanto.

¹¹ Artigo 840º do Código Civil.

¹² É claro que para aqueles mais aferrados à tradição do direito público, essa afirmação soará como verdadeira heresia. De nenhuma forma o interesse público pode ser objeto de concessão; de nenhuma forma a autoridade competente pode, mesmo em grau mínimo, dispor do interesse público – ele é indisponível. Lembramos, no entanto, que se a autoridade criminal ou administrativa abre mão, em parte, do *jus puniendi*, o faz, não por benemerência ou para fazer um agrado ao administrado investigado/acusado, mas em vista de um bem maior que é o desbaratamento – na maioria dos casos – de uma rede criminosa encoberta pelo manto do silêncio e da fraude. Não é o caso aqui de se desamparar o interesse público, mas, na verdade de fazê-lo, prevalecer por meio de estratégias inteligentes que podem, num primeiro momento, se

Evidente que as regras específicas da transação prevista no direito civil não se aplicam aqui – como sói acontecer, os institutos do direito privado que, de um modo ou de outro, são aproveitados ou absorvidos pelo direito público, passam a sofrer a influência desse regime de direito, com o que se modificam para atender, não mais a interesses puramente privados, mas de natureza coletiva ou social.

A transação do direito privado somente se opera com os chamados direitos patrimoniais ou interesses disponíveis. Não é a hipótese dessa transação de direito público que é a colaboração premiada. Aqui o que está em jogo são interesses indisponíveis – de um lado, o *jus puniendi* do Poder Público; de outro, o direito fundamental à ampla defesa e à não autoincriminação.

E não apenas o acusado transaciona – este estaria terminando o litígio. Também o investigado, que ainda não é formalmente réu, pode colaborar com as autoridades, transacionando uma punição mais branda, ou mesmo uma imunidade penal, em troca de informações decisivas para o desbaratamento de uma organização criminosa, por exemplo. Estaríamos nessa hipótese diante de um litígio que é prevenido.

Pois bem, visto que a colaboração premiada é um tipo de transação de direito público, pode-se dizer, sem grande risco de erro, que o acordo de leniência da Lei Anticorrupção – e também o da Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – participa da mesma natureza, da mesma essência – é transação de direito público na qual, de um lado, a autoridade, em troca de informações e colaboração, oferece ao investigado (ou réu ou acusado) a isenção ou mitigação das sanções cabíveis, tal como preceitua o §2º, do artigo 16º da Lei n.º 12.846/2013; e, de outro, o investigado, em troca de alguns benefícios relativos às sanções administrativas a que está sujeito, “admit[e] sua participação no ilícito e cooper[a] plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo (...)”.

Seja como for, a circunstância a ser notada é que a Lei Anticorrupção realmente representa, na esfera do direito administrativo, um salto

assemelhare a uma disponibilização do interesse público, mas que, no final, resultam justamente no contrário. Como lembra Emerson Garcia, “esse acordo [referem-se ao acordo de leniência da Lei Anticorrupção], que, longe de refletir a disponibilidade do interesse público, busca justamente assegurar a sua concretização com a maior efetividade possível (...)” EMERSON GARCIA, A nova lei de responsabilização das pessoas jurídicas: convergências e divergências com a Lei de Improbidade Administrativa, *Cadernos FGV Projetos*, 11, n.º 27, 2016, pp. 37-44.

qualitativo ou, melhor dizendo, o reconhecimento da necessidade de adoção de mecanismos modernos de combate à corrupção e práticas lesivas do patrimônio público, bem como de persecução de ilícitos¹³.

Há de se reconhecer que o diploma legal, e todo o sistema anticorrupção que se desenvolveu nos últimos anos no direito administrativo de uma forma geral, não partiu de uma iniciativa puramente brasileira. Na realidade, o que se tem é o resultado de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil junto à comunidade internacional já há alguns anos. Podemos citar a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, de 1997; a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996; e, por fim, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003.

O ponto fulcral da Lei Anticorrupção é o estabelecimento da responsabilidade administrativa e judicial das pessoas jurídicas. Não se trata de punir pessoas naturais, mas sim de perseguir a responsabilização de pessoas jurídicas que tenham praticado quaisquer das condutas previstas na lei tidas como lesivas à Administração Pública¹⁴.

¹³ Nesse sentido, de acordo com Valdir Moysés Simão e Marcelo Pontes Vianna: “[A referida lei] veio inaugurar, no ordenamento pátrio, a possibilidade de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública nacional e estrangeira. Com sua promulgação, o Estado passou a deter meio de sancionar pessoas jurídicas de forma efetiva. Anteriormente, a ação estatal ficava restrita à punição das pessoas naturais que agiam em nome das empresas ou, ainda, à aplicação de sanções judiciais ou administrativas de fundo contratual ou regulatório VALDIR MOYSÉS SIMÃO; MARCELO PONTES VIANNA, *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção – Histórico, Desafios e Perspectivas*, 1.a ed., São Paulo, 2017, p. 21.

¹⁴ A intenção do legislador, por óbvio, não foi a de deixar de punir a pessoa física que praticou a corrupção. Existe um verdadeiro cabedal de leis nesse sentido. Contudo, talvez tenha faltado certo incentivo para uma apuração interna mais profunda realizada pela pessoa jurídica, com a indicação de todos os empregados envolvidos. Muitas vezes, inclusive, diante do ato de corrupção praticado pela alta administração, a leniente deixa de informar às autoridades a verdadeira extensão da autoria. Nos Estados Unidos, a percepção de que o foco do combate à corrupção estava sendo feito em demasia sobre a pessoa jurídica, deu origem a uma nova política, divulgada em setembro de 2015, denominada “Yates Memo”, por ter sido emitida pela vice-Procuradora Geral, Sally Yates. A nova atuação do Departamento de Justiça decorreu do entendimento de que seria eficiente a punição da pessoa física como forma de evitar a ocorrência da corrupção.

Os três primeiros artigos são esclarecedores nesse sentido:

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

(...)

Artigo 2º 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.

Artigo 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.

Nº§1 A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput”.

Não se trata aqui de examinar ponto por ponto da norma, mas apenas de mencionar seu escopo geral e suas principais inovações, em especial o acordo de leniência.

III – Requisitos para a celebração do acordo de leniência e critérios para a mensuração do montante a ser recuperado em razão da prática de atos de corrupção. O Decreto nº 46.366/18 do Estado do Rio de Janeiro

No que interessa propriamente ao presente trabalho, o acordo de leniência está previsto no artigo 16 e seguintes da Lei Anticorrupção. O legislador não definiu propriamente o acordo de leniência, mas estipulou quais deveriam ser seus objetivos, ou seja, o que deveria ser alcançado pelo Poder Público com a celebração de um acordo de leniência. Diz o *caput*, do artigo 16 da Lei o seguinte:

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

I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”.

A lei estabelece no § do art. 16º uma série de requisitos para a eventual celebração de acordo de leniência entre a Administração Pública e a pessoa jurídica interessada, como ser a primeira a se manifestar sobre o interesse em cooperar, o término completo da prática do ato lesivo, a admissão da participação e a plena cooperação com as investigações¹⁵.

Bem se vê, portanto, que a finalidade do acordo de leniência, contrariamente ao que pode parecer à primeira vista, não é indenizatório, isto é, não é o de ressarcir a Administração Pública pelos danos e prejuízos sofridos em virtude das práticas lesivas e corruptas. É esse o teor do nº 3 do artigo 16º da Lei n.º 12.846/13: “O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”.

O acordo de leniência, basicamente na mesma linha da colaboração premiada na esfera do direito penal, tem por finalidade a “obtenção de informações que permitam à Administração Pública desbaratar o esquema corrupto, identificando, quando for o caso, outros envolvidos. É fundamentalmente um instrumento de persecução penal-administrativa que

¹⁵ O que se tem aqui, como em geral com todo o instituo do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção, uma transposição das normas correspondentes na Lei do CADE – Lei nº 12.529/2011. Modesto Carvalhosa diz que esses requisitos previstos no §1, do art. 16 seriam inaplicáveis aos acordos de leniência firmados no âmbito da lei, na medida em que somente teriam sentido na esfera da defesa da concorrência e no combate à formação de cartéis. Diz o autor o seguinte: “a autoridade correccional competente para celebrar o acordo de leniência tem uma discricionariedade precipuamente objetiva para acolher ou não a proposta feita para tanto pela pessoa jurídica ré no processo penal-administrativo. Como se viu são inaplicáveis os requisitos contidos nos incisos I, II e III do § 1 do art, 16º, pois se referem a situações de cartel que não se ajustam às finalidades precípua da presente Lei. A transposição de dispositivos referentes à formação de cartel da Lei Antitruste para a presente Lei tem efeito neutro, não podendo ser considerado requisito objetivo para que a autoridade correccional firme o pacto. A pessoa jurídica proponente será “primeira” com a relação a quem(?); cesse seu “envolvimento” com quem (?); admita sua participação no que(?)” MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA, Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013, *Ed. Revista dos Tribunais*, 2015, pp. 386-387.

tem por objetivo último desvendar o ilícito em todas as suas ramificações, apontando, na maior medida do possível, todos os envolvidos¹⁶.

Diante da percepção de que o acordo de leniência não tem como objetivo a reparação do dano causado com a corrupção¹⁷, surge a necessidade de sua

¹⁶ De acordo com Modesto Carvalhosa:

“(…) o regime de leniência instituído deverá resultar, para que se efetive o abrandamento das penalidades (artigo 6º) em favor da pessoa jurídica denunciante, numa ampliação dos sujeitos ativos, ou então, na delação de outros agentes públicos envolvidos. Leniência significa lenidade, ou seja, brandura, suavidade, doçura, mansidão. Leniência vem do verbo lenificar: adoçar, mitigar. Trata-se de um lenimento, de um elemento que abranda ou amolece, de um lenitivo.

Leniência, portanto, no contexto da presente Lei representa um pacto de colaboração firmado entre a autoridade processante e a pessoa jurídica indiciada ou já processada, através da qual se estabelece a promessa de serem abrandadas as penalidades aqui instituídas (artigo 6º) uma vez alcançada a maior abrangência do concurso delitivo em termos de pessoas jurídicas e/ou agentes públicos envolvidos, sabendo-se que estes últimos não integram, como sujeito ativo, o devido processo penal-administrativo, como reiterado.

Trata-se de uma promessa pactuada de diminuição das penalidades vinculada a uma condição resolutive de resultado, ou seja: somente se cumpre e se perfaz a promessa de benefício, na medida em que das informações e dos documentos fornecidos pela pessoa jurídica pactuante resultar efetivamente a ampliação das pessoas componentes do concurso delitivo, sejam pessoas jurídicas, sejam outros agentes públicos, ou ambos, neles compreendidos os agentes políticos, os administrativos, os judiciários ou do Ministério Público” MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA, Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013, Ed. Revista dos Tribunais, 2015, pp. 370-371

¹⁷ Valdir Moysés Simão e Marcelo Pontes Vianna afirmam que:

“a efetividade da colaboração necessariamente deve ser analisada à luz do conjunto de imposições imposto pela Lei Anticorrupção. Com efeito, o legislador estabeleceu que, da colaboração efetiva, devem advir dois resultados.

O primeiro resultado exigido diz respeito à identificação dos demais envolvidos na infração. De forma geral, a doutrina entende «por demais envolvidos» as pessoas jurídicas e os agentes públicos implicados nos atos lesivos. Todavia, a norma faz uma ressalva significativa. Tal resultado só será esperado «quando couber». A expressão suscita uma série de importantes interpretações.

(…)

O segundo resultado exigido pela lei diz respeito à obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Aqui não parece haver qualquer dúvida acerca da necessidade de que as informações e os documentos a serem fornecidos pelo proponente devem ser novos e úteis para a Administração. Difícil sustentar que a colaboração pode ser considerada efetiva quando os dados fornecidos pela pessoa jurídica já eram todos de conhecimento do Estado ou em nada auxiliavam sua capacidade persecutória” VALDIR

compatibilização com os meios existentes na legislação para a recomposição do prejuízo ocorrido ao erário e do perdimento do produto do ilícito, tendo em vista outras leis que visam a punição dos agentes causadores da corrupção.

A possibilidade da aplicação da Lei n.º 12.846/13 sobre fatos também abrangidos por outras leis é assim abordada por José Munhós de Souza¹⁸:

“Nada impede que uma mesma conduta indesejada seja considerada ilícita por diversos ramos do ordenamento jurídico, constituindo, ao mesmo tempo, um ilícito civil, administrativo e penal, com o consequente sancionamento de acordo com as especificidades do regime jurídico próprio de cada esfera de responsabilização. É exatamente esse fenômeno que ocorre com as condutas lesivas à Administração nacional e estrangeiras previstas no artigo 5º da Lei Anticorrupção”.

Portanto, é forçosa uma visão geral do ordenamento para que seja possível a mensuração, em sede de acordo de leniência, de valores a serem ressarcidos de pronto pela empresa que firmará a transação com a Administração Pública¹⁹. A legislação brasileira trata dos aspectos patrimoniais da prática

MOYSÉS SIMÃO; MARCELO PONTES VIANNA, *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção – Histórico, Desafios e Perspectivas*, 1.a ed., São Paulo, 2017, pp. 116-118.

¹⁸ JORGE MUNHÓS, RONALDO PINHEIRO DE QUEIROZ, *Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção. Lei Anticorrupção e Temas de Compliance*, 2ª ed, Salvador, 2016, p. 189.

¹⁹ Segundo a Nota técnica n.º 1/2017 da 5.a Câmara do Ministério Público Federal:

“Para atingir máxima utilidade e fornecer melhores resultados às partes, o instituto negocial depende da observância do que se denomina transversalidade em cada configuração concreta. Compreende-se por caráter transversal a heterogeneidade de situações jurídicas em que estão a pessoa jurídica infratora (parte disposta a colaborar) e o Poder Público (parte leniente). Em razão da existência e da autonomia dos sistemas de responsabilização, o Poder Público apresenta-se fragmentado, com órgãos e entidades diversas, com atribuições constitucionais e legais diferenciadas, que detêm pretensões sancionadoras distintas em razão dos mesmos atos ilícitos. No entanto, em situação diversa, do ponto de vista da pessoa jurídica infratora a realidade infracional é unitária, ainda que sujeita aos diferentes canais estatais de responsabilização. De um lado, fragmentação sancionatória; de outro, unidade da personificação jurídica afetada pelas diversas consequências sancionatórias. Para compatibilizá-la com a aludida fragmentação organizacional do Estado, no intuito de assegurar efetivo equilíbrio às

do ato de corrupção em três diferentes leis: Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848/1940), Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n.º 9.613/1998) e Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92)²⁰.

Diante do que prescreve o §3 do artigo 16 da Lei n.º 12.846/13, nada impede que os valores assumidos pela leniente sejam de pronto ressarcidos, ficando as demais parcelas, eventualmente cobradas, mas não reconhecidas pela leniente, para a legítima discussão judicial.

Desse modo, é importante elucidar qual seria a composição da devolução de valores em decorrência da prática de ato de corrupção.

André Mendonça²¹ esclarece que, em toda ação da Administração Pública na qual se pretenda buscar os ativos decorrentes de atos de corrupção, há necessidade de verificação do produto e do dano²². Produto, em

posições de cada parte, há de se interpretar as diversas regras do microsistema para respeitar o princípio de que a leniência deve beneficiar, mas não prejudicar o colaborador, quando se compara sua situação posterior à leniência com aquela em que estaria caso não tivesse optado pelo acordo

(...)

Circunstância especial se verifica quando firmado o acordo de leniência, sob a égide da Lei Anticorrupção, incide também sobre os mesmos fatos a responsabilização prevista na LIA. Em tal hipótese, principalmente, cumpre reconhecer que houve derrogação da vedação prevista no artigo 17, nº 1, da Lei de Improbidade Administrativa, de modo a ser possível que no acordo de leniência se contemple a aplicação da punição, por ato de improbidade administrativa, ajustada com o colaborador-infrator. Tal proceder decorre da observância da confiança, boa-fé e expectativa legítima, considerada a renúncia da pessoa jurídica ao direito de não autoincriminação e a sua efetiva colaboração com as investigações e coleta de provas. Ademais, sem que se observem tais peculiaridades, o acordo de leniência perde a sua eficiência e seu potencial de combate à corrupção, sabido, no mais, que um direito que seja socialmente ineficiente, caduca e perde sua legitimidade”.

²⁰ Deve ser incluída também a Convenção de Mérida, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5.687/05.

²¹ file:///Users/andreurn1/Downloads/LOS_CRITERIOS_PARA_LA_MENSURACION_DEL_VA.pdf (acesso em 21 de fevereiro de 2019).

