

COORDENAÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

RUTH SANTOS

ATAS

DO I CURSO SOBRE
O COMBATE À CORRUPÇÃO
NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA


CEDIS

CEDIS CENTRO DE I&D
SOBRE DIREITO E SOCIEDADE

ATAS

DO I CURSO SOBRE
O COMBATE À CORRUPÇÃO
NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

COORDENAÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

RUTH SANTOS

ATAS

DO I CURSO SOBRE
O COMBATE À CORRUPÇÃO
NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA


CEDIS

CEDIS CENTRO DE I&D
SOBRE DIREITO E SOCIEDADE

**ATAS DO I CURSO SOBRE O COMBATE À CORRUPÇÃO
NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

COORDENAÇÃO

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO
RUTH SANTOS

EDIÇÃO

UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
CEDIS, CENTRO DE I & D SOBRE DIREITO E SOCIEDADE
Campus de Campolide
1099-032 Lisboa
PORTUGAL

MAIO 2019

ISBN

978-972-99399-9-0

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 de sobre Combate à Corrupção na Contratação Pública*, que decorreu entre 30 de outubro e 3 de novembro de 2017, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Tratou-se de uma iniciativa da Escola da Advocacia-Geral da União do Brasil (AGU) e da Associação da Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa (JURISNOVA) enquadrada em protocolo de cooperação celebrado em 2016 entre as duas instituições.

Os artigos que a seguir se publicam foram elaborados por servidores da AGU 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 um contributo relevante para o estudo do combate à corrupção na contratação pública na ordem jurídica brasileira, na medida em que incorporam perspetivas trazidas pelo direito português e pelo direito da União Europeia que foram objeto de análise detalhada durante o curso.

O curso e, consequentemente, a publicação deste livro só foi possível graças à visão e empenho da Dra. Chiara Ramos, Diretora da EAGU, que era à época da realização do Curso, e a quem deixamos uma palavra especial de agradecimento.

Lisboa, 22 de maio de 2019

RUTH MARIA PEREIRA DOS SANTOS
FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

O papel do advogado público no combate à corrupção nas contratações públicas: a técnica jurídica como instrumento eficaz de controle

The role of public attorney fighting corruption in public procurement: the legal technique as an efficient instrument of control

DIEGO PEREIRA¹

Resumo: A advocacia pública, função essencial à justiça, ocupa *status* constitucional à semelhança das demais carreiras jurídicas. Remunerado para defender o erário, ao tempo que também defende políticas públicas, o advogado de Estado possui o importante papel de defesa do ente que representa, judicial e extrajudicialmente, combatendo a corrupção na esfera pública por meio de sua consultoria jurídica. Neste sentido, as recomendações realizadas em pareceres e outras peças jurídicas, com fundamento na lei, mostram-se como medidas eficazes que combatem a corrupção, especialmente antes mesmo que a efetiva contratação ocorra. Atuando no mecanismo preventivo de corrupção, o papel ocupado pelo advogado público significa a economia de dinheiro público bem como medida profilática na corrupção, inclusive, evitando que outras instituições de cunho mais repressivo (como a polícia, o Ministério Público, o Judiciário e as Corte de Contas) dispendam maiores custos à Administração Pública.

Palavras-Chaves: Advogado Público. Corrupção. Combate. Mecanismos eficazes.

¹ Procurador Federal-Chefe da Procuradoria Federal junto à UFOB, possui pós-graduação em Direito Público pelo Instituto Unyahana/Bahia e é Mestrando em Direitos Humanos pela UnB.

Abstract: Public advocacy, an essential function of justice, occupies constitutional status in the same way as other legal careers. It is paid to defend the exchequer, while also defending public policies; the state attorney has the important role of defending the entity that represents, judicial and extrajudicially, fighting corruption in the public sphere through its legal expertise. In this sense, the recommendations, made in opinions and other legal pieces, based on the law, are shown as effective measures for fighting corruption, especially before the effective public procurement occurs. The public attorney role, acting on the preventive mechanism of corruption, means the saving of taxpayer money as well as prophylactic measures against corruption, including avoiding other repressive institutions (such as the police, the Public Prosecutor, the Judiciary and the Courts of Accounts) to pay higher costs to the Public Administration

Keywords: *Public attorney. Corruption. Fighting. Effective mechanisms.*

Introdução

O presente artigo, ao tratar do papel da advocacia pública no combate à corrupção, demonstra o papel importante de compromisso estatal, em especial do Poder Executivo, para com toda a sociedade brasileira.

É tarefa do advogado público a defesa de políticas públicas bem como a defesa do erário. E umas das formas mais eficazes de se combater o desperdício de dinheiro público se dá com a atuação feita pelos órgãos jurídicos estatais, por meio de advogados públicos.

A atuação da advocacia pública se dá tanto na via judicial quanto na via extrajudicial, em outros termos, pode o advogado público atuar tanto com o contencioso quanto com demandas de consultoria jurídica, assessorando o administrador público nas mais diversas situações que necessitem de interpretação do seu corpo jurídico.

Quando se fala em contratação pública e a necessidade de prevenção no combate à corrupção, estar-se a falar da importante atuação da consultoria jurídica.

Compete ao Procurador da respectiva entidade emitir entendimentos jurídicos que, confirmem a validade de atos administrativos sem perder de vista a necessidade de se combater a dilapidação do dinheiro público, inclusive evitando a atuação de outros Poderes.

Com isto, o Poder Executivo tem suas funções fortalecidas e livres de um dos maiores problemas que impedem o crescimento social e econômico do país.