²² Conforme previsto no Código Penal, na Lei de Lavagem de Dinheiro e na Lei de Improbidade Administrativa. Para o Autor: “El concepto de producto del ilícito está directamente relacionado con el concepto de daño producido por el ilícito. Ambos son pertinentes a los efectos y las consecuencias económicas generadas por la conducta ilícita. Sin embargo, a pesar de esa correlación y coexistencia, presentan tres diferencias fundamentales. En primero lugar, el producto tiene como perspectiva el beneficio o las rentas generadas en virtud de la práctica ilícita, mientras el daño se relaciona al perjuicio soportado por la víctima o personas

breves palavras, seria o resultado patrimonial da corrupção em relação ao autor do ilícito, denominado pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92) como enriquecimento ilícito. Dano seria o prejuízo sofrido pela vítima.

O enriquecimento ilícito e o dano podem se confundir. O Autor dá o exemplo de um notebook furtado de dentro de um veículo. Caso o notebook seja recuperado, esse é o produto e o dano; mas, na hipótese de avaria do veículo, esse custo deve ser somado ao dano sofrido pela vítima.

O enriquecimento ilícito pode ser verificado de duas formas: a partir do custo integral do contrato ou apenas tendo como base a utilidade experimentada. A primeira surge da constatação de que o agente corrupto não pode se beneficiar da própria torpeza: assim, no caso de a atividade ser ilícita, como o tráfico de drogas ou a construção de uma ponte que liga nada a coisa alguma, o valor integral recebido deve ser devolvido. No entanto, caso a atividade seja lícita, deve ser devolvido apenas o lucro, ou seja, leva-se em consideração os custos lícitos para a obtenção do resultado, na medida em que haveria enriquecimento ilícito da vítima²³.

O dano, em se tratando de contrato administrativo, pode ser entendido como o custo superior arcado pela Administração. Assim,

afectadas por el ilícito — como el hijo del padre víctima de homicidio —; segundo porque el producto puede estar relacionado directa o indirectamente al ilícito, mientras el daño suele estar relacionado directamente al evento que lo ha generado², y; tercero porque el daño debe ser recompuesto a la víctima o perjudicado, mientras el producto será destinado al Estado. Ante esa conexión y concomitante distinción, se puede afirmar que el producto (lato sensu) es todo el resultado patrimonial generado por la conducta ilícita, la cual puede producir (i) un daño para la víctima o tercero y (ii) la circulación de valores en determinado negocio — ilícito en si o marcado por un ilícito —, que es el producto propiamente dicho o producto (stricto sensu), lo cual puede ser considerado como [a] producto bruto o [b] producto neto. Por lo tanto, todo el debate en torno al producto bruto o neto, está relacionado al producto “strictu sensu”, pero todavía está íntimamente ligado a la cuestión del daño generado por el ilícito”.

²³ Cabe lembrar aqui o disposto no artigo 59º da Lei n.º 8.666/93: Artigo 59º. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

sobrepreço, superfaturamento²⁴ e propina²⁵ são tratados como dano.

Depreende-se que a corrupção pode dar ensejo à existência de enriquecimento ilícito e dano ou apenas de enriquecimento ilícito. Como nota André Mendonça, na hipótese de uma obra que tenha a sua utilidade, caso tenha ocorrido pagamento de propina para a obtenção do contrato com valores acima do mercado, há enriquecimento ilícito e dano. Já na hipótese de não pagamento de propina – imagine-se que o diretor-presidente da empresa seja amigo do Governador – e de valores de mercado, há apenas o enriquecimento ilícito: o lucro deve ser devolvido por conta da fraude à licitação, mas não há dano a ser ressarcido.

Os orçamentos para a contratação pública, em geral, adotam a sua composição a partir dos custos diretos e indiretos, além do lucro. Cláudio Sarian Altounian explica que custo direto é “a parte do custo do serviço que depende diretamente da quantidade de bens produzidos, ou seja, pode ser facilmente vinculada à execução de determinado bem ou serviço. Por esse motivo, guarda relação proporcional ao quantitativo produzido”. Já o custo indireto é definido pelo Autor como a “parte do custo do serviço que

²⁴ O conceito legal de sobrepreço e superfaturamento encontra-se no §1 do artigo 31º da Lei n.º 13.303/2016: “Para os fins do disposto no *caput*, considera-se que há: I – sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada; II – superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado, por exemplo: a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas; b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança; c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado; d) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços”.

²⁵ O contrato, em regra, poderia ter seu preço inferior se a propina não tivesse sido paga, razão pela qual a propina é classificada como um dano presumido. Esse posicionamento pode ser elidido caso a propina paga não tenha sido embutida nos custos, de modo que tal valor teria saído do lucro. Nesse caso, em se tratando de um contrato obtido com o pagamento de propina, será buscada a devolução do lucro, não somada à propina.

não pode ser associada de forma proporcional às quantidades produzidas”. O lucro é normalmente incluído no que se denomina BDI (benefício/bonificação e despesas indiretas), conforme o disposto no artigo 9º do Decreto n.º 7.983/2013, específico para obras públicas custeadas com recursos federais²⁶.

Portanto, a orçamentação pública é elaborada com o conjunto de custos diretos – aqueles em relação aos quais é possível a definição de um valor diretamente – somado aos custos indiretos – que correspondem a uma porcentagem dos custos diretos, e ainda o lucro, também uma porcentagem referente ao montante contratual.

A devolução dos valores atinentes à corrupção leva em consideração o montante pago descontados os custos lícitos. Assim, é importante perceber que, caso se pretenda a devolução de certa quantia a título de dano, por ter havido, por exemplo, superfaturamento, ou seja, o contrato teria que ter sido celebrado com valor menor, essa parcela incluirá o lucro, isto é, o enriquecimento ilícito. Isso porque, conforme explicado, o orçamento é feito a partir da soma dos custos diretos, indiretos e lucro: a diminuição do valor contratual em razão do pagamento feito a maior não discrimina a origem da parcela em relação a essas três rubricas.

O Decreto n.º 46.366/18, que regulamentou a Lei n.º 12.846/13 no âmbito da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro indica a forma de cálculo do montante mínimo a ser incluído no acordo de leniência. Nos termos do §3 do artigo 57º:

“§ 3 Além da multa cabível, poderá constar do acordo de leniência rubrica com natureza de ressarcimento, a qual não eximirá a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado e será composta pelas três categorias a seguir elencadas:

I – somatório de eventuais danos incontroversos atribuíveis às empresas colaboradoras;

²⁶ “Artigo 9º O preço global de referência será o resultante do custo global de referência acrescido do valor correspondente ao BDI, que deverá evidenciar em sua composição, no mínimo:

I – taxa de rateio da administração central;

II – percentuais de tributos incidentes sobre o preço do serviço, excluídos aqueles de natureza direta e personalística que oneram o contratado;

III – taxa de risco, seguro e garantia do empreendimento; e

IV – taxa de lucro”.

- II – somatório de todas as propinas pagas; e
- III – lucro pretendido ou auferido.”

Esse dispositivo deve ser lido em conjunto com o disposto no §6 do art. 57º:

“§ 6 O valor do ressarcimento, em hipótese alguma, será considerado como integral pela Administração Pública caso o valor do dano não tenha sido apurado ou ainda esteja em apuração pelo Tribunal de Contas do Estado ou pelo Ministério Público, em sede administrativa ou judicial.”

Com essas regras o Estado do Rio de Janeiro buscou evitar inúmeros conflitos havidos entre órgãos no plano federal. Dessa forma, a Administração deixa de dar quitação enquanto ainda pendente discussão sobre a ocorrência de sobrepreço e superfaturamento. O montante pago, nesse caso, é considerado como um adiantamento.

Pela experiência, sabe-se que processos dessa natureza são extremamente complexos e se arrastam por muitos anos. Ainda mais quando a questão é levada ao Poder Judiciário. Nos termos do Decreto n.º 46.366/18, como o acordo de leniência pode não abranger o dano, é possível que, caso haja condenação definitiva, tanto administrativa quanto judicial, o Estado possa cobrar esses valores posteriormente.

Por fim, aplica-se a multa prevista na Lei Anticorrupção, com os critérios previstos no art. 35º e art. 36º do Decreto n.º 46.366/18 e a multa prevista na Lei de Improbidade Administrativa.

Uma última questão deve ser levada em consideração.

O acordo de leniência envolve boa-fé da empresa leniente. Por isso, todos os atos ilícitos descobertos devem ser relatados às autoridades, bem como informado o nome dos agentes públicos e privados envolvidos. Caso se descubra que, dolosamente, a empresa deixou de prestar tais informações, o acordo de leniência deve ser rescindido.

O acordo de leniência pode abranger sanções previstas na Lei n.º 8.666/93²⁷. Assim, é possível o afastamento da declaração de inido-

²⁷ Art. 87º. “Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária

neidade²⁸. A empresa somente pode se beneficiar do abrandamento das sanções se o seu comportamento de fato for novo e de acordo com os melhores padrões éticos.

Com isso, com os incentivos para a adoção de um comportamento ético pelas empresas, espera-se que o Estado do Rio de Janeiro possa retomar o rumo do crescimento econômico com um mercado de fato saudável, no qual a eficiência seja o grande diferencial, de modo que nesse ambiente competitivo prevaleça o melhor.

IV – Conclusão

O acordo de leniência constitui uma nova visão sobre a eficiência no combate à corrupção. A custosa máquina estatal que tradicionalmente visava combater a corrupção passa a ceder espaço para a técnica da negociação e dos incentivos. É fácil constatar que as ações judiciais propostas pelos órgãos de controle não têm o poder de trazer à tona os atos lesivos causados por agentes econômicos que se valem cada vez mais de técnicas sofisticadas. Esses instrumentos não têm força suficiente para dar a resposta punitiva esperada pela sociedade, tampouco recuperar os ativos obtidos pelos malfeitores e, muito menos, recompor o dano sofrido pelo Erário.

Por outro lado, deve-se ter cautela, pois nem sempre a manutenção da empresa e os valores pagos são suficientes para promover um novo *status* no relacionamento com o poder público: em determinados setores, a corrupção é tão generalizada que pode ser mais eficiente a busca por novos agentes. Nesse caso, a aplicação de sanções passa a ser a melhor alternativa, pois o rigor da lei valerá como um desestímulo aos atos de corrupção.

de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.”

²⁸ A declaração de inidoneidade visa impedir que o particular participe de licitação ou que firme contrato com a Administração Pública, ante a inexecução parcial ou total do contrato.

O acordo de leniência é um novo instrumento poderoso posto nas mãos da Administração Pública, que deverá utilizá-lo adequadamente.

O acordo de leniência surgiu no âmbito de medidas anticorrupção adotadas como resposta ao clamor da população brasileira, cansada da corrupção e de seus efeitos nefastos. O novo marco regulatório anticorrupção do Estado do Rio de Janeiro é consequência desse movimento. Mas não basta a existência dos sofisticados mecanismos previstos na legislação. É necessário que os órgãos de controle de fato atuem e que a sociedade cobre pela mudança do comportamento dos agentes públicos privados.

Ética na gestão pública: a governança e o compliance como instrumentos de indução do comportamento probo e da prevenção do cometimento de ilícitos

FABIANA MORAIS BRAGA MACHADO¹

«The enjoyment of social rights, which constitute some of the most basic human rights at the centre of people's daily lives such as health and social protection, can be adversely affected by corruption. Corruption steeped in prejudices certain sections of society can affect access to fundamental human rights.»²

Sumário: I. Introdução. II. Revisitando os conceitos de ética, integridade, moralidade administrativa e probidade. III. O Estado brasileiro e a internalização de tratados internacionais de combate à corrupção: breve panorama. IV. O *compliance* como veículo promotor de integridade e eficiência na Administração Pública. V. Governança e a promoção da integridade no setor público. VI. Conclusão.

Resumo: Este artigo busca demonstrar de forma sucinta como o *compliance* pode atuar como indutor do incremento do comportamento probo e da eficiência na Administração Pública, ao estimular a adoção de inúmeras medidas e procedimentos preventivos de cumprimento normativo com vistas a fortalecer uma política de boa governança.

Palavras-chave: *Ética. Gestão pública. Corrupção. Compliance. Governança pública.*

¹ Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

² Group of States Against Corruption – GRECO. Disponível em www.coe.int/greco. Acesso em 31.01.2019.

Abstract: This article aims to demonstrate succinctly how *compliance* may act as a inductor for increasing honest behaviour and efficiency in public administration, by engendering the adoption of a number of intern law enforcement preventive procedures and measures towards the straighten of a good public governance policy.

Key-words: *Ethics. Public Administration. Corruption. Compliance. Public Governance.*

I. Introdução

A ética, como imperativo comportamental de regência das ações dos agentes públicos, longe de constituir uma obviedade, deve estar organicamente espalhada por toda a estrutura administrativa, preferencialmente condensada em comandos legais e infralegais dirigidos à Administração como um todo. Diz-se preferencialmente, mas não exclusivamente, porque a positivação de prescrições normativas, tendo a conduta proba como valor ínsito e subjacente às mesmas, reforça não somente o coeficiente de segurança jurídica, mas também promove maior eficiência da atuação lúdima do administrador: a publicização das normas dirigidas ao aparato estatal – inclusive quanto à sua organização interna – torna-o mais suscetível ao controle social, ao mesmo tempo que atua para fomentar uma cultura geral de ética e probidade em toda a sociedade.

Nesse sentido, a governança pública, como técnica de alinhamento entre os objetivos institucionais da estatalidade e a prática administrativa, na vida real, se apresenta aqui como importante instrumento da boa administração, atuando na prevenção e combate ao cometimento de ilícitos, por meio da elevação da lisura como o padrão a ser observado em toda a Administração, desde os mais elevados postos até àqueles que não tenham vínculo estatutário com o Estado, como os prestadores de serviço e terceirizados. A boa governança pública se presta, portanto, não só a fiscalizar internamente a atuação estatal, mas também a propor medidas administrativas e legislativas que mantenham o ente estatal e as suas partes relacionadas “no prumo” da realização da finalidade pública, em todas as suas frentes de atuação. E não meramente de um ponto de vista formal, de pura conformidade ou

obediência às prescrições normativas: estas constituem um ponto de partida e orientação das condutas, e não um ponto de chegada em si.

Não se nega aqui, porém, a vinculação direta dos agentes públicos a um dever geral de probidade ou mesmo a possibilidade de invalidação de um ato por contrariedade à moralidade administrativa, tal qual prescrita no art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil³.

O que se pretende, no presente texto, é ir um pouco além, demonstrando como a imposição da adoção incondicional da conduta proba pode servir a prevenir e combater ilícitos, ao se erigir a integridade como o padrão geral de comportamento na Administração, ainda que a adoção endógena dessas medidas possa ter se originado a partir de instrumentos nascidos do mundo corporativo, como o *compliance* e a governança.

Nesse passo, menciona-se o contributo importante de algumas iniciativas já promovidas e difundidas pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e por alguns outros organismos multilaterais dedicados à luta anticorrupção, como o GRECO (Group of States Against Corruption) e a *Alliance for Integrity*, a par das ações já preconizadas e/ou implantadas pela Controladoria Geral da União, pelo próprio Poder Executivo federal, ou ainda pelo legislador brasileiro.

O foco do presente trabalho é, portanto, discorrer sobre os mecanismos internos que possam tornar a tomada de decisões no âmbito administrativo totalmente informadas pela ética, como incentivá-las e como dissuadir o comportamento ímprobo, ainda que nas suas mais incipientes manifestações. Como a boa governança pode tornar a integridade um valor intransigível em todo o atuar dos agentes públicos, para além do estrito cumprimento normativo, e, desse modo, servir, efetivamente, como medida de enfrentamento do fenômeno da corrupção. E, nessa senda, procura-se mostrar como a difusão da cultura do *compliance*, oriunda no meio corporativo, vem contribuindo para essa virada de paradigma no setor público. Nas palavras de Luís Roberto BARROSO, correlacionando o *compliance* à refundação do Brasil, “há no país um novo *business*, uma nova área de atividade que são os profissionais e os departamentos de *compliance*. É bom

³ Art. 37.” A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

que seja assim. Espera-se que seja o prenúncio de um novo tempo, em que a ideia de integridade seja um valor fundamental do comportamento humano⁴.” É no que também se acredita, e é justamente nessa linha que ora se segue.

II. Revisitando os conceitos de ética, integridade, moralidade administrativa e probidade

Embora a ideia de ética seja naturalmente identificada com a noção de comportamento honesto, havido este como o moral e probado, algumas distinções ontológicas e semânticas merecem ser feitas, até mesmo tendo em vista o quadro normativo brasileiro que rege as condutas desconformes ao Direito, sobretudo na seara pública.

Toma-se de Kant – cujo pensamento segue aqui referido de maneira reconhecidamente rudimentar – o conceito de ética como imperativo categórico, incondicional, *objetivo* e portando imutável, tal qual enunciado na lei fundamental da sua razão pura prática: *age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal*⁵. Isto é, trata-se de uma prescrição de um *dever-ser*, o que para o filósofo significa dizer que, se a *razão* determinasse totalmente a *vontade*, a ação humana inexoravelmente seguiria esta regra. E a *razão*, segundo ele, não é outra senão a busca do bem que sirva a todos, porque humanos, embora reconheça que o indivíduo seja também animado pelo *desejo* de satisfação pessoal, de busca própria pela felicidade, em sacrifício do bem comum.

A *razão* encerra justamente a capacidade inata ao homem – diferentemente dos animais – de reconhecer o caminho da *correção*, de discernir o que é bom ou mau, e orientar-se de acordo com esse reconhecimento. Daí porque para Kant os princípios éticos são *universais* (valem para todos

⁴ BARROSO, Luís Roberto. In CUEVA, Ricardo Villas Bôas e FRAZÃO, Ana (coord.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de integridade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 15 (*prefácio*).

⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005. P. 32.

igualmente), *absolutos* (não admitem exceção) e *formais* (devem ser obedecidos por serem conformes à *razão*)⁶.

Para Kant, agir moralmente é seguir esse dever geral de respeito incondicional ao outro ser humano, repelindo quaisquer interferências externas que possam afastar o agente da *razão*, da ação voltada a um princípio universal de comportamento, que considera toda pessoa humana como um fim em si mesma. Dessa noção de *humanidade* deriva o que filósofo denomina *dignidade*, como o atributo do ser humano que justifica esse dever geral de respeito. Para ele, a verdadeira *autonomia da vontade* só encontra a *liberdade* plena quando o ser racional age, pois, segundo princípios de amplitude universal⁷. Denota, pois, *coragem moral* a virtude de contrariar a si mesmo para fazer o moralmente certo, a intransigência absoluta a agir contrariamente aos princípios éticos.

A partir das lições de Kant, Marcelo ZENKNER define ética como “uma ciência do comportamento e dos costumes com base no estudo teórico dos princípios que regem as escolhas práticas dos seres humanos.”⁸ Mas, para além da sua enunciação principiológica, a ética precisa ser experimentada diariamente, posta à prova, escrutinada, vivida. É onde começamos a noção de integridade.

À ideia de inteireza a que remete invariavelmente a integridade adiciona-se a congruência como elemento qualificador inerente. De fato, “integridade implica a exata correspondência entre os relevantes valores morais e a realização desses valores no momento em que, diante das situações-problemas do dia a dia, uma escolha é reclamada a fim de que uma ação ou uma situação sejam realizadas.”⁹

Nesse mesmo sentido é a definição de integridade pública preconizada pela OCDE¹⁰:

⁶ ZENKNER, Marcelo. *Integridade Governamental e Empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 34-5.

⁷ Cf. COSTA, Guilherme Moreira Loures da. *Ética das Virtudes e Ponderação: um ensaio sobre a dignidade humana aristotélica*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2014, p. 30-1.

⁸ ZENKNER, Ob. Cit.

⁹ ZENKNER, Ob. Cit.

¹⁰ OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico). *Integridade Pública: uma estratégia contra a corrupção (on line)*. Disponível em www.oecd.org/gov/ethics. Acesso em dez/2018. Trata-se do documento que condensa a Recomendação do Conselho da

“Integridade pública refere-se ao alinhamento consistente e à adesão a valores, princípios e normas éticas comuns para sustentar e priorizar o interesse público sobre os interesses privados no setor público”.

A *integridade* voltada para o setor público representa senão a *aplicação prática* dos valores e princípios éticos, em toda a estrutura estatal, em todos os Poderes do Estado. Ainda segundo a OCDE, para que um sistema de integridade seja coerente e abrangente são necessários: (i) o *compromisso* dos altos quadros da Administração e do Sistema de Justiça; (ii) a definição clara e coordenada das *responsabilidades* que recaem sobre cada órgão estatal; (iii) a adoção de uma *estratégia* de prevenção e enfrentamento dos *riscos* que ameacem a integridade; e (iv) a incorporação na normatização legal e infralegal dos *padrões* éticos almejados no setor público, com a *efetiva comunicação* dos mesmos à sociedade.

De fato, a busca da plena integridade depende idealmente da positividade dos mais altos padrões éticos de comportamento, não somente por razões de segurança jurídica como também de eficiência, eis que é mais fácil aderir a um padrão de conduta previamente delineado e conhecido.

Mas nem sempre se verifica essa inteira normatização, podendo-se entender a *moralidade* como a projeção nos *costumes* dos valores éticos desejados de maneira mais ou menos uniforme em determinada coletividade, ainda que não positivados (sem se pretender, aqui, adentrar a discussão entre Direito e moral, ou de preeminência entre uma e outra categoria).¹¹

O conceito de *moral pública* – a que ora nos interessa – por seu turno, é tributário da noção de moral haurida do Direito privado, a partir das noções de *boa-fé*, *lealdade*, *confiança*, tendo sido invocada em sede de Direito Administrativo somente no século XX, a partir da teorização formulada

OCDE sobre integridade pública, tendo em conta as Recomendações e Convenções correlatas anteriormente editadas pela organização.

¹¹ Marcelo ZENKNER, citando Robert ALEXY, associa *moral* a uma pretensão universal de correção ou justiça, da qual se originam os *axiomas normativos*, que funcionam como espécie de pressuposto de validade das normas constitucionais. Sob a forma de *postulados*, seriam eles, entre outros, a supremacia da Constituição, a unidade da Constituição, a concordância prática, a máxima efetividade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a segurança jurídica e a justiça. *Ob. Cit.* p.43.

por Maurice Hauriou, com base no estudo da evolução jurisprudencial do Conselho de Estado francês¹².

A *moralidade pública*, submete-se, portanto, aos princípios próprios do Direito Administrativo. Para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, ela se origina da *legitimidade política*, vale dizer, a moralidade de um ato ou ação pública depende do estrito atendimento à *finalidade de interesse público*. Para o autor, “enquanto a *moral comum* é orientada por uma distinção puramente *ética*, entre o *bem* e o *mal*, distintamente a *moral administrativa* é orientada por uma diferença prática entre a *boa* e *má* administração”¹³.

No direito brasileiro, a *moralidade* dirigida à Administração Pública é princípio cogente, insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição da República brasileira¹⁴. Consubstancia em si, autonomamente, parâmetro de constitucionalidade da conduta estatal¹⁵, sendo passível de controle, portanto, administrativa e judicialmente (e sua violação pode configurar, ainda, improbidade administrativa¹⁶). A sindicabilidade dos atos administrativos pela via da moralidade revela-se pragmaticamente fundamental como estímulo à submissão dos agentes públicos à moralidade administrativa¹⁷.

¹² Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 103.

¹³ *Idem. Ibidem.* p.102.

¹⁴ Assim prevê o dispositivo que inaugura o capítulo destinado especificamente à Administração Pública na Constituição da República Federativa do Brasil: “art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:...”

¹⁵ Aponta a doutrina o acórdão seminal proferido pelo Ministro Ricardo LEWANDOWSKI do Supremo Tribunal Federal, de 2008, que fundamentou a ilicitude da prática do nepotismo na Administração Pública federal no princípio da moralidade pública (RE nº 579.951-4-RN). Em 2009 o STF editou a súmula vinculante nº 13, trazendo os contornos do entendimento da corte sobre o tema, e em 2010 o Poder Executivo federal editou o Decreto nº 7.203, proibindo expressamente a prática, segundo as normas ali prescritas.

¹⁶ A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) tipifica como ímprobos as condutas que violem os princípios de Direito administrativo: “art. 11º Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:...”

¹⁷ Cf. MARRARA, Thiago. *O Conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação*. In MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança*

Avançando um pouco mais na densificação dos conceitos, a ideia de probidade – ou o seu simétrico, a improbidade – relaciona-se à ideia de (ou falta de) honradez, honestidade, retidão, lisura, licitude. Enfim, impõe-se aos homens públicos um agir lúdimo, quiçá até com mais vigor do que às pessoas privadas, que podem livremente perseguir seus próprios interesses legítimos, tendo em vista lidarem aqueles com interesses cujo titular é a própria sociedade. Daí porque a tutela da moralidade na gestão estatal compete a todos, seja por via de ações individuais (como a ação popular¹⁸), como por ações coletivas e de tutela de interesses difusos, como a ação civil pública¹⁹.

O constituinte brasileiro previu expressamente consequências graves àqueles que ajam em violação ao dever geral de probidade, desde a configuração de crime de responsabilidade por parte do Presidente da República (art. 85, V), quanto à negativa de registro eleitoral e a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública e a indisponibilidade dos bens daqueles especificamente condenados por improbidade administrativa (art. 15, V c/c art. 37, §4º), na forma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)²⁰.

E à luz do que preceitua a Lei de Improbidade Administrativa, e em linhas simples, ato ímprobo é portanto aquele voltado ao enriquecimento ilícito, causador de prejuízo ao erário ou violador dos princípios da Administração Pública, segundo as prescrições tipificadoras previstas nesse diploma legal.

É possível notar a preocupação do constituinte e legislador brasileiros de erigir um sistema jurídico razoavelmente consolidado e consentâneo às

jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012, p. 163.

¹⁸ Lei de Ação Popular: Lei nº 4.717/1965, confere legitimidade a qualquer cidadão para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entes da administração indireta e paraestatais.

¹⁹ Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/1985, que tutela inúmeros direitos difusos e coletivos, como o patrimônio público.

²⁰ Aloísio ZIMMER JUNIOR nota que a tutela expressa e direta da probidade administrativa é prevista no ordenamento brasileiro desde a Constituição de 1891, tendo sido reproduzida em todas as demais Constituições posteriormente editadas (as de 1934, de 1937, de 1946, de 1967 – após a Emenda Constitucional nº 1/69, e por fim, da (?) atual, de 1988). *Corrupção e Improbidade Administrativa: cenários e risco e a responsabilização de agentes públicos municipais.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 125

normas internacionais no combate às práticas lesivas ao erário e à moralidade pública. Os Decretos que internalizam convenções e tratados internacionais de combate à corrupção, adiante referidos, são um exemplo disso.

III. O Estado brasileiro e a internalização de Tratados internacionais de combate à corrupção: breve panorama

A Carta da ONU, de 1945, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, costumam ser apontadas como o marco de passagem de um modelo de soberania baseado no Tratado de Westfália – unidade territorial associada a um poder soberano – para um verdadeiro *pacto social internacional*, erigindo-se a comunidade internacional como protagonista de um processo crescente de produção normativa, condutor igualmente de maior internalização nos ordenamentos nacionais de regras oriundas seja de tratados internacionais aos quais aderem os Estados (*jus cogens* desde a origem) seja de regras emanadas de organismos multilaterais setoriais (espécie de *soft law*, no nascedouro). Tudo isso impulsionado pela intensificação do comércio internacional, fenômeno que exige um novo tipo de regulação, com foco especial nos mecanismos de controle da concorrência, de modo a preservar a higidez dos mercados²¹.

É exatamente esse contexto de transnacionalização e de forte globalização econômica que propicia o surgimento de um novo tipo de regulação econômica – com maior espaço para a autorregulação empresarial, da qual o *compliance* é uma das maiores expressões – ao mesmo tempo em que se assiste ao recrudescimento do Direito Penal econômico em nível mundial, com o fim especial de coibir comportamentos anticoncorrenciais, inclusive por meio da responsabilização penal da pessoa jurídica empresária em alguns ordenamentos jurídicos²².

²¹ Nas palavras de Claudia Cristina BARRILARI: “Sob a ótica econômica e regulatória, a reconfiguração da soberania vai produzir específicas modificações para o comércio e a iniciativa privada.” *Crime Empresarial, Autorregulação e Compliance*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.26-7.

²² Nota Claudia BARRILARI que “[e]mbora a previsão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas entre nós venha prevista apenas para a tutela do meio ambiente, é de se supor, pela análise perfunctória do nosso sistema, principalmente se conjugada com a forte

Adán NIETO MARTÍN destaca a imbricada relação entre o *compliance* e a responsabilização administrativa e criminal das pessoas jurídicas, muito embora historicamente os programas de cumprimento normativo tenham nascido para o fim de prevenir riscos corporativos que não somente aqueles ligados às infrações criminais²³. Assim, revela-se evidentemente natural e até mesmo esperado que, como resposta ao crescente fenômeno de responsabilização criminal das empresas, cada vez mais os programas de cumprimento normativo tenham foco na mitigação dos riscos ligados ao cometimento de ilícitos penais.

Como a intensificação do intercâmbio comercial internacional evidentemente contempla também os mercados públicos (que absorve, segundo a OCDE, cerca de 12% do PIB dos países membros²⁴), surge igualmente a necessidade de adoção de medidas globais de combate à corrupção e cooperação entre os Estados para repressão da criminalidade no setor público, incluindo o combate à lavagem de ativos. Nesse sentido, citam-se a Convenção da OCDE, de 1999 (apontada como o primeiro diploma internacional tendo por escopo o combate a corrupção, do qual o Estado brasileiro é signatário, e internalizada por meio do Decreto nº 3.678/2000), a Convenção da ONU de 2003 contra a Corrupção (internalizada no país por meio do Decreto nº 5.687/2006) e os atos normativos continuamente emanados do Conselho Europeu e do GRECO.

No âmbito do Direito Comunitário, o combate à corrupção nas contratações públicas inspirou a edição das Diretivas 2014/23/UE (sobre contratos

pressão internacional exercida por organismos supraestatais, que não há de tardara previsão de responsabilidade penal da pessoa jurídica no âmbito do direito penal econômico.” *Ob. Cit.* p. 46.

²³ Nas palavras do próprio autor, “[a]s already known, the integration of compliance into the criminal law is related to the criminal liability – and administrative sanctions – of legal entities. The Guidelines for Sentencing started this process which, in the past two decades, has been followed in Chile, Italy, UK, Austria, Australia, Switzerland, Canada, and, recently, Spain, too.” *Cosmetic Use and Lack of Precision in Compliance Programs: any solution?* Artigo publicado por *The European Criminal Law Associations’ Forum*. EUCRIM 3/2012. Disponível em https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2012-03.pdf. Acesso em 08.01.2019.

²⁴ Cf. *Survey on Public Procurement*, by OECD Public Governance Committee, disponível em <http://www.oecd.org/gov/2016-OECD-Survey-on-Public-Procurement.pdf>, acesso em 10.03.2019.

de concessões), 2014/24/EU (sobre contratos em geral) e 2014/25/UE (sobre contratos de setores especiais).

Em âmbito regional, houve, antes, em 1996, o advento da Convenção Interamericana contra a Corrupção²⁵, à qual aderiu o Estado brasileiro, tendo sido promulgada por meio do Decreto nº 4.410/2002, com uma ressalva²⁶.

Especificamente no tocante ao Direito Comunitário, observa-se que o fenômeno da internacionalização do Direito Penal, concomitantemente à consolidação da Comunidade Europeia como instância supranacional no continente, impõe também o processo de harmonização do direito europeu, ante à necessidade de compatibilização dos ordenamentos jurídicos internos às diretivas e diplomas legais comunitários²⁷. E igualmente o ordenamento jurídico brasileiro sofre a influência dos processos legislativos supranacionais, notadamente no que concerne aos crimes econômicos, apontando a doutrina como expressões dessa internalização as alterações promovidas na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998, com as modificações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012) e no Código Penal (com a tipificação dos crimes de corrupção ativa e tráfico de influência em transação comercial internacional, por exemplo, por meio da edição da Lei nº 10.467/2002)²⁸, e o advento da Lei de Repatriação de Ativos (Lei nº 13.254/2016) e a Lei Anticorrupção (Lei 12.843/2013)²⁹, a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), isso tudo sem falar da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

²⁵ Há 16 anos a OEA (Organização dos Estados Americanos) monitora a implementação da Convenção pelos Estados signatários por meio do *MESICIC (Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción)*, “(que) es el Mecanismo Anticorrupción de la OEA. El cual reúne a 33 de los 34 Estados Miembros para analizar sus marcos jurídicos e instituciones de acuerdo a las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción.” No Portal Anticorrupción de las Américas há disponibilização de modelos de leis e de boas práticas administrativas de combate e prevenção à corrupção. Extraído de <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/default.asp>, acesso em 10.03.2019.

²⁶ Quanto à ressalva aposta pelo Governo Brasileiro, confira-se LACOMBE, Christiane e BOTELHO, Nadja in *Convenção Interamericana Contra a Corrupção: estudos*, setembro 2003. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema3/306388.pdf> >. Acesso em 31.01.2019.