Com isto, o objetivo deste artigo é demonstrar a importância exercida pela a advocacia pública para o combate à corrupção. Além disto, objetiva-se analisar o importante papel de prevenção exercido pelos órgãos de representação jurídica estatal, impedindo que instituições públicas como o Judiciário e o Ministério Público atuem quando já se tem a violação das regras da moralidade, consistindo em combate à corrupção quando já efetivada

Assim, inicialmente tratar-se-á do panorama do papel da advocacia pública no Brasil, inclusive com a indicação de que se trata de função essencial à justiça, especialmente ao dar importância ao trabalho desenvolvido pelas consultorias jurídicas. Destaque-se que a ênfase dada ao papel das consultorias jurídicas em contraponto à atuação litigiosa de advogados públicos, dá-se pelo fato de que neste artigo objetiva-se demonstrar o papel desempenhado pelos causídicos públicos; atuando na defesa do bem público na hipótese de contratação pública, seja ela precedida de licitação ou alocada em uma das hipóteses, previstas em lei, de contratação direta.

Na oportunidade, situo o escritor deste artigo, que, atuando na prática como advogado público lotado em uma consultoria de uma entidade pública, observa a importância exercida pelo advogado de estado quando da análise contratual pelo poder público, constatando, com precisão cirúrgica, a malversação de dinheiro público.

1. A Advocacia Pública no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal do Brasil reservou um lugar específico dedicado ao papel desempenhado pela Advocacia Pública. Compete aos advogados públicos, selecionados mediante concurso público, a defesa das entidades públicas, tanto na esfera judicial como extrajudicialmente.

Defendendo interesses públicos, judicial e extrajudicialmente, a Advocacia Pública assume importante papel ao defender que a Administração Pública preserve sempre o caminho que se coaduna com o interesse público indisponível, sendo função essencial à Justiça, pois cabem aos advogados,

privados ou não, a defesa daquele quem representa. Neste sentido, reverbera Maria Sylvia Di Pietro:

O que a Constituição quis realçar, com a inclusão dessas carreiras no capítulo das “*funções essenciais à Justiça*”, foi a importância de todas na busca da Justiça, entendida no duplo sentido: a) *Justiça como instituição*, como sinônimo de Poder Judiciário, já que este não tem legitimidade para dar início às ações judiciais, decidindo os conflitos que são postos e nos limites postos pelo advogado, pelo promotor de Justiça, pelo advogado público, pelo defensor público; sem esses profissionais, a Justiça não é acionada; ela não existe; b) *Justiça como valor*, incluída no preâmbulo da Constituição entre os valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, e que consiste na “vontade constante de dar a cada um o que é seu” (*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*).(DI PIETRO, 2016)²

Sempre que a administração pública contrata, seja por meio de procedimentos licitatório ou por meio de contratação direta, a análise procedimental em relação à juridicidade da contratação, impõe-se.

Neste sentido, a Lei de Licitações e Contratos informa em seu art. 38, parágrafo único, que “*as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração*”, ainda que ocorra contratação direta, esta obrigatoriedade de análise pelo órgão jurídico permanece.

Assim, a assessoria jurídica atua durante todo o processo da contratação pública, com análises que dependem de informações técnicas. Como se trata de órgão verificador de conformidade com a lei, as assessorias jurídicas, compostas basicamente por advogados públicos concursados, tem o importante papel de prevenção à corrupção já que tem o condão de verificar possíveis irregularidades nas contratações públicas.

Importante que se diga, ainda, que a simples atuação dos órgãos de assessoria não equivale à isenção de quaisquer irregularidades por parte da Administração Pública que contrata.

Muitas vezes, as irregularidades existentes estão inseridas dentro do que é considerado de ordem técnica, carecendo, assim, o advogado público

² Texto acessado em 07 de fevereiro de 2018. <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>.

de conhecimentos e técnicas suficientes para coibir desvios e malversação de dinheiro público.

Contudo, sempre que possível, dentro da técnica jurídica, é possível detectar falhas e recomendar seu saneamento, objetivando sempre a conformidade com a lei e por, via direta, combate à corrupção pública.

Um exemplo que merece ser destacado se dá quando a Assessoria Jurídica atua e ainda assim é detectado indícios de corrupção na contratação pública. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou um caso em que se definiu que

O fato de a dispensa de licitação e de o aditamento do contrato terem sido precedidos de parecer jurídico não é bastante para afastar o dolo caso outros elementos externos indiciem a possibilidade de desvio de finalidade ou de conluio entre o gestor e o responsável pelo parecer. STF. 1ª Turma. Inq 3621/MA, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 28/3/2017.

Nesta esteira de entendimento, percebe-se que o papel primordial exercido pelas assessorias jurídicas não é suficiente para elidir máculas de corrupção nas contratações públicas. Contudo, maioria das vezes, os mecanismos de controle do setor jurídico se mostram eficazes no combate à corrupção.

Justamente por isso, a Lei de Licitações prevê a obrigatoriedade de todo o processo de contratação pública necessitar de um parecer jurídico.

Por tudo isto, percebe-se o papel fundamental exercido pelas Procuradorias Jurídicas junto a órgãos públicos, seja prevenindo seja combatendo, *a posteriori*, a corrupção nas contratações públicas por meio de mecanismos de controle eficazes.