²⁷ Cf. BARRILARI, Claudia Cristina. Ob. Cit. p. 38.

²⁸ Cf. BARRILARI, Claudia Cristina. Ob. Cit. p. 78.

²⁹ Cf. BARRILARI, Claudia Cristina. Ob. Cit. p. 39.

Conforme já dito anteriormente, percebe-se a existência de um quadro normativo repressivo bastante sedimentado no direito brasileiro, no tocante à persecução penal e à recomposição dos danos relativamente aos crimes ligados à corrupção, sendo de se ressaltar o ineditismo da “Operação Lava Jato”. Segundo dados do Ministério Público Federal, atualizados até 06 de março de 2019, com referência aos julgamentos em primeira instância, identificou-se o pagamento de propina no montante de 6,4 bilhões de reais; promoveu-se a recuperação de 12,3 bilhões de reais por meio de acordos de colaboração premiada, e de 846,2 milhões por meio de repatriação de ativos; e efetivou-se o bloqueio de 3,2 milhões, com 242 condenações contra 155 pessoas, além do ajuizamento de dez acusações de improbidade administrativa contra 63 pessoas físicas, 18 empresas e 3 partidos políticos³⁰.

Urge, porém, para além de punir, fomentar mecanismos intragovernamentais de prevenção à corrupção, a serem plasmados organicamente por toda estrutura da Administração por meio de uma governança levada a sério. Nesse sentido, cita-se como exemplo de boa prática administrativa (no influxo “pós-Lava-Jato”, no âmbito da Administração Pública indireta a edição do Estatuto das Estatais (Lei nº 13.303/2016), a publicação do Decreto nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, e o trabalho pioneiro no país da Controladoria Geral da União, tornada Ministério em 2016³¹.

É justamente sobre a conduta proba dos agentes públicos que se assenta a própria noção de legitimidade democrática. Como afirma Claudia BARRILARI, “é preciso submeter a administração pública aos ditames da ética para possibilitar o resgate da confiança do povo nas instituições

³⁰ Fonte : <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-na-la-instancia/atuacao-na-la-instancia/parana/resultado>, acesso em 10.03.2019. A atuação junto ao Supremo Tribunal Federal não traz as cifras em discussão, mas somente cita os 193 inquéritos instaurados, 38 denúncias (com dois aditamentos) oferecidas, 100 acusados em 7 ações penais e 121 acordos de colaboração premiada propostos perante a Corte. Fonte: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf>. Acesso em 10.03.2019.

³¹ A Medida Provisória nº 726, de 12 de maio de 2016, transferiu ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle as atribuições da Controladoria Geral da União. Tal MP foi convertida na Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016, que criou o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, cuja sigla é CGU, o que revela a proeminência da atividade de controle interno do Poder Executivo federal.

públicas e, principalmente, pela possibilidade de irradiar o efeito de modo a coibir desvios éticos dentro da comunidade.”

IV. O *Compliance* como veículo promotor de integridade e eficiência na Administração Pública

Como compatibilizar governança e eficiência da gestão pública com a ampla margem de discricionariedade para a nomeação de cargos e a condução de políticas públicas, própria dos regimes democráticos? Trata-se indubitavelmente de grande desafio, que envolve gerir uma teia de relações complexa, que pode reunir interesses públicos e privados, muitas vezes mesclados de modo velado, nada explícitos, à primeira vista. Essa possível confusão de interesses constitui decerto fator que representa um risco potencial para práticas ilícitas corruptivas³².

Um dos caminhos apontados pela doutrina (e adotados em alguns ordenamentos jurídicos³³) é a institucionalização de mecanismos de controle interno e de monitoramento de cada fase da tomada de decisão dos agentes públicos, com adoção de incentivos positivos para a adoção, *in*

³² Rememore-se que mesmo ambientes corporativos aparentemente isentos de pressão política (eg. empresas estatais em que diversas áreas estratégicas sejam comandadas por empregados concursados ou de carreira) mostraram-se permeáveis a pressões políticas e a práticas corruptas, como se verificou recentemente nos escândalos envolvendo a Petrobrás, a maior estatal brasileira, com ações listadas em bolsa, inclusive no exterior. Em decorrência do desvelamento do maior escândalo de corrupção da história da empresa, a Petrobrás selou acordo com a Securities and Exchange Commission dos Estados Unidos da América no valor de U\$853,2 milhões, em setembro de 2018, para encerrar as investigações movidas por acionistas que se sentiram lesados, a fim de lhe ser permitido voltar a operar livremente naquele país. Fonte: <https://oglobo.globo.com/economia/para-governo-americano-petrobras-foi-vitima-em-esquema-de-corrupcao-23105731>, notícia publicada em 27.09.2018.

³³ Adán NIETO MARTÍN cita a Lei Anticorrupção italiana (*Legge Anticorruzione* nº 190/2012) como exemplo de legislação que de certa forma equipara o Estado a uma organização privada, especialmente no tocante à necessária adoção de programas de cumprimento normativo no âmbito da Administração. Cf. NIETO MARTÍN, Adán. *De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas*. In NIETO MARTÍN, Adán e CALATAYUD, Manuel Maroto. *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, p. 17-39.

totum, de comportamentos pautados pela ética, nas mínimas atitudes, com a criação, inclusive, de canais de denúncia e de um sistema de proteção aos denunciantes, os chamados *whistleblowers*. Trata-se de procedimentalizar tanto quanto possível as condutas dos agentes públicos durante todo o *iter* administrativo, como meio de prevenir o cometimento de ilícitos. É a busca de uma governança interna efetiva como instrumento de promoção de integridade na Administração, atuando, por via de consequência, como antídoto contra práticas delituosas.

Nessa linha de entendimento, Adán NIETO MARTÍN propõe a transposição para a Administração Pública, com adaptações, do modelo do *compliance* empresarial, como uma espécie de *compliance* público, ressaltando especialmente que uma das origens dos programas de cumprimento normativo remonta à luta contra a corrupção, nos anos 70, com a edição do *Foreign Corrupt Practices Act*, em 1977, pelos Estados Unidos da América³⁴. Em 1978, inclusive, foi editado o *Ethics in Government Act*, ambos como medidas de reação institucional ao escândalo do *Watergate*.

Mas a ascensão do *compliance* como escudo protetor das corporações contra práticas corruptivas paradoxalmente tornou a prevenção à corrupção praticamente uma exclusividade do meio corporativo. Nas precisas palavras de Adán NIETO MARTÍN “la adopción de programas de cumplimiento en las empresas en cierta medida ha supuesto una privatización de la lucha contra la corrupción, mediante la que el Estado ha obligado a adoptar medidas preventivas internas. Por esta razón, resulta absolutamente incoherente que, desde el ‘otro lado de la carretera’, el Estado, como organización, no adopte medidas similares a las que obliga a implantar a las empresas.”

Vale dizer, o desenvolvimento dos programas de cumprimento normativo no âmbito da Administração não acompanhou a enorme evolução ocorrida no ambiente corporativo, seja em razão da disseminação da cultura de que é uma atividade necessária à própria sobrevivência das empresas em mercados cada vez mais competitivos, seja por constituir o *compliance* ferramenta eficaz para mitigar o risco do cometimento de ilícitos pelos membros da corporação. Tudo isso fomentado por legislação penal cada vez mais voltada

³⁴ NIETO MARTÍN, Adán. *De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas*. Ob. Cit. p. 18.

à responsabilização das pessoas jurídicas, em nível global³⁵, e que valora positivamente a existência de programas de cumprimento normativo no seio da organização, estabelecendo frequentemente os parâmetros de validade do programa em si, num fenômeno recente conhecido como *autorregulação regulada*. Exemplo desse último aspecto da incorporação do *compliance* empresarial entre nós é a previsão na Lei Anticorrupção brasileira de que a existência de programas de *compliance* pode constituir espécie de circunstância atenuante da responsabilização no momento da aplicação da penalidade.

De fato, assim prevê o art. 7º da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção):

Art. 7º – “Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

VIII – 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”;

O ato regulamentador da Lei anticorrupção, em nível federal, o Decreto nº 8.420/2015, dedica um capítulo inteiro a elencar os requisitos que devem ostentar os programas de cumprimento normativo das empresas (a que a lei denomina programas de integridade), e a forma de monitoramento de seu funcionamento. Acrescenta, ainda, que “[c]aberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade de que trata este Capítulo”(art. 42º, §4). Percebe-se a centralidade conferida à CGU pelo legislador brasileiro para o fim não só de

³⁵ Adán NIETO MARTÍN sustenta que a responsabilização penal das empresas atua também de modo a propulsionar a adoção de sistemas internos de controle e cumprimento normativo das empresas: “[l]a finalidad última del derecho penal cuando sanciona a las personas jurídicas es incitar a sus dirigentes a que adopten un sistema de autorregulación interno que les lleve a prevenir, detectar y sancionar las infracciones de sus empleados y dirigentes.” *Acción social de responsabilidad y cumplimiento normativo*. Artigo publicado em 4.12.2015. Acessível em: <https://almacendederecho.org/accion-social-de-responsabilidad-y-cumplimiento-normativo/>. Acesso em 10.03.2019. O mesmo raciocínio pode ser empregado para outros níveis de responsabilização empresarial, seja no âmbito civil ou administrativo. Nesse sentido pode ser interpretada outra passagem do autor: “[s]ancionar a la empresa es una forma de que los socios despierten, consideren que la comisión de ilícitos no es eficiente y que, por consiguiente, exijan a los administradores que pongan los medios oportunos para evitarlos.” *De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas*. Ob. Cit. P. 37.

normatizar e fiscalizar o controle interno da Administração federal, como igualmente parametrizar o conteúdo mínimo dos programas de cumprimento normativo das empresas privadas. Daí porque falar-se em regulação estatal do *compliance*, no que tange ao sancionamento de empresas que respondam a processo administrativo de responsabilização (PAR) previsto na Lei Anticorrupção.

A Lei nº 13.303/2016 (Estatuto das Estatais) prevê a necessidade de adoção de um código de conduta e integridade, bem como um canal de denúncias no bojo das empresas estatais, com a possibilidade de o setor de *compliance* reportar-se diretamente ao Conselho de Administração quando houver suspeita de envolvimento da direção da empresa.

Embora o *compliance* não deva ser encarado somente como medida protetiva contra práticas delituosas, de forma a proteger patrimonial e reputacionalmente as organizações, a sua transposição adaptada para o setor público pode ser extremamente útil e ainda mais efetiva se incorporada a uma noção mais ampla e sofisticada de *governança pública*, com foco não só na prevenção da corrupção, mas igualmente na eficiência da atividade administrativa, como forma de melhor atender ao interesse público, num cenário de constante escassez de recursos públicos.

O destaque é relevante porque uma das críticas que recaem sobre a proeminência adquirida pelos programas de cumprimento normativo é justamente a ênfase no caráter defensivo da responsabilização das organizações que os adotam, especialmente a penal, nos ordenamentos que a preveem, como por exemplo Espanha, Estados Unidos e Reino Unido³⁶.

³⁶ O *compliance* ganhou “vida própria”, se lido como o sistema necessário de regras internas adotadas por determinada organização para garantir o comportamento ético de todos os seus empregados, dirigentes e partes relacionadas, muito além, portanto, de puro mecanismo de prevenção de ilícitos. Daí porque é digno de transcrição excerto de Adán NIETO MARTÍN sobre o ponto: “[I]a necesidad y conveniencia de implantar programas de cumplimiento es algo que trasciende al derecho penal. Baste como ejemplo la reciente Directiva de la UE sobre contratación pública de 2014 que otorga una gran importancia a los programas de cumplimiento dentro de sus sistemas de listas negras. O, sin salirnos del derecho europeo, la también reciente Directiva sobre “estados no financieros” que consagra el compliance en materia de derechos humanos, obligando a las empresas de más de 500 trabajadores a publicar, como si de cuentas anuales se tratara, los progresos de sus sistemas de cumplimiento en materias como la lucha anticorrupción, el medio ambiente o los derechos humanos”. *Acción social de responsabilidad y cumplimiento normativo*. Ob. Cit.

A lei anticorrupção brasileira, conforme já visto, ao prescrever a possibilidade de abrandamento na aplicação da penalidade a ser imputada à pessoa jurídica caso a mesma comprove possuir programas efetivos de *compliance*, fomenta e dissemina a adoção de programas de integridade no meio corporativo, sendo um incentivo positivo para a disseminação da cultura do cumprimento normativo espontâneo, mormente entre as empresas que se relacionam mais diretamente com o Poder Público.

É possível encontrar na doutrina brasileira, também, autores que rechaçam o uso do *compliance* como simples mecanismo de prevenção de responsabilização ou autoproteção do negócio, o que por óbvio reduz o *compliance* a uma manifestação do interesse privado das organizações como forma de otimizar sua performance e manter a sua chamada *licença social* em dia, de forma a ostentar uma espécie de qualificação de *empresa ficha-limpa*, ativo passível de ser transformado em lucro.

Nesse sentido, é digno de reprodução o pensamento de Walter GIANINI, autor que defende que o Estado brasileiro consagrou o *compliance* em sua legislação anticorrupção³⁷ como um *compromisso intransigente com a integridade*, uma vez que se exige um comportamento ético em toda a cadeia produtiva e com todas as partes relacionadas. O risco a ser enfrentado é justamente a quebra da integridade, em qualquer fase da produção ou com qualquer terceiro com quem a organização negocie. A integridade pois, vista como um fim em si mesma, a ser resguardada pelas medidas de *compliance*, e não como um muro de proteção jurídica contra eventuais responsabilizações³⁸.

De fato, a teor das previsões contidas na Portaria nº 909/2015, editada pela CGU a organização deve declinar, dentre outros aspectos, por meio de seu *relatório de perfil*³⁹, os *stakeholders* com os quais se relaciona, os interme-

³⁷ Nesse mesmo sentido a Lei nº 13.303/2016 (Estatuto das Estatais, lei de abrangência nacional), que obriga a estatais de toda a federação, nos três níveis de poder (federal, estadual e municipal) a terem uma política de transação com as partes relacionadas dentro dos padrões de conformidade da estatal (art.1º, §7, III; art. 8º, VII).

³⁸ GIOVANINI, Wagner. *Mecanismo de Integridade ou Arma para Proteção?* In PAULA, Marco Aurélio Borges et al. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 71-87.

³⁹ Assim prescreve o art. 3º da Portaria CGU 909/2015:

Art. 3º “No relatório de perfil, a pessoa jurídica deverá:

I – indicar os setores do mercado em que atua em território nacional e, se for o caso, no exterior;

diários de que por ventura se utilize e sua estrutura organizacional interna. Em seu *relatório de conformidade*⁴⁰, a organização deve não só explicitar o seu programa de conformidade, mas sobretudo demonstrar a pertinência da adoção das medidas nele previstas com a estrutura e a finalidade da entidade, podendo se utilizar de uma gama ampla de meios para comprovar a

II – apresentar sua estrutura organizacional, descrevendo a hierarquia interna, o processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores;

III – informar o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores;

IV – especificar e contextualizar as interações estabelecidas com a administração pública nacional ou estrangeira, destacando:

a) importância da obtenção de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas atividades;

b) o quantitativo e os valores de contratos celebrados ou vigentes com entidades e órgãos públicos nos últimos três anos e a participação destes no faturamento anual da pessoa jurídica;

c) frequência e a relevância da utilização de agentes intermediários, como procuradores, despachantes, consultores ou representantes comerciais, nas interações com o setor público;

V – descrever as participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada; e

VI – informar sua qualificação, se for o caso, como microempresa ou empresa de pequeno porte.”

⁴⁰ Essa é a dicção do art. 4º:

Art. 4º “No relatório de conformidade do programa, a pessoa jurídica deverá:

I – informar a estrutura do programa de integridade, com:

a) indicação de quais parâmetros previstos nos incisos do caput do art. 42 do Decreto nº 8.420, de 2015, foram implementados;

b) descrição de como os parâmetros previstos na alínea “a” deste inciso foram implementados;

c) explicação da importância da implementação de cada um dos parâmetros previstos na alínea a deste inciso, frente às especificidades da pessoa jurídica, para a mitigação de risco de ocorrência de atos lesivos constantes do art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

II – demonstrar o funcionamento do programa de integridade na rotina da pessoa jurídica, com histórico de dados, estatísticas e casos concretos; e

III – demonstrar a atuação do programa de integridade na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração.

§ 1 A pessoa jurídica deverá comprovar suas alegações, devendo zelar pela completude, clareza e organização das informações prestadas.