2. Consultoria Jurídica e mecanismos eficazes de controle no combate à corrupção

Compete às Consultorias Jurídicas o papel decisivo de invocar a juridicidade como seu instrumento de trabalho. Atuando preventivamente (controle prévio) quanto repressivamente (controle posterior), a Advocacia Pública

consegue coibir e combater a corrupção que porventura surja quando da contratação pública. Neste sentido, reverbera Di Pietro,

Além disso, é indiscutível o papel de *controle da Administração Pública* desempenhado pela Advocacia Pública na atribuição constitucional de *consultoria jurídica do Poder Executivo*. Com efeito, a Advocacia Pública participa ativamente do controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos. Isto porque, no exercício desse controle, as autoridades socorrem-se da advocacia pública. Esta não age por iniciativa própria. Ela não tem função de auditoria, de fiscal da autoridade administrativa. Ela se limita a responder a consultas que lhe são formuladas pelas autoridades, quer sobre atos que ainda vão praticar (e, nesse caso, o controle é prévio), quer sobre atos já praticados, sobre os quais surjam dúvidas quanto à legalidade (e, nesse caso, o controle é posterior). (DI PIETRO, 2016).³

Assim, sempre que a Administração Pública encaminha quaisquer atos administrativos para apreciação do setor jurídico, seja em momento anterior ou posterior à eficácia deste ato, tem-se a oportunidade de utilização de mecanismos de controle para impedir ou estancar a torneira da corrupção.

A título de exemplo, quando se emite um Parecer Jurídico no âmbito de uma licitação e se aponta a inexistência de pesquisa de preço, evita-se com isto que se contrate pelo preço acima da média, sem estabelecimento de quaisquer parâmetros.

Seja por meio de notas jurídicas, pareceres ou assessoramento do gestor, o órgão jurídico de consultoria consegue impedir que a atuação da Administração em desacordo com a lei gere um prejuízo aos cofres públicos. Portanto, as recomendações realizadas se mostram eficazes no combate à corrupção pública.

Estes exemplos culminam com o famigerado controle prévio, necessário à boa gestão pública e economia de recursos públicos. É neste sentido que se diz que o papel bem exercido pelos órgãos de controle gera tarefas que inibem os gastos públicos, uma vez que combate a existência de possível fraude e desperdício de dinheiro público.

³ Texto acessado em 07 de fevereiro de 2018. <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>.

Diferentemente, quando o ato que causa danos ao erário já ocorreu, a possibilidade de atuação agora, *a posteriori*, serve como medida de redução de impactos e recuperação de valores desviados. Contudo, trata-se de medida que não contribui com a diminuição do desperdício. A complexa máquina pública é movimentada em busca da recuperação de ativos e valores desviados. Esta modalidade de atuação da Procuradoria se assemelha ao papel exercido pelas Cortes de Conta, Ministério Público e Judiciário, de forma repressiva, o que equivale a dizer que os gastos operacionais são maiores.

Por tudo isso, observa-se que a prevenção realizada pelas Procuradorias são essências para a diminuição de gastos públicos, sem falar que se trata de medida de cunho educativo voltado para aqueles que laboram diretamente com a gestão pública. Por exemplo, as recomendações feitas em um Parecer Jurídico servem de modelo para a próxima licitação que já virá com determinado quesito atendido.

Para atuar desta forma, a Consultoria Jurídica precisa de independência em relação à autoridade que é assessorada em momento de contratação, por exemplo. Neste sentido, assevera Di Pietro

O papel do advogado público que exerce função de consultoria não é o de representante de parte. O consultor, da mesma forma que o juiz, tem de interpretar a lei para apontar a solução correta; ele tem de ser *imparcial*, porque protege a legalidade e a moralidade do ato administrativo; ele atua na defesa do interesse público primário, de que é titular a coletividade, e não na defesa do interesse público secundário, de que é titular a autoridade administrativa.

Por isso mesmo, a atividade de consultoria tem de estar fora da hierarquia administrativa para fins funcionais, ou seja, para desempenhar com independência as suas atribuições constitucionais. Tratando-se de competência absolutamente exclusiva, a atividade de consultoria afasta qualquer possibilidade de controle por órgãos superiores, ficando o órgão praticamente fora da hierarquia da Administração Pública, no que diz respeito à sua função. Ainda que os órgãos consultivos funcionem junto a ministérios e secretarias estaduais e municipais – já que integram o Poder Executivo –, eles estão fora da hierarquia, não recebem ordens, instruções, para emitir o parecer neste ou naquele sentido. Não se submetem a decisões políticas de governo que sejam emanadas ao arrepio do direito. Quem emite um parecer, tem absoluta

liberdade de apreciar a lei e de dar a sua interpretação. Isto é inerente à própria função que o órgão exerce. Ou ele é independente ou não precisa existir. (DI PIETRO, 2016).⁴

Semelhando a um papel profilático, de cunho preventivo e educativo, a Consultoria Jurídica de um órgão público possibilita a economia de recursos e os desvios em uma possível contratação pública em desobediência à lei.

Imagine a seguinte hipótese: processo licitatório é encaminhado à Procuradoria de uma autarquia para que seja emitido parecer jurídico. Ao analisar os autos administrativos, o Procurador designado observa que não há pertinência entre o objeto licitatório e a modalidade escolhida, de modo que a modalidade escolhida diminuiu a concorrência, indevidamente. Ao se recomendar uma outra modalidade, em verdade, estará evitando desvios ou beneficiamentos de possíveis contratados.

Com isto, percebe-se que o dispêndio da Administração foi muito menor do que uma possível invalidade de toda a contratação a ser realizada pelo Tribunal de Contas ou Ministério Público, por exemplo. Se esta última hipótese acontecesse, mover-se-ia todo o aparato do Poder Judiciário, consubstanciando maior gasto de dinheiro público.

À evidência, a advocacia pública, função essencial à justiça que é, possibilita uma melhor gestão de recursos públicos bem como exerce uma função educativa e de mudança de comportamento daqueles que exercem suas funções objetivando a defesa do interesse público.

Conclusão

Função essencial à justiça, a Advocacia Pública se mostra como necessária à boa condução dos princípios que regem a coisa pública. Moralidade, ética, conformidade, transparência, são fundamentos de uma gestão pública voltada para os tempos atuais de comprometimento do setor público com a lisura e probidade.

Neste aspecto, o papel exercido pelas assessorias jurídicas se evidencia à medida que impedem que recursos públicos sejam usados de forma indevida.

⁴ Texto acessado em 08 de fevereiro de 2018. <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>.

Esta atuação, por meio do combate à corrupção pública, mostra-se como medida salutar, uma vez que a economia de recursos públicos é superior ao controle *a posteriori* exercido pelos demais órgãos de controle.

O Brasil vive um momento singular em sua história e muito disto decorre do combate à corrupção com que se deu com a Operação Lava Jato. O exemplo destas operações é justamente de controle *a posteriori* de desvios públicos. Se as empresas envolvidas tivessem uma política de compliance e uma consultoria jurídica comprometida com o combate à corrupção, certamente os danos evidenciados seriam menores.

Assim, a valorização da advocacia pública é medida importante que garante a permanência da boa gestão pública no combate à corrupção sempre que se tratar de contratações públicas.

As contratações públicas se acobertam de diversas espécies de conhecimentos técnicos, dentre os quais, surge a técnica jurídica emanada pelos órgãos de assessoramento. Este conhecimento jurídico, muitas vezes, mostra-se como eficazes no combate à corrupção pública.

O papel exercido pelos advogados públicos, por meio de pareceres, notas e assessoramento direto, garante que o cumprimento à lei seja mantido e a dilapidação de recursos públicos seja evitada.

Nesta toada, escrever sobre este papel desempenhado pelos órgãos essenciais à justiça, tal qual a Advocacia Pública, se mostra como fato importante no reconhecimento profissional de uma categoria de servidores públicos que é remunerada para a defesa de políticas públicas e resguardo do erário.

Referências

- BRASIL. Constituição Federal de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- BRASIL. Lei de Licitações e Contratos. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm.
- BRASIL. Consultor Jurídico. <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Administrador que contrata empresa para reforma de ginásios em situação de emergência e que depois faz**

aditivo para ampliar o objeto pratica, em tese, os delitos dos arts. 89 e 92.

Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscador-dizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0b846c55b4bde6baae8c12a2e53ae8c7>>. Acesso em: 28/01/2018

Processo legislativo e combate à corrupção: a transparência como princípio fundamental e fonte de prevenção e controle de práticas lesivas ao erário nos procedimentos de contratação pública

CATHY MARY DO NASCIMENTO QUINTAS

Resumo: Neste breve artigo será abordado o tema da observância do princípio da transparência na técnica legislativa como instrumento de combate à corrupção. Trata-se de discutir, de forma sucinta, os limites e as possibilidades da adoção do princípio jurídico da Transparência como instrumento de prevenção de práticas lesivas ao erário, considerando sua utilização durante o processo legislativo de elaboração das normas de contratação pública, assim como na fiscalização da aplicação das leis. Parte-se da hipótese de que quanto mais claras, simples e objetivas as leis, maior será o seu grau de sucesso na prevenção da corrupção e outras condutas lesivas ao erário, à atividade administrativa e até mesmo à vida social em seu conjunto. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, em especial monografias específicas sobre o tema. Considerando-se o espaço restrito de um artigo, o texto tem por objetivo apresentar apenas uma breve introdução ao tema, com observações pontuais sobre outros princípios do Direito que, caso mais fortemente presentes no processo legislativo, podem também funcionar como mecanismos de prevenção de práticas corruptas nos procedimentos de contratação pública, assim como colaborar para viabilizar uma efetiva punição destas práticas nos casos já ocorridos. Com ênfase nos princípios da Transparência e da Simplicidade, observou-se que leis complexas estimulam comportamentos nocivos, criam mecanismos que dificultam tanto sua aplicação quanto a adoção de procedimentos fiscalizatórios, fazendo com que impere o dito popular “criar dificuldades para vender facilidades”, fato que contribui para o aumento dos níveis de corrupção na contratação pública.

Palavras-chave: *Princípio da Transparência; Processo legislativo; corrupção; combate.*

Summary: This brief article will address the issue of observance of the principle of transparency in legislative technique as an instrument to combat corruption. It is a matter of briefly discussing the limits and possibilities of adopting the legal principle of Transparency as an instrument to prevent harmful practices, considering their use during the legislative process of drafting public procurement rules, as well as enforcement. The hypothesis is that the clearer, simpler and more objective the laws, greater will be their degree of success in preventing corruption and other harmful actions to the treasury, administrative activity and even social life as a whole. For this, a bibliographical research was carried out, especially specific monographs on the subject. Considering the restricted space of an article, the purpose of the text is to present only a brief introduction to the topic, with specific observations on other principles of law that, if more strongly present in the legislative process, can also act as mechanisms to prevent practices corruption in public contracting procedures, as well as collaborate to enable an effective punishment of these practices in cases already occurred. With emphasis on the principles of Transparency and Simplicity, it was observed that complex laws stimulate harmful behavior, create mechanisms that hinder both its application and the adoption of inspection procedures, making the popular saying “create difficulties to sell facilities”, which contributes to increase the levels of corruption in public procurement.