§ 2 A comprovação pode abranger documentos oficiais, correios eletrônicos, cartas, declarações, correspondências, memorandos, atas de reunião, relatórios, manuais, imagens capturadas da tela de computador, gravações audiovisuais e sonoras, fotografias, ordens de compra, notas fiscais, registros contábeis ou outros documentos, preferencialmente em meio digital.”

implementação efetiva das medidas, como *e-mails* e até fotografias (art. 4º, §2⁴¹). Isso obriga as corporações a demonstrarem ter um *compliance* vivo, genuíno, que realmente impregne *todas* as práticas internas e com suas partes relacionadas. E mais: repudiam-se os chamados *paper compliance* e *cosmetic compliance*, ineficazes, quase *fake*, para se usar um termo em voga⁴².

Por tudo isso é que, segundo menciona Walter GIOVANINI, “o mecanismo de integridade citado na Lei 12.846/13 representa ‘fazer o certo por convicção’. Com isso, a empresa torna-se automaticamente protegida. Por este motivo, o mecanismo de integridade vai além de um programa de *compliance*.”⁴³

E, na linha do pensamento de Adán NIETO MARTÍN, não se pode exigir de uma parte relacionada comportamento lídimo que o próprio contratante ou parceiro não siga, até porque só se *faz negócio com outra pessoa do outro lado do balcão que esteja disposta a negociar*.

E é justamente por isso que o autor sugere a absorção, pela Administração Pública, de *inúmeros* procedimentos já presentes nos programas de *compliance*, tais como a adoção de códigos de conduta, detalhados de acordo com a complexidade de cada órgão ou entidade a que se destine; mecanismos de reforço da transparência ativa, com disponibilização ostensiva de dados, e não só a possibilidade de o cidadão interessado requerê-las; mecanismos de controles internos, tais como rodízio de pessoas em diferentes funções, normatização de situações de potenciais conflitos de interesse; canais de

⁴¹ Assim prevê o §2 do art. 5º:

§ 2 “O programa de integridade meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos da Lei nº 12.846, de 2013, não será considerado para fins de aplicação do percentual de redução de que trata o caput.”

⁴² Adán NIETO MARTÍN critica os programas de *compliance* demasiadamente abertos e meramente formais, sem eficácia comprovada, *cosméticos*, portanto. Mesmo aqueles que tenham sido objeto de certificação por organismos internacionais podem vir a ser qualificados de *cosméticos* caso não seja possível comprovar a sua efetiva aplicação na prática, sobretudo por constituir a prevenção de riscos um processo dinâmico, que pressupõe constante atualização e revisão da medidas mitigatórias previstas inicialmente. Daí a importância de um monitoramento independente, ainda segundo o autor. Cf. *Cosmetic Use and Lack of Precision in Compliance Programs: any solution?* Artigo publicado por The European Criminal Law Associations’ Forum. EUCRIM 3/2012. Disponível em https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2012-03.pdf. Acesso em 08.01.2019.

⁴³ GIOVANINI, Walter. *Mecanismo de Integridade ou Arma para Proteção?* Ob. Cit. p. 74.

denúncia com proteção ao denunciante de boa-fé (os chamados *whistleblowers*); criação de incentivos positivos para premiar o comportamento probo do agente público. Em suma, encerra o autor espanhol: “es posible perfeccionar la ética pública con medidas que provienen de ese sistema de gestión empresarial que denominamos programas de cumplimiento y, de otro, es perfectamente posible establecer incentivos eficaces que afecten a los responsables máximos de cada organización con el fin de que implementen de manera eficiente este tipo de programa.”⁴⁴

V. Governança e a promoção da integridade no setor público

Assim como é possível – e desejável – a adoção de diversos mecanismos de controle interno próprios do *compliance* pela Administração Pública, igualmente a noção de governança, oriunda do meio corporativo, tem *invadido* as normatizações direcionadas ao setor público. Exemplos disso são os manuais de governança pública que têm sido editados por diversos organismos multilaterais, tais como o INTOSAI (*The International Organisation of Supreme Audit Institutions*)⁴⁵ e a OCDE⁴⁶.

Destaca-se também o trabalho desenvolvido pela *Alliance for Integrity*⁴⁷, iniciativa promovida pelo governo alemão em conjunto com o setor empresarial, visando incentivar transparência e integridade no sistema econômico.

⁴⁴ NIETO MARTÍN, Adán. *De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas*. Ob. Cit.

⁴⁵ A organização, que reúne os órgãos superiores de controle externo (equivalentes aos nossos Tribunais de Contas), publica uma série de diretivas (*guidelines*) voltadas para o setor público. Cf. <http://www.intosai.org/issai-executive-summaries/intosai-guidance-for-good-governance-intosai-gov.html>.

⁴⁶ A OCDE publicou em 2007 o robusto manual *Integrity for the Public Sector: good practice from A to Z*. O documento elenca experiências exitosas de vários Estados com a incorporação de diversos instrumentos de controle interno com vistas a incrementar o nível de integridade nas Administrações daqueles países, no bojo do que chama de “*a good governance context*”. Disponível em: <http://www.oecd.org/development/effectiveness/38588964.pdf>.

⁴⁷ Interessante, direta e didática também é a publicação intitulada *No Excuses: combatendo as 10 desculpas mais comuns para um comportamento corrupto*. Disponível em https://www.allianceforintegrity.org/wAssets/docs/publications/No-eXcuses/BR_No-eXcuses-Pocket-Guide.pdf. Acesso em 10.01.2019.

A entidade, ainda que com foco bastante direcionado às empresas e ao *compliance* corporativo, oferece cursos de formação, bem como compartilha em seu sítio eletrônico experiências de combate à corrupção em países em desenvolvimento.

No Estado brasileiro o Tribunal de Contas da União editou o Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública (2014), e diversas outras publicações voltadas à disseminação de boas práticas administrativas⁴⁸.

Na verdade, a transposição de instrumentos de gestão privada para o setor público revela a incapacidade dos modelos clássicos de Direito Administrativo responderem a contento à necessidade de satisfação das demandas sociais cada vez mais complexas, numa sociedade de riscos onde a corrupção constitui uma ameaça real à estabilidade política e à higidez dos mercados, além de altamente lesiva ao erário, pelo afrontoso desperdício de recursos públicos que representa num cenário de crescente escassez. A governança, pois, pode atuar como técnica de realinhamento, de recondução da finalidade do Estado à promoção do bem comum, do interesse público em sua acepção mais basililar.

Tomando emprestada a definição de governança corporativa do Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa editado pelo IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa), temos que se trata do “sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre os sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade de gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.”⁴⁹

⁴⁸ Exemplos de publicações disponíveis no sítio eletrônico do TCU: *10 passos para a boa governança*; *Referencial para políticas Públicas*; *Referencial para Centro de Governo*; *Referenciais para gestão de risco*. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/>. Acesso em 10.01.2019.

⁴⁹ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código das Melhores Práticas de governança corporativa*. São Paulo: IBGC, 2015, p. 20.

Destaquemos duas funções pretendidas pela governança. Transportando-as para o âmbito público, têm-se que o *alinhamento de interesses* do Estado deve pautar-se sempre pela promoção do *bem comum*, e quando se fala em *otimização do valor econômico de longo prazo*, visa-se à *eficiência* no gasto do recurso público. A corrupção sem dúvida representa um desvirtuamento do bem comum, pela captura do interesse público por interesses privados escusos, além de importar em decréscimo de eficiência da função estatal. Por outro lado, nem toda perda de eficiência significa que derive de práticas corruptivas.

Daí porque a boa governança pública, tendo como fio condutor a integridade⁵⁰, deve servir não somente à mitigação de riscos – atuando assim também como arma de prevenção à corrupção – mas igualmente deve servir ao incremento da eficiência em toda a tomada de decisão do gestor público. E, naturalmente, por meio do estabelecimento de regras claras de procedimento, tendentes a reduzir o espaço discricionário do atuar do agente público (ou impondo deveres explícitos de motivação), reduz-se consideravelmente a exposição ao risco de cometimento de ilícitos. É uma tentativa de neutralizar o forte componente político da Administração Pública.

E como bem nota Adán NIETO MARTÍN, ao aludir aos programas de *compliance*, quanto à necessidade de a autorregulação ser acompanhada de certa dose de regulação e previsão legal de medidas repressivas⁵¹ (os *carrots and sticks*, ou em livre adaptação da metáfora, *recompensas* acompanhadas de *reprimendas*), na governança pública, do mesmo modo, somente a exortação para a adoção de boas práticas em recomendações, ainda que consagradas em nível internacional, não terá a força vinculante dos comandos normativos positivados. O *soft law* não prescindirá do *hard law* neste caso.

Por isso cumpre enaltecer o trabalho pioneiro no Brasil desempenhado pela CGU, que vem promovendo a edição de inúmeros atos normativos

⁵⁰ Segundo o documento intitulado *Integridade Pública: uma estratégia contra a corrupção*, recomendação publicada pela OCDE, “a integridade pública refere-se ao alinhamento consistente e à adesão de valores, princípios e normas éticas comuns para sustentar e priorizar o interesse público sobre os interesses privados do setor público.” Disponível em <http://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso em 10.01.2019.

⁵¹ NIETO MARTÍN, Adán. *De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas*. Ob.Cit. p. 37-38.

voltados ao governo federal, a fim de implantar parâmetros mais elevados de eficiência na probidade na gestão pública. Além disso, a CGU edita diversos manuais aptos a orientar os gestores estaduais e municipais a internalizarem nas suas legislações locais os comandos já parametrizados em nível federal, numa espécie de processo de harmonização da legislação voltada à governança pública.

Em nível federal, igualmente destaca-se a edição do Decreto nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Sem qualquer pretensão exauriente acerca do tema, elencam-se algumas medidas úteis à diminuição do espectro de liberdade do gestor público e de incremento do controle interno em todas as fases de tomada de decisão: positivação dos casos de conflito de interesse e obrigação de *disclosure* de quem se ache nessa situação; previsão do dever de motivação da nomeação dos ocupantes de qualquer cargo público de livre investidura; criação de códigos de ética no âmbito dos órgãos e entidades; criação de mecanismos de premiação e incentivo aos servidores que adotem comportamento íntegro; criação de canais de denúncia e proteção para denunciante de boa-fé (os chamados *whistleblowers*, conforme já dito anteriormente); adoção de procedimentos de maior transparência ativa, com divulgação dos resultados da gestão, de forma a possibilitar maior controle social; criação de rotinas de investigação patrimonial dos agentes públicos; adoção de maior normatização das contratações públicas, sobretudo acerca da fase interna das contratações e sua justificativa; disseminação no ambiente escolar de uma política educacional que também por foco o fomento à integridade;

Além disso, nunca é demais lembrar: a corrupção é um fenômeno social, humano-dependente. Somente o aparato de prevenção e de repressão do Estado não dará conta de combatê-la. Por isso, inúmeros estudos da psicologia comportamental têm apontado caminhos de desincentivo às práticas corruptivas. Destaque-se, nesse sentido, o denso trabalho publicado pela OCDE *Behavioural Insights for Public Integrity: harnessing the human factor to counter corruption*⁵².

⁵² OECD *Public Governance Reviews*. Disponível em <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights.htm>. Acesso em 10.01.2019.

VI. Conclusão

Se, de um lado o Estado brasileiro tem feito o seu “dever de casa internacional”, tendo assinado e internalizado tratados de combate à corrupção – sendo certo que a Lei Anticorrupção é uma realidade no país, sendo amplamente aplicada – de outro, é preciso agora voltar o olhar para o “dever de casa doméstico”, que consiste na adoção de regras firmes e claras de governança pública, por meio inclusive da incorporação de instrumentos do *compliance*. Trata-se de firmar um compromisso com a nação brasileira, erguendo a integridade como figura central do agir público e privado. Num país de dimensões continentais, tão dependente de prestação de serviços públicos fornecidos e custeados pelo Poder Público, muitas vezes sendo a única forma de garantir a fruição de direitos fundamentais mais elementares, não se pode mais conceber a apropriação criminosa privada da *res publica* por meio da corrupção. Integridade, pois, como medida para garantir dignidade e prosperidade, a todos, como deve ser inarredavelmente em todo Estado Democrático de Direito.

Referências

- Alliance for Integrity*. Disponível em www.allianceforintegrity.org.
- BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime Empresarial, Autorregulação e Compliance*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- COSTA, Guilherme Moreira Loures da. *Ética das Virtudes e Ponderação: um ensaio sobre a dignidade humana aristotélica*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2014
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas e FRAZÃO, Ana (coord.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de integridade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- GIOVANINI, Wagner. *Mecanismo de Integridade ou Arma para Proteção?* In PAULA, Marco Aurélio Borges et al. *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.p. 71-87.
- O GLOBO, Rio de Janeiro, edição digital de 27.09.2018. <https://oglobo.globo.com/economia/para-governo-americano-petrobras-foi-vitima-em-esquema-de-corrupcao-23105731> .
- Group of States Against Corruption – GRECO*. Disponível em www.coe.int/greco.

- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código das Melhores Práticas de governança corporativa*. São Paulo: IBGC, 2015.
- International Organization of Supreme Audit Institutions – INTOSAI. Disponível em www.intosai.org.
- MARRARA, Thiago. *O Conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação*. In MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NIETO MARTÍN, Adán. *De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas*. In NIETO MARTÍN, Adán e CALATAYUD, Manuel Maroto. *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, p. 17-39.
- _____. *Acción social de responsabilidad y cumplimiento normativo*. Artigo publicado em 04.12.2015. Disponível em: <https://almacenederecho.org/accion-social-de-responsabilidad-y-cumplimiento-normativo>.
- _____. *Cosmetic Use and Lack of Precision in Compliance Programs: any solution?* Artigo publicado por The European Criminal Law Associations' Forum. EUCRIM 3/2012. Disponível em https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2012-03.pdf.
- _____. *Cumplimiento normativo basado en evidencias empíricas*. Artigo publicado em 12.12.2015. Disponível em: <https://almacenederecho.org/cumplimiento-normativo-basado-en-evidencias-empiricas>.
- Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD. Disponível em <http://www.oecd.org>.
- _____. *Integridade Pública: uma estratégia contra a corrupção (on line)*. Disponível em www.oecd.org/gov/ethics.
- PALMA, Maria Fernanda et al. In *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2018.
- ZENKNER, Marcelo. *Integridade Governamental e Empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ZIMMER JUNIOR, Aloísio. *Corrupção e Improbidade Administrativa: cenários e risco e a responsabilização de agentes públicos municipais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Sobre a corrupção pública inconsciente: um contributo para uma abordagem comportamental da corrupção

*About The Unconscious Public Corruption:
a contribution to a behavioral approach to corruption*

PAULO ENRIQUE MAINIER DE OLIVEIRA¹

I. O comportamento inconsciente. II. Sobre o comportamento corrupto inconsciente. III. As intervenções sobre a corrupção pública inconsciente. IV. Conclusão.

I. The unconscious behavior. II. On the unconscious corrupt behavior. III. Interventions on unconscious public corruption. IV. Conclusion.

Resumo: Estudos de ciências comportamentais e de neurociência permitiram a descoberta da corrupção pública inconsciente. Para prevenir e combater esses atos de corrupção, grandes e pequenos, é possível implementar intervenções (*nudges*) que podem ser incorporadas às políticas de integridade.

Abstract: Studies on the behavioral sciences and neuroscience led to the discovery of the unconscious public corruption. In order to prevent and fight these corruption acts, either the big and the small ones, it is possible to implement interventions (*nudges*) that can be incorporated to the integrity policies.

Keywords: *Unconscious corruption. Prevention. Public integrity.*

¹ Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária de Controle Externo da Secretaria de Estado de Fazenda. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

I. O comportamento inconsciente

Ainda não é possível explicar com exatidão a plenitude do complexo processo decisório humano. Não obstante, estudos de Ciência Comportamental (que estuda a tomada de decisão sob o ponto de vista comportamental²) e de Neurociência Cognitiva (que estuda a relação entre o cérebro e o comportamento, por meio do processamento de neuroimagens do funcionamento dos processos cerebrais enquanto as pessoas pensam e decidem³) demonstram que existem dois sistemas de pensamento que funcionam em paralelo, com interações e conexões mentais complexas em vários pontos⁴: o Sistema 1, automático ou intuitivo, e o Sistema 2, reflexivo e racional⁵.

O Sistema 1 envolve os processos decisórios automáticos e irracionais, mais rápidos, fáceis e intuitivos, que operam com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário⁶. Já o Sistema 2 reúne os processos controlados, conscientes ou racionais, mais lentos e reflexivos, que

² Cfr., sobre o assunto, RICHARD H. THALER, *Misbehaving: A construção da economia comportamental*, tradução George Schlesinger, 1ª Ed., Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

³ Cfr., sobre o assunto, E. R. KANDEL; J. H. SCHWARTZ; T. M. JESSELL; *Fundamentos da neurociência e do comportamento*, Rio de Janeiro: Prentice-Hall do Brasil, 1997; *Princípios da neurociência*, 4ª ed. São Paulo: Manole, 2003.

⁴ Cfr. LEONARD MLODINOW, *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*, tradução de Cláudio Carina, Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 48.

⁵ Cfr., sobre o assunto, DANIEL KAHNEMAN, *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*, tradução Cassio de Arantes Leite, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

⁶ Por exemplo, mastigar a comida é uma atividade suscetível de controle voluntário, mas normalmente funciona no “piloto automático”. Porém, inúmeras ações mentais são completamente involuntárias. O Sistema 1 inclui, por exemplo, todo o processamento de dados enviados pelo sistema de visão (a interpretação de cores, detecção de situações e movimentos, percepção de profundidade e distância, a identificação dos objetos, o reconhecimento de rostos). Ademais, não conseguimos, por exemplo, deixar de nos orientar na direção de um som alto e inesperado ou de compreender sentenças simples em nossa língua materna. Com efeito, o Sistema 1 também permite o uso da linguagem falada sem qualquer aplicação consciente das regras de linguística. Pode-se dizer que as pessoas falam a língua materna utilizando o Sistema 1, e falam outro idioma, com mais esforço, utilizando o Sistema 2. O verdadeiro bilíngue é aquele que fala dois idiomas usando o Sistema 1.

ativam os sistemas de memória, interpretam e correlacionam os diversos dados relevantes⁷.

A maioria das ações humanas são orientadas pelo Sistema 1, decorrendo de habilidades inatas (como, por exemplo, o fato de nascermos preparados para reconhecer objetos), de habilidades adquiridas por meio da prática prolongada (caso, por exemplo, de um arremesso feito por um jogador de basquete), ou de sugestões, impressões, intuições, intenções e sentimentos, sem que sejam percebidas e compreendidas pelo Sistema 2. Permanecem, por assim dizer, abaixo do limite da consciência, executados de maneira subliminar, inacessíveis ao consciente. Como o poder de ação do Sistema 2 é limitado⁸, seria impossível para ele oferecer uma vigilância plena e contínua sobre a tomada de decisões rotineiras normalmente tomadas pelo Sistema 1 e questionar constantemente tudo o que o Sistema 1 pensa. Assim, o Sistema 2 fica normalmente no confortável “modo repouso”, aguardando ser ativado quando detecta uma situação que não poderá ser resolvida pelo Sistema 1 ou quando detecta um erro grave prestes a ser cometido⁹.

Dessa forma, quase sempre nosso Sistema 1 assume o controle das nossas ações. E quase tudo corre bem – normalmente. No entanto, isso explica o motivo de nem sempre agirmos de forma racional, coerente e previsível e de nem sempre incorporamos análises de custo-benefício nas nossas decisões¹⁰. O pensamento pelo Sistema 1, sem revisão pelo Sistema 2, acaba adotando alguns “atalhos” e justificações mentais simplificadores

⁷ Por exemplo, é o responsável por realizar tarefas mais complexas e laboriosas, como realizar cálculos, argumentar em uma negociação, concentrar-se na voz de uma pessoa em uma sala cheia e barulhenta, monitorar a conveniência de seu comportamento numa situação social, estacionar em uma vaga apertada, preencher o formulário do imposto de renda, ler um artigo científico ou a bula de um remédio. Em todas essas situações, o cérebro precisa prestar atenção.

⁸ Os processos decisórios que formam o Sistema 2 representam apenas 5% de nossa capacidade cognitiva. Todo restante é realizado pelo Sistema 1. Se nossa mente consciente tentasse processar toda a informação enviada pelo sistema sensorial (algo em torno de 11 milhões de bits por segundo), nosso cérebro travaria. Conseguimos lidar no Sistema 2 com apenas 16 a 50 bits por segundo. Cabe ao Sistema 1 o resto. Cfr., sobre o assunto, LEONARD MŁODINOW, *Subliminar...*, pp. 9, 22, 26 e 47.

⁹ Cfr. DANIEL KAHNEMAN, *Rápido e Devagar: duas formas de pensar...*, pp. 29-34.

¹⁰ Cfr. DIANA ORGHIAN, GABRIEL CABRAL, ANDRE PINTO, ALESSANDRA FONTANA, *Desvio de caráter ou simplesmente humano? Economia comportamental aplicada ao comportamento desonesto*, in Revista Brasileira de Políticas Públicas, Dossiê especial, Indução de comportamentos (*neurolaw*): direito, psicologia e neurociência, v. 8, n. 2, 2018, p. 524.

do pensamento intuitivo (heurísticas) que provocam erros sistemáticos (vieses previsíveis), os quais, em alguns casos, são opostos ao comportamento considerado adequado de um ponto de vista racional¹¹. Por tais razões, em muitos casos, as pessoas tomam decisões muito ruins – decisões que não tomariam se estivessem prestando atenção e se tivessem todas as informações necessárias, capacidades cognitivas ilimitadas e total autocontrole¹². Ou seja, o resultado de muitas decisões tomadas por meio do Sistema 1 seria diferente se tomadas por meio do Sistema 2.

II. Sobre o comportamento corrupto inconsciente

A corrupção pública pode ser conceituada como o comportamento oculto¹³ e indevido¹⁴, em benefício de interesses privados ilícitos¹⁵ ou ilegítimos¹⁶, próprios¹⁷ ou de terceiros, em contrapartida a *vantagens*, pecuniárias ou não, para si ou para terceiros¹⁸.

¹¹ Cfr. DANIEL KAHNEMAN, *Rápido e Devagar: duas formas de pensar...*, pp. 29-34.

¹² Cfr. CASS R. SUSTEIN e RICHARD H. THALER, *Nudge*, trad. Angelo Lessa, Rio de Janeiro, Objetiva, 2019, p. 14.

¹³ Na prática, esse “ato oculto” acaba por ocorrer normalmente em contextos reservados, em encontros realizados em espaços fechados ou mesmo durante uma refeição a mesa de um restaurante, afastados de possíveis testemunhas, a coberto de olhares e ouvidos indesejados, cujo pagamento da contrapartida ocorre em dinheiro vivo ou através de circuitos internacionais. Cfr. ANTONIO JOÃO MAIA, *Corrupção – a fraude na governação e na gestão pública*, in *Fraude em Portugal, Factos e Contextos*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 247.

¹⁴ Embora envolva um ato indevido, pode haver corrupção (classificada como imprópria) quando o agente público pratica um ato lícito, ou seja, um ato esperado dentro das suas funções. Por exemplo, a expedição de um alvará quando presentes os requisitos. Cobra-se para realizar o que seria seu dever.

¹⁵ Por exemplo, um interesse privado ilícito a ser atendido pelo agente corrupto pode ser o acesso a uma informação privilegiada, uma decisão favorável, uma “proteção” contra o poder de fiscalização estatal, a inserção de dados falsos ou a alteração ou exclusão indevida de dados corretos nos sistemas informatizados da Administração Pública.

¹⁶ Por exemplo, um interesse privado ilegítimo (mas lícito) pode ser o de ter celeridade para tramitar um pedido de alvará. E esse interesse pode ensejar o pagamento da famosa “taxa de urgência”.

¹⁷ Por exemplo, no crime de peculato previsto no art. 312º do Código Penal brasileiro, o agente público se apropria de dinheiro ou bem móvel de que tem posse em razão do cargo. Neste caso, o ato corrupto é praticado em interesse ilegítimo próprio.

¹⁸ Cfr., nesse sentido, LUIS DE SOUSA, *Corrupção*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.

O supracitado conceito busca envolver não só os grandes atos de corrupção (alguns tipificados como crime¹⁹ ou improbidade administrativa), talvez os mais prejudiciais à sociedade, mas também os pequenos atos de corrupção, provavelmente os mais difundidos²⁰, praticados não só por agentes públicos de diferentes níveis da organização administrativa, mas também por particulares. Embora seja um conceito amplo de corrupção, não abrange a corrupção privada (que inclui aquelas formas leves de corrupção, que ocorrem em diversas situações cotidianas, que, de tão comuns e enraizadas na sociedade, acabam sendo ignoradas ou toleradas – encaradas como parte do cotidiano²¹), e, por vezes, admiradas

¹⁹ Entre os “grandes atos corruptos” está o crime de corrupção em sentido estrito, na forma ativa, está previsto no art. 333º do Código Penal brasileiro, que compreende o ato de oferecer ou prometer alguma vantagem indevida ao funcionário público, com o intuito de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Por ato de ofício, entende-se aquele que esteja compreendido entre as atribuições funcionais específicas do servidor visado. É irrelevante para a consumação da corrupção ativa que o agente público realmente pratique, omita ou retarde o ato. Inclui-se também a corrupção passiva localizada no art. 317º do Código Penal brasileiro que abrange a conduta do agente público no sentido de solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão de sua posição para prática, retardo ou omissão de um ato de ofício. No direito comparado, artigos 372º a 374º do Código Penal português; artigos 419º e 427º do Código Penal espanhol; art. 432º-11 do Código Penal francês; artigos 318º e 319º do Código Penal italiano etc. Ademais, estão incluídos os demais crimes de tráfico de influência, advocacia administrativa, prevaricação, concussão, peculato, condescendência criminoso, violação de sigilo funcional, desvio de verbas públicas etc. Cfr. artigos 312º, 313º-A, 315º, 316º, 319º, 320º, 321º, 325º e 332º do Código Penal brasileiro. Em Portugal essa catalogação é feita essencialmente no Código Penal (Decreto-Lei no 400/82).

²⁰ É o caso, por exemplo, de uma simples “troca de favores” de cunho irregular entre um chefe e seu subordinado, que envolve a assiduidade e a pontualidade ao serviço. Embora existam normas disciplinando a carga horária dos servidores públicos, como nem sempre há um controle eficaz, nem mesmo pelo próprio chefe imediato, tem sido comum a prática de vários “jeitinhos” para implementar práticas de “meio expediente”, “folgas semanais” ou até de uso de “dedos de silicone” para marcar o ponto de colegas. Normalmente tudo com a anuência da chefia.

²¹ É o caso das condutas de avançar o sinal vermelho, efetuar uma conversão em local proibido, furar fila pelo acostamento em um engarrafamento, usar o celular enquanto dirige, estacionar em vagas especiais, ao receber troco a mais e não devolvê-lo, usar atestados médicos falsos para faltar ao trabalho, levar objetos de hotéis, restaurantes ou do local de trabalho para casa, usar carteirinha de estudante falsa para comprar um ingresso mais barato, baixar ilegalmente arquivos (filmes e músicas) pela internet, comprar produtos falsificados, mentir ao

e apontadas como necessárias para vencer na vida, na política ou nos negócios²².

Tradicionalmente, a prática corrupta é explicada pela conjugação de três fatores: a *oportunidade* para a prática do ato delituoso; a *pressão*, associada ao contexto de vida particular de cada servidor público²³; e a *racionalização*, entendida como a vontade e a capacidade de o sujeito equacionar a possibilidade de explorar as oportunidades que lhe são oferecidas no contexto das funções que exerce, avaliando os riscos de eventual detecção e punição pela prática dos atos corruptos, somadas, ainda, às perspectivas de ganhos e potenciais perdas²⁴.

Portanto, poder-se-ia pensar que os atos de corrupção são sempre praticados pelo Sistema 2. Contudo, isso não é verdade. Nem toda corrupção envolve a racionalidade do Sistema 2. Existe também a corrupção inconsciente praticada pelo Sistema 1, mesmo sem pressão ou racionalização.

Com efeito, as pessoas, de modo geral, ao conviverem em sociedade, buscam se comportar de acordo com o que é socialmente aprovado, observando o que as outras pessoas pensam e fazem, para internalizar suas normas

declarar o imposto de renda, deixar de emitir uma nota fiscal ou trazer produtos importados acima do limite legal sem pagar o imposto correspondente etc.

²² No Brasil, o conjunto desses pequenos atos desonestos, de burlar situações formais, burocráticas e rígidas para tentar levar vantagem, tem sido agrupado sob o rótulo “*jeitinho brasileiro*”. No passado a expressão ressaltava o “jogo de cintura” e a “habilidade de improvisar” do brasileiro diante das dificuldades. Até então era algo positivo. O tempo passou e a expressão ganhou nova conotação. Passou a significar o “*jeitinho desonesto*” de ser do brasileiro, que quer levar vantagem em tudo, de qualquer forma.

²³ É muito comum que questões pessoais ou profissionais do sujeito ou o contexto em que o agente público está inserido sejam fatores de pressão psicológica que contribuem para atos corruptos. Por exemplo, problemas de saúde ou financeiros; vícios em jogos, prostituição, álcool ou drogas; metas de produtividade no trabalho; ambição de êxito pessoal e de ascensão em sociedades com fortes desigualdades; “necessidade” de ostentar um padrão de vida superior, pressões de grupo ou da família. Cfr. PAMELA H. BUCY, ELIZABETH P. FORMBY, MARC S. RASPANTI, KATHRYN E. ROONEY, *Why do they do it? The motives, mores, and character of white collar criminals*, in *St. John's Law Review*, vol. 82, nº 2, article 1, 2008, p. 401.

²⁴ Cfr. DONALD RAY CRESSEY, *Other people's money: a study in the social psychology of embezzlement*, Glencoe, IL: The Free Press., 1953.

sociais²⁵, entre as quais está a que impõe o dever de honestidade²⁶, como condição de vida digna, virtuosa, honrada, respeitável e proba na relação com os outros²⁷. Portanto, as pessoas buscam manter um autoconceito positivo e preservar uma boa imagem social, para continuarem sendo vistas, pelos seus familiares, amigos e colegas de trabalho, como razoavelmente honestas e eficientes. Querem sentir orgulho de si mesmas²⁸. Por outro lado, as pessoas possuem a tentação de se beneficiarem ao máximo de forma imediata (“Síndrome de Gérson”²⁹), mesmo que tenham que adotar posturas desonestas. Surge aí um conflito interno de autocontrole chamado de dissonância ética.

Diante desse conflito, mesmo havendo a necessidade de preservar um autoconceito positivo, de indivíduo razoavelmente honesto e ético, é possível que pessoas (mesmo aquelas tidas como extremamente honestas e não apenas aquelas tidas como psicopatas ou altamente sem escrúpulos) pratiquem um ato corrupto. Normalmente de pequeno vulto, de forma inconsciente (decididos por estruturas cerebrais separadas da percepção consciente³⁰ e, portanto, inacessíveis a esta), conduzido pelo sistema

²⁵ Neste sentido, cfr. ERNEST Q. CAMPBELL, *The Internalization of Moral Norms*, in *Sociometry*, *American Sociological Association*, Vol. 27, nº 4, dez. 1964, pp. 391-412.

²⁶ Como consta desde os primórdios do Direito, precisamente do *Digesto* (1.1.10.1.), de DOMÍCIO ULPIANO, no *Corpus Iuris Civilis*, o homem deveria seguir três preceitos básicos: *honeste vive, neminem laedere e suum cuique tribue* [“viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu”].

²⁷ Cfr. KARL AQUINO e AMERICUS REED II, *The Self-importance of moral identity*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, Washington, v. 83, nº 6, pp. 1423-1440, dez. 2002.

²⁸ Inclusive os estudos de visualização cerebral confirmam isso ao demonstrar que ações baseadas em normas sociais ativam os mesmos “centros de recompensa do cérebro” que as comidas e bebidas preferidas ou os lucros monetários. Portanto, o cérebro produz uma sensação de prazer quando se é honesto e uma sensação desagradável quando se age de forma desonesta, mesmo quando ninguém está vendo. Cfr. N. J. BLACKWOOD, *Self-responsibility and the self-serving bias, na fMRI investigation of causal attributions*, in *Neuroimage*, nº 20, 2003, p. 1076-1085.

²⁹ Em meados da década de 80, o jornalista Maurício Dias, da revista “Isto É”, ao entrevistar o jornalista Jurandir Freire da Costa batizou como “Lei de Gérson” o desejo que grande parte dos brasileiros tem de levar vantagem em tudo, em razão de uma propaganda televisiva de 1976, em que Gérson, jogador da Seleção Brasileira de Futebol da Copa do Mundo de 1970, explica que escolheu os cigarros Vila Rica por gostar de levar vantagem em tudo.

³⁰ Cfr. LEONARD MLODINOW, *Subliminar...*, p. 26.

automático e irracional (no “piloto automático”³¹), sem que percebam que estão sendo desonestas (mantendo a própria imagem de pessoa ética) e sem perceberem de modo consciente o motivo de terem praticado tal ato³² (portanto, sem convocar o Sistema 2).