Key-words: *Principle of Transparency; legislative process, corruption; combat*

1. Introdução

Nos meios de comunicação, redes sociais, trabalhos acadêmicos, etc, o tema do combate à corrupção surge, em regra, diretamente relacionado à atuação da polícia, do ministério público e da justiça criminal. O que se observa é que, muitas vezes, a vertente repressiva é enfatizada e ganha maior relevo do que as formas preventivas de controle e combate à corrupção.

Centenas de **escândalos de corrupção** relacionados à contratação de serviços e obras públicas estão no **cenário de graves crises políticas, econômicas e financeiras** que têm assolado o mundo globalizado, destacando-se os fatos ocorridos no Brasil e em importantes países da América Latina.

Neste breve artigo será abordado o tema da **observância do princípio da transparência na técnica legislativa como instrumento de combate**

à corrupção, com ênfase no processo legislativo destinado a produzir leis relativas aos procedimentos de contratação pública. Trata-se de discutir, de forma sucinta, os limites e as possibilidades da utilização do princípio da Transparência como instrumento de prevenção de práticas lesivas ao erário nos procedimentos de contratação pública, considerando sua cuidadosa utilização durante o processo legislativo de elaboração das normas de contratação pública e na fiscalização da aplicação das leis.

Parte-se da hipótese de que **quanto mais claras, simples e objetivas as leis, maior será o seu grau de sucesso na prevenção da corrupção e de outras condutas que causam lesão ao erário, à atividade administrativa e até mesmo à vida social em seu conjunto**. Isto porque leis complexas estimulam comportamentos nocivos, que se expressam no dito popular: “criar dificuldades para vender facilidades”. Eis aqui uma prática corrente que, ao estar presente no processo de elaboração das leis, estimula práticas corruptas.

Considerando-se o espaço restrito de um artigo, o texto tem por objetivo apresentar apenas uma breve introdução ao tema, com observações pontuais sobre os princípios do Direito que, caso mais fortemente presentes no processo legislativo, podem funcionar como mecanismos de prevenção de práticas corruptas nos procedimentos de contratação pública, assim como colaborar para viabilizar uma efetiva punição destas práticas nos casos já ocorridos.

2. Processo legislativo e princípios da contratação pública

Do ponto de vista teórico, o conjunto de técnicas e procedimentos que compõem o processo legislativo é objeto de estudo de uma ciência denominada *Legística*, como ensina LOPES (2009, p. 61). Segundo o mesmo autor (2009, p. 62), uma referência nesta área é o Relatório de Mandelkern (MANDELKERN, 2001), que propôs bases para uma regulamentação mais adequada da Legística no âmbito da União Européia. Sua contribuição teórica está fundamentada na descrição de sete princípios: Necessidade, Proporcionalidade, Subsidiaridade, Transparência, Responsabilidade, Acessibilidade e Simplicidade”.

Para a discussão do tema deste artigo, destacaremos dois deles: **a Transparência e a Simplicidade**.

O princípio da **transparência no processo legislativo**, segundo Lopes (2009, P. 61-2):

A transparência consiste na consulta e participação ativa e equilibrada dos diversos setores da sociedade afetados pela norma a ser elaborada. A presença de grupos sociais e representantes de classes nas instâncias decisórias é uma característica das nações democráticas que reforça as instituições e amplia a cidadania. Nesse sentido, a abertura à participação no Processo Legislativo promove a melhoria da qualidade da legislação por incluir nos debates as impressões trazidas pelos destinatários da mesma. Evidentemente, estes *inputs* são parciais e tendenciosos, e por vezes abrem margem a pressões e corporativismo descabidos, mas o embate parlamentar deve ser municiado com estas visões se o legislador pretende cumprir sua função de representante. No caso brasileiro, o Congresso Nacional promove continuamente grande número de comissões gerais, audiências públicas, seminários e outros eventos com essa intenção e é improvável que uma lei deixe as suas dependências sem que a sociedade seja ouvida, salvo siga regime de tramitação sumário. A transparência no Processo Legislativo é um exercício fundamental e progressivo no amadurecimento de um Estado Democrático de Direito.

Já o princípio da Simplicidade está assim conceituado (LOPES, 2009, p. 65):

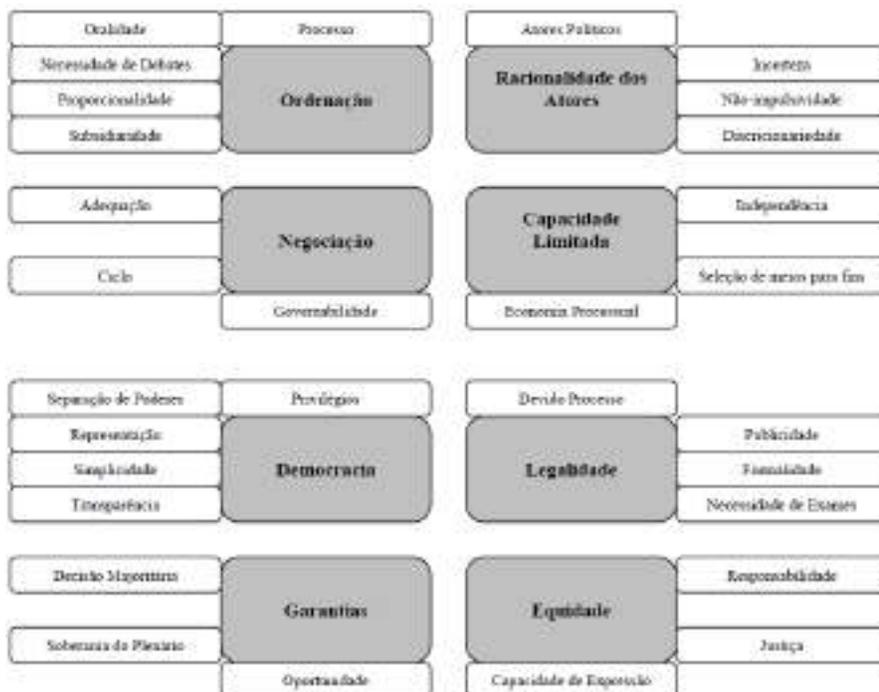
A simplicidade denota uma busca de facilitar a compreensão do significado das leis, sem que estas abram mão do detalhamento necessário. A redação de uma norma precisa obedecer a uma estrutura característica e respeitar certas formalidades, porém, dados estes limites, o texto em vigor deve ser o mais objetivo e claro possível, sem referências obscuras, conceitos herméticos ou linguajar antiquado. A imagem dos operadores do Direito como os escribas do Egito antigo, detentores do segredo de um conhecimento útil, mas mistificado, é antiquada e não condiz com a realidade dinâmica da sociedade da informação, em que esta troca de mãos e é multiplicada a cada instante. Muito tem avançado esta questão, e o ideal de objetividade alcança inclusive o processo judicial, reduzindo práticas antiquadas de formalismo excessivo. Em termos de Processo Legislativo, há espaço para esse avanço, e a atuação da burocracia legislativa é primordial, pois, na maior parte das vezes, são eles que redigem as proposições e suas emendas, que promovem os exames técnicos ao longo

da tramitação e que consolidam a versão final a ser promulgada. Portanto, a simplicidade é um princípio aplicável ao Processo Legislativo em sua esfera técnica, pois as alterações promovidas precisam ser exclusivamente formais, praticadas por burocratas e não por parlamentares.

Note-se, assim, que o princípio da Transparência, na fase do processo legislativo, está diretamente relacionado à participação popular, o que implica necessariamente na realização de sessões públicas de discussão das matérias que serão submetidas à votação. Já o princípio da Simplicidade privilegia a clareza e objetividade das normas, sem retirar-lhes o caráter técnico e juridicamente válido.

Registre-se, por oportuno, que os **princípios da Simplicidade e da Transparência**, no estudo monográfico realizado por Lopes (2009, p. 88), estão diretamente relacionados à **Democracia**, considerada esta um princípio nucleador:

Figura 6 – Princípios nucleadores e vinculação aos demais princípios



Conclui-se, assim, que tais princípios são fundamentais em um Estado Democrático de Direito, no qual todos os membros de uma sociedade estão submetidos ao império da lei e que exige, para seu adequado desenvolvimento, o ataque a todas as formas de corrupção que atinjam a ética, notadamente as que causam lesão direta ao erário.

Para melhor compreensão da relação entre os princípios da transparência e da simplicidade e estratégias de combate à corrupção, faz-se necessária a apresentação de algumas definições.

No Brasil, o crime de **corrupção passiva**, classificado como crime cometido por funcionário público contra a administração em geral, está previsto no art. 317 do Código Penal:

Art. 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Portanto, é crime próprio – só pode ser cometido por funcionário público.

Já o crime de corrupção ativa tem previsão no art. 333 do mesmo diploma legal, pode ser cometido por qualquer pessoa mas que é, em regra, um agente privado. Sua tipificação está no ato de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. É crime o simples oferecimento ou promessa, independentemente da ação ou omissão do funcionário. Se estas ocorrerem são causas de aumento de pena, na razão de 1/3.

A regra geral para a efetivação da contratação pública é a existência de um processo de licitação, ao longo do qual são praticados inúmeros atos administrativos. Considerando-se que a regra geral é de que os contratos da administração pública operem com valores expressivos, encontra-se aí um terreno fértil para o desenvolvimento de práticas corruptas e atos lesivos ao erário.

Os procedimentos de contratação pública, além de obedecerem aos princípios gerais¹ expressos do Direito Administrativo – legalidade,

¹ O espaço limitado de um breve artigo introdutório não permite uma discussão mais aprofundada sobre uma teoria geral dos princípios, tampouco o detalhamento de cada um dos princípios que regem o Direito dos Contratos Públicos; pelas razões expostas, a exposição estará limitada ao *princípio da transparência*, que está sendo tomado como o princípio fundamental nos temas ligados ao controle e combate à corrupção.

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência –, assim como aqueles reconhecidos pela doutrina e jurisprudência – supremacia do interesse público, autotutela, indisponibilidade, continuidade dos serviços públicos, segurança jurídica, precaução, razoabilidade e proporcionalidade², devem observar princípios correlatos, conforme observa Carvalho Filho (2013, p. 298). São princípios correlatos o da competitividade, o da igualdade (isonomia). Os princípios da **transparência** e da **concorrência** são fundamentais na contratação pública.