Isso ocorre porque nosso cérebro tem a habilidade de inventar uma desculpa para a nossa corrupção, não só para os outros, como para nós mesmos³³, promovendo um autoengano (que faz com que a distinção entre realidade e fantasia desapareça³⁴). Somos capazes de torcer a verdade até nos convenceremos sinceramente de não estarmos errados. E assim não prejudicamos a nossa autoimagem de pessoa honesta (o que seria psicologicamente aversivo³⁵). Tudo de forma inconsciente.

Evidentemente, embora o Sistema 2 não fique totalmente alerta, não é tão facilmente enganado. Quando a parte inconsciente distorce a realidade de alguma forma canhestra e óbvia, quando o ato desonesto é evidente, e a pessoa percebe que ultrapassou o seu limite moral interno, é o fim do jogo da autoilusão³⁶. O Sistema 2 daquele agente público honesto que quer manter um autoconceito positivo assume posição e atua para impedir o ato corrupto. Existem exceções³⁷, logicamente. Os psicopatas não terão esse freio³⁸.

³¹ Cfr. LEONARD MLODINOW, *Subliminar...*, pp. 9 e 22.

³² Cfr. DAN ARIELY, *Previsivelmente irracional: as forças ocultas que formam nossas decisões*, tradução Jussara Simões, 14ª tiragem, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 160-164; *A mais pura verdade sobre a desonestidade: por que mentimos para todo mundo: inclusive para nós mesmos*, tradutor Leonardo Abramowicz, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 25, 124 e 145.

³³ Cfr. DAN ARIELY, *A mais pura verdade sobre a desonestidade...*, pp. 25, 124 e 145.

³⁴ Cfr., sobre o assunto, HANNAH ARENDT, *Responsabilidade e Julgamento*, trad. Rosaura Einchenberg, São Paulo: Cia das Letras, 2004; *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, trad. José Rubens Siqueira, São Paulo: Cia das Letras,

³⁵ Cfr., sobre o assunto, NINA MAZAR, ON AMIR & DAN ARIELY, *The dishonesty of honest people: A theory of self-concept maintenance*, in *Journal of Marketing Research*, Vol. 45(6), 2008, pp. 633-644.

³⁶ Cfr. LEONARD MLODINOW, *Subliminar...*, p. 281.

³⁷ Evidentemente, quem adota uma filosofia moral relativista e tem um desenvolvimento cognitivo-moral mais baixo, terá, provavelmente, mais espaço para atuar de forma desonesta sem atuação desse “guardião da moralidade”, e, portanto, terá mais probabilidade de fazer escolhas imorais.

³⁸ Cfr. ANTOINE BECHARA e MONA SOBHANI, *A Somatic Marker Perspective of Immoral and Corrupt Behavior*, in *Social Neuroscience*, Vol. 6, pp. 5-6, 2011.

Mas na maior parte das vezes o Sistema 2 terá forças para impedir o ato corrupto.

É preciso, então, fazer uma análise do comportamento corrupto inconsciente das pessoas e entender melhor os principais “atalhos” mentais (mecanismos psicológicos automáticos de simplificação da informação) que influenciam nesse processo decisório e as suas principais desculpas (mecanismos psicológicos de justificação) que diminuem e neutralizam os sentimentos de culpa ao evitar verdades dolorosas e aliviar a dor do ego. São estratégias mentais que permitem ao indivíduo fugir da dissonância ética dando um jeito de se convencer que suas ações corruptas passadas ou futuras não são tão erradas assim. Para tanto, faz-se necessário analisar um rol, não exaustivo, dos atalhos e das justificações que contribuem para corrupção inconsciente:

II.1. A negação

A estratégia mental de *negação* permite um sentimento de impessoalidade e de inexistência denexo causal entre o seu comportamento e o ato corrupto que faz com que a pessoa se sinta distante (psicológica e emocionalmente), aumentando a flexibilidade com que se consegue reinterpretar e justificar atos desonestos como honestos³⁹.

A *negação do ato* faz com que a pessoa, para que não tenha que fazer dolorosas revisões de sua identidade ameaçada (de pessoa ímpolita, honesta, escoreita), realmente acredite que não praticou um ato de corrupção, muitas vezes apoiado na tentativa de construir um discurso sólido sobre a honestidade do seu ato, normalmente simulado⁴⁰ (“*eu não sabia que isso era corrupção*”). Com efeito, muitas práticas de corrupção não são consideradas como tal, seja em razão do *desconhecimento* sobre a ilicitude do ato, seja por existirem *zonas cinzentas* na interpretação desses atos, seja ainda pelo *uso de uma linguagem eufemística*. Com efeito, a fronteira entre as práticas legais e corruptas passou a ser bastante embaçada. A corrupção pública não compreende apenas aquela de suborno com uma maleta cheia de dinheiro sendo trocada por uma ação ou omissão de um agente público. Essa imagem

³⁹ Cfr. DAN ARIELY, *A mais pura verdade sobre a desonestidade...*, p. 162.

⁴⁰ Cfr. FERNANDO GIL VILLA, *La cultura de la corrupción*, Madrid: Maia Ediciones, 2008.

“clássica” é um pouco ultrapassada. Por isso, é realmente muito mais difícil o seu reconhecimento de forma inequívoca.

Nesses casos, quando o grau de flexibilidade de categorização de uma conduta é maior, as pessoas tendem a reinterpretar tais atos de maneira que melhor as atenda. Por exemplo, quando o cérebro, mesmo que inconscientemente, entende que uma situação desonesta é única, pode buscar não encaixar o ato praticado como corrupção (“*Ser corrupto apenas uma vez não é ser corrupto*”). Ademais, a pessoa pode buscar encobrir a imoralidade de seus atos corruptos, com a utilização cuidadosa de palavras e expressões que enquadram essa ação corrupta como neutra ou moral. Por exemplo, qual seria a diferença para os cofres públicos entre um agente público aceitar receber remuneração por um dia não trabalhado ou desviar o mesmo valor dos cofres públicos para sua própria conta bancária? O prejuízo é o mesmo⁴¹. O que muda é apenas o fato de a primeira conduta ser mais aceitável no serviço público (e, portanto, não enquadrada no conceito tradicional de corrupção). Assim, a possibilidade de excluir a primeira conduta do conceito de corrupção (“*foi só uma falta*”) permite a desonestidade do agente público sem que isso influencie seu autoconceito positivo.

Já a *negação de responsabilidade*⁴² envolve o convencimento da pessoa de que está participando de atos de corrupção devido às circunstâncias. Por exemplo, por estar sendo “coagida” e por isso não teria alternativa a não ser praticar tais atos. Nesse caso, a pessoa não se considera como autora da corrupção, mas, sim, como uma “vítima” que foi forçada a errar por força da ocasião (“*O que eu poderia fazer?*”). Também pode haver negação de responsabilidade quando um agente público pratica um ato corrupto para atender uma determinação hierarquicamente superior. Por achar que devia *obediência à autoridade*⁴³, o agente público acaba deixando de levar em consideração a legalidade e moralidade do próprio ato. Ocorre o eclipse

⁴¹ O problema é que nem sempre o prejuízo é só para os cofres públicos. Um “corpo mole” na execução dos trabalhos pode resultar em tragédia. Basta imaginar as diversas pessoas que perdem a vida por falta de atendimento médico em razão da falta de um médico.

⁴² Cfr. VIKAS ANAND, BLAKE ASHFORTH e M. JOSHI, *Business as usual: The acceptance and perpetuation of corruption in organizations*, in *Academy of Management Executive*, vol. 18, n. 2, 2004.

⁴³ Nota-se que os experimentos de STANLEY MILGRAM demonstraram que os seres humanos tinham uma propensão à obediência destrutiva à autoridade.

da responsabilidade pessoal pelo deslocamento da responsabilidade para a autoridade que ordenou a ação executada, fazendo com que os indivíduos ajam contra aquilo que consideram ser moralmente correto.

Essa negação de responsabilidade também ocorre quando existem *intermediários* (por exemplo, contadores, advogados e despachantes) entre cidadãos/empresas e agentes públicos, pois as pessoas se sentem menos propensas a serem repreendidas quando delegam a outros a tomada de decisões. Por exemplo, caso o intermediário seja identificado e punido por um ato corrupto, o cliente pode achar que pode manter seu anonimato, ou, se exposto, poderia negar sua responsabilidade, argumentando que o intermediário subornou por sua própria iniciativa. Além disso, as pessoas podem ver o suborno a ser realizado pelo intermediário como apenas um custo de uma troca comercial da qual eles não participam diretamente. De fato, o intermediário cria uma distância psicológica que contribui para aumentar a corrupção inconsciente⁴⁴.

É comum, também, os envolvidos em atos de corrupção desvalorizarem ou distorcerem as consequências da ação corrupta, minimizando ou evitando encarar os danos causados pela ação imoral. É a *negação do dano*⁴⁵. Com essa estratégia, as pessoas ficam convencidas de que ninguém foi ou será prejudicado por suas ações (por exemplo, quando a vítima é o Estado, a população ou quando ela não é facilmente identificável) ou que suas ações não provocaram ou não provocariam qualquer dano, ou este seria de pequena monta, portanto suas ações não seriam realmente corruptas (“*não foi nada de mais*”). Por tal razão, principalmente, as pequenas corrupções são ainda culturalmente esperadas e toleradas e aceitas no setor público, em uma espécie de cegueira deliberada em que os próprios agentes públicos não conseguem ver que uma série de atos desonestos está ocorrendo, demonstrando que a leniência com o que é errado ainda é muito grande.

Além disso, ocorre negação do dano quando as pessoas acham que alguns atos de corrupção seriam *benéficos para todas as partes*. Por exemplo, um agente público pode cobrar para acelerar a análise de um processo. A princípio, ele recebe o dinheiro e o particular tem o seu processo agilizado. As pessoas envolvidas podem entender que não há prejuízo para o Poder

⁴⁴ Cfr. MIKHAIL DRUGOV, JOHN HAMMAN E DANILA SERRA, *Intermediaries in corruption: an experiment*, in *Experimental Economics*, vol. 17 (1), pp. 78-99, março de 2014.

⁴⁵ Cfr. VIKAS ANAND, BLAKE ASHFORTH e M. JOSHI, *Business as usual...*

Público (“ninguém está sendo realmente prejudicado ou pelo menos não muito”). Contudo, esses atos, mesmo que percebidos como insignificantes, e até mesmo benéficos dados os serviços que eles fornecem, tais como tempos de espera reduzidos, provocam danos. Esses pagamentos podem fazer com que outros processos públicos, talvez mais urgentes, sejam deixados de lado. Ou podem induzir os agentes públicos a introduzirem etapas adicionais desnecessárias para solicitarem mais dinheiro.

Mais do que a negação do dano, a pessoa pode passar a acreditar que a vítima mereceu o dano (“ele mereceu isso”). É o caso, por exemplo, de um policial que busca extorquir um motorista acreditando que este estaria errado e, portanto, deveria pagar por isso.

II.2. A aceitação social

Pode-se dizer que a desonestidade é contagiosa. Transmitida de pessoa para pessoa, a desonestidade tem um efeito lento, sub-reptício e socialmente erosivo. À medida que os atos corruptos dos outros vão se repetindo em determinada sociedade ou em determinado grupo, sem punição, o “vírus da desonestidade” vai se espalhando⁴⁶. Assim, as pessoas vão mudando sua compreensão do que é eticamente aceitável e começa a haver a percepção de que alguns comportamentos desonestos seriam socialmente aceitáveis, neutralizando a consciência das implicações morais associadas às práticas corruptas.

Como a bússola moral (que orienta os julgamentos, decisões e comportamento) do agente público – de uma maneira boa ou ruim – é influenciada pelas pessoas que estão ao seu redor em seu local de trabalho ou em sociedade, as pessoas vão se alinhando com essas “normas sociais desonestas” e um novo código menos ético se desenvolve⁴⁷, formando uma subcultura desviante que aceita e valoriza atos corruptos, e que pune aqueles que não são corruptos.

⁴⁶ A falta de reprimenda em muito contribui para o patente descrédito geral, principalmente da dignidade do cargo, tanto do servidor sério e honrado, que trabalha honestamente, quanto daquele que, consciente ou inconscientemente, não trabalha corretamente. E, logicamente, aumenta o desprestígio do serviço público, desgastando-o perante os administrados.

⁴⁷ Cfr. DAN ARIELY, *A mais pura verdade sobre a desonestidade...*, pp. 171-175.

Evidentemente, esse contágio é ainda maior quando a pessoa que está sendo desonesta pertence ao seu grupo. Com efeito, esse “vírus” é ainda mais contagioso dentro de um grupo social⁴⁸ com o qual a pessoa se identifica (por exemplo, pessoas da mesma carreira, familiares, torcedores do mesmo clube de futebol), que faz com que sejam criados “casulos sociais” onde a corrupção passa a ser profundamente enraizada e endêmica na vida diária.

Esse “vírus”, se não contagiar a pessoa para torná-la corrupta, pode causar uma sensação de impotência individual nos demais para enfrentar uma cultura de corrupção, permitindo que as pessoas sejam mais corruptas (“*sempre foi assim, as coisas não vão mudar*”). Essa é, de certo modo, uma forma de pensar frequentemente aplicada ao comportamento omissivo do agente público que tem ciência de atos corruptos ocorrendo ao seu redor e se recusa a denunciar a corrupção por entender que a sua ação individual é inútil, já que não pode resolver um problema tão grande e sistêmico. É comum, nesse sentido, que argumentem que as “regras do jogo” são daquele jeito e que diante da cultura da corrupção é impossível para um indivíduo operar em qualquer outra forma e mudar alguma coisa. Nesse caso, as instituições seriam as culpadas, não as pessoas. De todo modo, deve restar claro: o agente público omissivo também é um agente público corrupto.

II.3. A tendência à reciprocidade, ao altruísmo e ao corporativismo

As pessoas costumam ser motivadas a agir de forma a *beneficiar os que estão ao seu redor (tendência ao altruísmo)*, mesmo que estranhos, mas principalmente aqueles com os quais se preocupam (família, colegas de trabalho etc.). Nesse caso, há uma propensão maior a trapacear quando a pessoa está pensando em ajudar outrem do que se estivesse pensando em se ajudar.

Isso ocorre porque as pessoas tendem a reinterpretar positivamente os seus atos corruptos focando nos benefícios altruístas ou até na sua utilidade social. Assim, um agente público pode justificar a reprovabilidade de seu ato corrupto em razão dos benefícios que ele traria para seu grupo político ou por estar a serviço de um propósito moral ou social valorizado, como a prosperidade da instituição a que pertence ou o interesse público.

⁴⁸ Cfr. DAN ARIELY, *A mais pura verdade sobre a desonestidade...*, p. 180.

Ademais, o comportamento desonesto é também mais provável em razão da inclinação para devolver favores (*tendência à reciprocidade*). Quando alguém nos beneficia de alguma forma, tendemos a nos sentir em dívida, o que faz com que a gente sinta uma pressão para retribuir esse benefício⁴⁹. No entanto, esse comportamento de desonestidade altruísta⁵⁰ é apenas uma capa para que o agente público se sinta menos culpado.

O corporativismo arraigado pode contribuir (e muito) para a corrupção inconsciente. Isso porque muitos agentes públicos fazem “vista grossa” a casos de desonestidade cometidos por colegas da sua instituição. Ademais, muitos agentes públicos evitam ser considerados traidores. No âmbito das organizações, é muito comum pessoas tidas como honestas se negarem a denunciar atos corruptos de que tenham ciência sob alegação de que não são delatores. Mesmo aqueles que não participam do ato ilícito porque, culturalmente, isso seria tido como traição.

Mais do que isso. É muito comum que os colegas, mesmo aqueles mais honestos, além de evitar denunciar atos corruptos, criem justificativas para proteger e defender aqueles que praticam atos desonestos, apenas para evitar o risco de manchar a reputação da classe. Supõem que as descobertas de eventuais casos de corrupção de colegas difamam ou desvalorizam a sua classe, fazendo com que percam força, poder e, logicamente, benefícios e privilégios (muitas vezes imorais). Isso cria uma resistência cultural enorme à prevenção e ao combate à corrupção. Moral da história: os que são dados a cometer atos de corrupção se sentem fortalecidos no seio da própria instituição.

II.4. O otimismo irreal

As pessoas nutrem um otimismo irreal. Provavelmente, todos os agentes públicos acreditam estar acima da média. São mais eficientes e honestos do que os outros. Quando instados a imaginar o próprio futuro, normalmente acreditam que têm menos chances do que seus colegas de se envolverem em uma situação de corrupção ou conflito de interesses. Quando as pessoas superestimam sua imunidade individual contra danos, pode ser que

⁴⁹ Cfr. DAN ARIELY, *A mais pura verdade sobre a desonestidade...*, pp. 57-63.