Uma das questões trabalhadas neste texto está relacionada a uma reflexão sobre uma fase anterior ao próprio procedimento de licitação, circunstanciada durante o processo de discussão e deliberação das leis que regem os processos de seleção para contratação pública: **seria possível, na fase de criação das leis e outros normativos que regulam a contratação pública, dotar esta regulação de características que colaborassem de forma mais efetiva para o combate à corrupção ?**

Uma especial atenção à observância dos **princípios do processo legislativo** poderia colaborar para a efetiva implementação de medidas de combate à corrupção? Esta é uma das indagações que norteiam este texto.

Segundo Ribeiro (2011, p. 14), “os princípios do processo legislativo são normas gerais, abstratas, fundamentais, fontes primeiras das regras que regem a deliberação política nas Casas Legislativas”. Note-se, pois que são **informadores dos processos decisórios**. Como afirma a mesma autora, a “compreensão do funcionamento de um sistema político perpassa não apenas as decisões finais ou sua implementação”. Muitas vezes é preciso compreender e identificar os princípios informadores do processo legislativo que foram (ou poderiam ter sido) os norteadores das decisões para que os propósitos e a efetividade de determinada regulação legislativa possam ser otimizados. Nas palavras de Ribeiro:

O estudo dos princípios informadores do processo legislativo procura identificar os valores iniciais que norteiam os legisladores no processo de deliberação que visa, por meio da instituição de uma regra, a edição de uma lei, ou a implementação de uma política pública, ou a tomada de uma decisão política como resposta às demandas sociais, as quais constituem o ponto de partida, o *input*, de uma legislação ou deliberação do Parlamento.

² Sobre os princípios, ver FILHO, pgs. 18 a 43.

No modelo explicativo da fraude e da corrupção elaborado por Cressey (1953), citado por Maia (2016, p. 9 e ss), três fatores fundamentais podem ser identificados no denominado “triângulo da fraude”:

1. **Oportunidades** para a prática de atos de natureza fraudulenta;
2. **Racionalização** relacionada ao risco percebido de eventual detecção e punição pela prática do ato (vontade e determinação);
3. **Pressão** no contexto da vida particular do indivíduo (dívidas, jogo, consumos, etc).

Note-se que os itens 2 e 3 – **racionalização e pressão** – são fatores que estão na esfera da **subjetividade**. Já o item 1 – **oportunidades para a prática dos atos fraudulentos** – são situações concretas, de alto grau de **objetividade**, que podem ser submetidas a certo controle externo, “incentivadas” ou reprimidas pela legislação. Assim, no modelo ficam explicitadas as duas dimensões que operam no triângulo da fraude, como refere Maia (2016, p. 10): uma **dimensão pessoal, subjetiva** (onde acontecem a racionalização e a pressão) e outra **dimensão organizacional, objetiva** (onde se fortalecem ou enfraquecem as oportunidades para prática de atos fraudulentos). O modelo pode ser visualizado no gráfico:



Dentre estes fatores, a pressão opera como fator com potencial facilitador, enquanto a **racionalização e as oportunidades** são **fatores determinantes** para a prática da corrupção:



Tomando-se o processo legislativo como fator importante na prevenção e repressão à corrupção, um ponto fundamental do modelo de Cressey é a identificação da estratégia preventiva do modelo:



Conforme relata Maia (2016, p. 18), as oportunidades de ação fraudulenta ocorrem principalmente em “áreas de risco”, que são aquelas áreas e funções do serviço público que “oferecem maior exposição à ocorrência de atos desta natureza”, citando como exemplos setores de “processamento de valores monetários, exercício de funções com poderes discricionários, contratação pública, de aprovação e licenciamento de projetos e de fiscalização”. Segundo o mesmo autor, “os atos de corrupção traduzem informalidades, por contrariarem as normas, os procedimentos administrativos e o regular funcionamento dos serviços”.

Exatamente aí se situa a importância de elevar os **princípios da transparência e publicidade** dos atos administrativos ao patamar de fatores

basilares na elaboração e implementação das leis, de tal forma que se possa aferir a observância das formalidades e procedimentalização na execução destes atos e constatar sua conformidade ao Direito.

Nota-se que a **ação sobre as oportunidades** para a prática de atos de natureza fraudulenta é o único fator sobre o qual é possível uma incidência e controle diretos através da legislação, uma vez que a identificação das áreas de risco (comportamentos e situações potencialmente incentivadoras ou permissivas em relação à corrupção) permite a adoção de medidas preventivas (e em um segundo momento, também punitivas).

Em se tratando especificamente da contratação pública, considerando que a existência de concorrência é, como regra geral, fundamental a observância dos princípios da transparência e publicidade dos atos. Como explicita Sanchez (2017, p. 16), a publicização dos anúncios de procedimentos licitatórios é o primeiro requisito para que se possa qualificar como “concorrencial” um procedimento de contratação pública.

Conforme também enfatiza Lopes (2017, p. 16-7), a pouca transparência e as dificuldades no acesso à informação estão entre os fatores que favorecem a corrupção. Como destaca a autora, a **promoção de simplicidade, legalidade, clareza e transparência nos procedimentos** deve ser uma das principais recomendações aos responsáveis pela contratação na administração pública.

Conclui-se, desta forma, que a **ação direta sobre as oportunidades de prática de atos potencial ou efetivamente fraudulentos** é a principal esfera de atuação da lei, seja durante o processo de sua elaboração (processo legislativo) ou em fase de implementação.