⁵⁰ Cfr. DAN ARIELY, *A mais pura verdade sobre a desonestidade...*, pp. 189-205.

deixem de tomar medidas sensatas de prevenção⁵¹ e isso pode contribuir para prática de atos corruptos inconscientes.

Ademais, a sensação de poder aumenta a hipocrisia moral das pessoas (aumenta a discrepância entre o que eles praticam e o que eles pregam). Quando alguém está investido de poder (caso de juízes e policiais), tende a considerar suas faltas menos graves, sendo mais tolerantes com as suas próprias violações, apesar de impor padrões morais mais rígidos as outras pessoas (ao se sentirem no direito de julgar os outros)⁵² (“*não existe mais honesto do que eu*”).

II.5. A comparação

Uma estratégia mental muito comum é a comparação seletiva de uma ação imoral com uma outra considerada ainda pior, tornando assim a primeira mais aceitável. A possibilidade de práticas piores (por exemplo, grandes atos de corrupção) faz com que o agente público se sinta confortável em realizar uma “pequena” corrupção (“*outros fizeram bem pior do que eu*”).

É também muito comum o agente público utilizar ações honestas passadas, bem como o tempo e o esforço acumulados em seus trabalhos, como “créditos psicológicos” para se sentirem liberados para praticarem atos corruptos posteriormente, mas que eles normalmente evitariam por medo de parecerem imorais. Trata-se de um fenômeno de autolicenciamento moral pelo qual o subconsciente do agente público aumenta a confiança em sua autoimagem moral, que tende a fazer com que ele não se preocupe tanto com as consequências de um comportamento imoral subsequente. É o que pode ocorrer, por exemplo, com um agente público que entende usar a internet para fins pessoais no trabalho, a pretexto de ter muitas horas extras acumuladas.

Ademais, a própria conduta desonesta, mesmo que pequena, pode ensejar uma conduta corrupta maior. Quando a pessoa se considera desonesta aos seus próprios olhos, pode passar a se comportar de forma ainda

⁵¹ Cfr. CASS R. SUSTEIN e RICHARD H. THALER, *Nudge...*, p. 44.

⁵² Cfr. JORIS LAMMERS, DIEDERIK A. STAPEL e ADAM D. GALINSKY, *Power Increases Hypocrisy: Moralizing in Reasoning, Immorality*, in *Behavior Psychological Science*, 21 (5), 737-744, 2010.

mais desonesta, por ter perdido a possibilidade de acreditar na sua própria honestidade⁵³. Por isso, é comum que grandes atos desonestos decorram de pequenos atos desonestos que não foram descobertos e penalizados.

II.6. A retribuição

A irritação com algo ou alguém é normalmente um fator que contribui para a pessoa justificar inconscientemente seu comportamento corrupto como se a desonestidade fosse uma retribuição ou compensação contra alguém ou qualquer coisa que o incomodou em primeiro lugar⁵⁴. Por exemplo, quando o agente público se sente injustiçado (inclusive por uma suposta falta de retribuição pecuniária adequada) pode se sentir legitimado a praticar pequenas desonestidades para compensar. É o caso também da desigualdade de tratamento, quando o agente público acha que um colega está tendo maiores benefícios do que o devido em determinado contexto.

II.7. A sensação de invisibilidade

Uma estratégia mental que contribui para a corrupção inconsciente é a sensação de invisibilidade. A sensação de segurança do corrupto em poder esconder os registros de seus atos (por exemplo, ao poder justificar seu ato corrupto como um mero erro formal no exercício da função) e de ocultar o dinheiro recebido ilicitamente (por exemplo, ao justificar o dinheiro ilícito como proveniente de trabalhos externos ou de familiares) pode fazer com que o agente sinta que nunca será descoberto.

Tal sensação ocorre também quando uma pessoa está em grupo, ou diante de um anonimato causado, por exemplo, por uma elevada burocracia organizacional. Nesse caso, pode acontecer da pessoa sentir-se isenta de responsabilidade pessoal pelos seus atos em razão de haver a percepção de que há uma irresponsabilidade generalizada, o que acaba motivando a prática de mais atos desonestos.

⁵³ Cfr. DAN ARIELY, *A mais pura verdade sobre a desonestidade...*, pp. 114-120.

⁵⁴ Cfr. DAN ARIELY, *A mais pura verdade sobre a desonestidade...*, p. 156.

Ademais, a falta de supervisão ou monitoramento, em razão de controles internos ineficazes, falhas na governança e ausência de regulamentação, também permite uma maior prática de comportamentos corruptos inconscientes. Quando as pessoas trabalham sem supervisão, sabendo que não estão sendo observadas, tendo a possibilidade de explorar uma fraqueza do sistema, elas acabam se sentindo mais inclinadas a agir de maneira desonesta⁵⁵, em razão dessa sensação de invisibilidade.

II.8. A sensação de perseguição

Por meio da ponderação social (*social weighting*), as pessoas moderam a gravidade de seus próprios erros, condenando o condenador, com a rejeição da legitimidade de quem busca punir seus atos corruptos⁵⁶. Muito comum o agente público, que se vê sendo investigado ou condenado, mesmo diante de acusações e de provas legais, condenar aqueles que o estão investigando ou denunciando, buscando criticar o motivo de estar sendo investigado, lançando dúvidas sobre a legitimidade do autor da denúncia, ou buscando afirmar que estariam sendo vítimas de perseguição por adversários políticos, deixando em segundo plano as acusações que são legalmente fundamentadas. Com essa estratégia mental, se a legitimidade de quem denuncia seria questionável, o seu argumento também o seria.

III. As intervenções sobre a corrupção pública inconsciente

Essas estratégias mentais relatadas no tópico anterior são normalmente usadas pelas pessoas para distorcer a sua interpretação dos seus atos corruptos inconscientes de uma maneira que continuem se vendo como moralmente íntegras, sem que o “guardião da moralidade” presente no Sistema 2 seja instado a atuar. Assim, uma das formas de intervir para evitar essa corrupção pública inconsciente e mudar comportamentos como

⁵⁵ Cfr. DAN ARIELY, *A mais pura verdade sobre a desonestidade...*, p. 55.

⁵⁶ Cfr. ROBERT PRENTICE, *Do Bad, Feel Good: The Peril of Rationalization*, in <https://ethicsunwrapped.utexas.edu/do-bad-feel-good-the-peril-of-rationalization>

forma de criar uma cultura de integridade no serviço público é por meio de estímulos e incentivos (*nudges*⁵⁷).

Esses *nudges* podem servir para criar outras estratégias mentais no Sistema 1 direcionadas para a honestidade ou para convocar o Sistema 2, seja para criar hábitos positivos, seja para reduzir comportamentos negativos, seja para antecipar benefícios dos comportamentos positivos, seja para remover obstáculos para os comportamentos positivos.

Citaremos três exemplos de intervenções⁵⁸ que podem ajudar a rever o comportamento corrupto das pessoas⁵⁹.

Um *nudge* muito eficaz pode ser a utilização de *lembretes morais* em momentos-chave da tomada de decisão. Quando o agente público é lembrado do seu dever de honestidade e dos valores éticos da instituição, antes do ato ocorrer, será possível ativar o tal “monitor interno da consciência”, chamar a atenção do Sistema 2 e impedir um ato de corrupção inconsciente, por aumentar a importância da moralidade e diminuir a capacidade da pessoa justificar sua desonestidade utilizando-se do Sistema 1. E este lembrete pode ser tão simples quanto pendurar um pôster de conformidade no escritório, enviar um *emoticon* ou fazer o agente público assinar uma promessa de integridade antes de se envolver em negociações⁶⁰.

Outro *nudge* importante é o que permite *dar visibilidade*, por exemplo, exigindo que o agente público explique por escrito as decisões tomadas, o que faz com que ele fique mais consciente do seu próprio processo de decisão e o torna mais consciente de possíveis vieses cognitivos automáticos

⁵⁷ Trata-se de um “empurrãozinho”, de um “cutucão” que busca mudar positivamente o comportamento das pessoas. Cfr. CASS R. SUSTEIN e RICHARD H. THALER, *Nudge...*

⁵⁸ Nesse campo, é importante frisar que as intervenções (*nudges*) possíveis sobre a corrupção pública inconsciente deveriam ser integradas em políticas de integridade pública (anticorrupção), baseadas em uma análise dos riscos de corrupção (por exemplo, identificando os agentes públicos que podem estar mais suscetíveis à corrupção), mas também nos “atalhos” e “justificações” que conduzem à conduta desonesta inconsciente.

⁵⁹ Cfr. SHAHAR AYAL, FRANCESCA GINO, RACHEL BARKAN e DAN ARIELY, *Three Principles to REVISE People’s Unethical Behavior*, in *Perspectives on Psychological Science*, 10 (6), 738-741, 2015.

⁶⁰ Sobre o conteúdo, um lembrete pode envolver, por exemplo, o fornecimento de informações corretas e socialmente significativas sobre a prevalência de tendências e comportamentos positivos. Se os agentes públicos tiverem a crença de que cada vez menos pessoas cometem atos corruptos em seu local de trabalho, menos agentes públicos podem vir a ser levados a aceitar subornos.

que poderão conduzir a decisões desonestas⁶¹; expondo publicamente as decisões tomadas, impedindo o anonimato e deixando o agente público ciente da possibilidade de um monitoramento imediato dos seus pares; ou colocando câmeras nos locais de atendimento ao público.

Por fim, o terceiro *nudge* aqui sugerido é o que serve para promover o *comprometimento*, por exemplo, buscando aumentar a motivação das pessoas para manter uma autopercepção positiva como uma pessoa honesta; ajudando a preencher a lacuna entre os valores morais e o comportamento real, aumentando a conscientização sobre os atos de corrupção, educando as pessoas sobre as situações tentadoras e ensinando-as a perceberem o impacto psicológico da dissonância ética; realizando o reconhecimento das boas condutas, por exemplo, mediante a divulgação de elogios diante de atividades honestas, que pode servir para influenciar as condutas dos demais agentes públicos; ou aplicando as punições sobre violações das condutas.

Importante esclarecer que essas intervenções comportamentais não são voltadas para os agentes públicos deliberadamente corruptos. Elas são direcionadas para aquelas pessoas que são desonestas de forma casual, mas buscam ser íntegras e precisam apenas de um pequeno “empurrãozinho” para isso. Para os corruptos “conscientes”, a investigação e a punição continuam sendo as ferramentas prioritárias. Por isto, tais intervenções comportamentais não devem buscar substituir as medidas tradicionais, mas agir de forma integrada e complementar.

IV. Conclusão

Considerando as limitações deste trabalho, é evidente que não será possível exaurir a apresentação do rol de “atalhos” e justificações que contribuem para corrupção inconsciente, nem dos *nudges* possíveis de serem aplicados. Pretende-se, diante da constatação da existência da corrupção inconsciente, apresentar uma contribuição para que o setor público comece o quanto antes a se preparar para prevenir e combater esse tipo de corrupção, oferecendo pequenos incentivos para que agentes públicos possam ativar suas consciências e busquem um comportamento honesto, contribuindo para a formação de uma cultura de integridade.

⁶¹ Cfr. DIANA ORGHIAN, GABRIEL CABRAL, ANDRE PINTO, ALESSANDRA FONTANA, *Desvio de caráter ou simplesmente humano?...*

Bibliografia

ANAND, Vikas; ASHFORTH, Blake; JOSHI, M.

— *Business as usual: The acceptance and perpetuation of corruption in organizations*, in Academy of Management Executive, vol. 18, n. 2, 2004.

ARENDRT, Hannah

— *Responsabilidade e Julgamento*, trad. Rosaura Einchenberg, São Paulo: Cia das Letras, 2004; *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, trad. José Rubens Siqueira, São Paulo: Cia das Letras.

ARIELY, Dan

— *Previsivelmente irracional: as forças ocultas que formam nossas decisões*, tradução Jussara Simões, 14ª tiragem, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 160-164.

— *A mais pura verdade sobre a desonestidade: por que mentimos para todo mundo: inclusive para nós mesmos*, tradutor Leonardo Abramowicz, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 25, 124 e 145.

AYAL, Shahar; GINO, Francesca; BARKAN, Rachel; ARIELY, Dan

— *Three Principles to REVISE People's Unethical Behavior*, in *Perspectives on Psychological Science*, 10 (6), 738-741, 2015.

BECHARA, Antoine; SOBHANI, Mona

— *A Somatic Marker Perspective of Immoral and Corrupt Behavior*", in *Social Neuroscience*, Vol. 6, pp. 5-6, 2011.

BLACKWOOD, N. J.

— *Self-responsibility and the self-serving bias*, na *fMRI investigation of causal attributions*, in *Neuroimage*, nº 20, 2003, p. 1076-1085.

BUCY, Pamela H.; FORMBY, Elizabeth P.; RASPANTI, Marc S.; ROONEY E., Kathryn

— *Why do they do it? The motives, mores, and character of white collar criminals*, in *St. John's Law Review*, vol. 82, nº 2, article 1, 2008, p. 401.

CAMPBELL, Ernest Q.

— *The Internalization of Moral Norms*, in *Sociometry, American Sociological Association*, Vol. 27, nº 4, dez. 1964, pp. 391-412.

CRESSEY, Donald Ray

— *Other people's money: a study in the social psychology of embezzlement*, Glencoe, IL: The Free Press., 1953.

DRUGOV, Mikhail; HAMMAN, John; SERRA, Danila

— *Intermediaries in corruption: an experiment*, in *Experimental Economics*, vol. 17 (1), pp. 78-99, março de 2014.

KAHNEMAN, Daniel

— *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*, tradução Cassio de Arantes Leite, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANDEL, E. R.; SCHWARTZ, J. H.; JESSELL, T. M.

— *Fundamentos da neurociência e do comportamento*, Rio de Janeiro: Prentice-Hall do Brasil, 1997;

— *Princípios da neurociência*, 4ª ed. São Paulo: Manole, 2003.

KARL AQUINO e AMERICUS REED II

— *The Self-importance of moral identity*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, Washington, v. 83, nº 6, pp. 1423-1440, dez. 2002.

LAMMERS, Joris; STAPEL, Diederik A.; GALINSKY, Adam D.

— *Power Increases Hypocrisy: Moralizing in Reasoning, Immorality*, in *Behavior Psychological Science*, 21 (5), 737-744, 2010.

MAIA, Antonio João

— *Corrupção – a fraude na governação e na gestão pública*, in *Fraude em Portugal, Factos e Contextos*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 247.

MAZAR, Nina; AMIR, On; ARIELY, Dan

— *The dishonesty of honest people: A theory of self-concept maintenance*, in *Journal of Marketing Research*, Vol. 45(6), 2008, pp. 633-644.

MLODINOW, Leonard

— *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*, tradução de Cláudio Carina, Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 48.

ORGHIAN, Diana; CABRAL, Gabriel; PINTO, Andre; FONTANA, Alessandra

— *Desvio de caráter ou simplesmente humano? Economia comportamental aplicada ao comportamento desonesto*, in *Revista Brasileira de Políticas Públicas, Dossiê especial, Indução de comportamentos (neurolaw): direito, psicologia e neurociência*, v. 8, n. 2, 2018, p. 524.

PRENTICE, Robert

— *Do Bad, Feel Good: The Peril of Rationalization*, in <https://ethicsunwrapped.utexas.edu/do-bad-feel-good-the-peril-of-rationalization>

SOUSA, Luis de

— *Corrupção*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.

SUSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H.

— *Nudge*, trad. Angelo Lessa, Rio de Janeiro, Objetiva, 2019, p. 14.

THALER, Richard H.

— *Misbehaving: A construção da economia comportamental*, tradução George Schlesinger, 1ª Ed., Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

VILLA, Fernando Gil

— *La cultura de la corrupción*, Madrid: Maia Ediciones, 2008.

Índice

| | |
|--|-----|
| Nota introdutória | 5 |
| Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance <i>Eduardo Saad-Diniz</i> | 7 |
| Notas sobre a aplicação do princípio da vedação do <i>bis in idem</i> entre processos de apuração de responsabilidade de distintas naturezas <i>Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas</i> | 43 |
| Acordos Materiais e Processuais nas Ações Cíveis Públicas Fundadas em Atos de Improbidade Administrativa <i>Humberto Dalla Bernardina de Pinho</i> | 71 |
| O Acordo de Leniência no Novo Marco Regulatório Anticorrupção do Estado do Rio de Janeiro <i>André Uryn</i> | 99 |
| Ética na gestão pública: a governança e o compliance como instrumentos de indução do comportamento probo e da prevenção do cometimento de ilícitos <i>Fabiana Morais Braga Machado</i> | 121 |
| Sobre a corrupção pública inconsciente: um contributo para uma abordagem comportamental da corrupção <i>Paulo Enrique Mainier de Oliveira</i> | 147 |