3. O combate à corrupção na legislação de contratação pública: Brasil e Portugal

Não há dúvidas de que a legislação, por si só, não tem poder para impedir ou punir integralmente a corrupção, dada a complexidade de suas origens. Conforme nos ensina MAIA (2016, p. 5), são vários os fatores explicativos da ocorrência da corrupção, dentre os quais:

1. Opacidade burocrática dos procedimentos administrativos (excesso de burocracia e pouca transparência);

2. Relação de conivência que tolera tanto a “pequena” corrupção (administrativa) quando a grande corrupção (política);
3. Sensação de que o criminoso não está fazendo o mal: falsa avaliação de que a corrupção é um “crime sem vítima”, quando na verdade provoca o “empobrecimento” do Estado, com desvio de recursos públicos e, conseqüentemente, falta de recursos para atividades essenciais e implementação de políticas públicas, o que vitimiza a sociedade como um todo e algumas pessoas, diretamente atingidas por esta privação de dinheiro, em especial;
4. Avaliação de prevalência da impunidade, na medida em que há uma tendência para a não denúncia, seja pela existência de acordos selados por “pactos de silêncio”, seja por receio de represálias, por parte das testemunhas;
5. As práticas corruptas são de difícil detecção e comprovação criminal: são crimes “de gabinete”, geralmente sem testemunhas e sem rastros.

Maia (2016, p. 8) também identifica quais são, em Portugal, os diplomas legislativos que reconhecem a ética (valores), a conduta (práticas adequadas aos valores) e a transparência (procedimentos claros, que traduzam os valores da ética e condutas adequadas) como fatores de prevenção da fraude e da corrupção:

1. Constituição da República Portuguesa (artigos 266º a 271º);
2. Carta Ética da Administração Pública – 10 princípios éticos
3. Código de Boa Conduta Administrativa do Provedor de Justiça;
4. Decreto-lei n.º 73/2014, de 13 de maio (Modernização e Simplificação Administrativa – artigo 2º);
5. Lei n.º 35/2014, de 20 de junho (Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – artigos 24º, 42º, 70º, 71º, 72º e 73º);
6. Decreto-lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro (Código do Procedimento Administrativo – artigos 3º a 16º);
7. artigo 1.º/4 do CCP/1.º-A/1 do NCCP (em destaque abaixo).

Desde primeiro de **janeiro de 2018** está em vigor, em Portugal, o Novo Código de Contratos Públicos (NCCP). Trata-se da transposição das diretivas europeias de 2014 (texto de 2015) para a legislação interna. Nele há **previsão expressa de mecanismos e procedimentos de combate à**

corrupção e ao desperdício. O princípio da transparência encontra-se previsto no artigo 1.º/4 do CCP/1.º-A/1 do NCCP.

As Diretivas Europeias de 2014 firmaram-se no sentido de uma economia mais verde, inovadora e inclusiva do ponto de vista social. Ao mesmo tempo que houve a prescrição de observância da **simplificação, desburocratização, transparência e flexibilização da legislação**, enfatizaram que **estas características não deveriam levar à desprocedimentalização, sob pena de vulnerabilizar mecanismos de controle.**

No entanto, apesar das prescrições e da consciência acerca do fato que os excessos e a complexidade da legislação são fatores que induzem e facilitam práticas corruptas, enquanto as Diretivas de 2004 continham 500 artigos, as de 2014, apesar da prescrição de simplificação e desburocratização, vieram acrescidas de 60 artigos, fator que pode levar ao surgimento de contradições insanáveis, dado o grau de complexidade e volume de prescrições.

A elaboração de uma legislação clara, a profissionalização de quem decide em nome da administração e a previsão de mecanismos de fiscalização e controle são os principais aspectos que contribuem para o combate à corrupção.

A promoção da transparência e da publicidade, no entanto, também deve fazer parte dos procedimentos internos das empresas que contratam com a administração pública e atingir os funcionários públicos estrangeiros, como prevê o art. 8 da Convenção da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) contra o suborno transnacional:

Artigo 8 – Contabilidade

1 Para o combate efetivo da corrupção de funcionários públicos estrangeiros, cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias, no âmbito de suas leis e regulamentos sobre manutenção de livros e registros contábeis, **divulgação** de declarações financeiras, e sistemas de contabilidade e auditoria, para proibir o estabelecimento de contas de caixa “dois”, a realização de operações de caixa “dois” ou operações inadequadamente explicitadas, o registro de despesas inexistentes, o lançamento de obrigações com **explicitação** inadequada de seu objeto, bem como o uso de documentos falsos por companhias sujeitas àquelas leis e regulamentos com o propósito de corromper funcionários públicos estrangeiros ou ocultar tal corrupção.

Com a intensificação das relações internacionais e o avanço da globalização, o problema da corrupção atingiu escala mundial. Diante disso, o Estado brasileiro vem ampliando e fortalecendo sua relação com outros países, visando à cooperação e à integração na prevenção e no combate à corrupção. Com esse objetivo, o Brasil já ratificou três Tratados que preveem a cooperação internacional nessa área: a Convenção Interamericana contra a Corrupção, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Em todos estes tratados, o princípio da transparência tem lugar de destaque.³

É muito importante ressaltar que a ênfase nos princípios da transparência e da simplicidade enfatiza a valorização da produção de leis que promovam o combate à corrupção, tanto na esfera preventiva quanto repressiva. Da mesma forma, também valoriza o papel do gestor público nesta tarefa, na medida em que cabe a ele, conforme destaca LOPES (201, p. 19), promover a transparência, observando os deveres de zelar pela regular prestação de contas, contribuir para a fiabilidade da informação financeira e promover a transparência das operações e atividades.

4. Considerações Finais

A preocupação com a permanente observância dos princípios da transparência e da simplicidade durante o processo legislativo de elaboração das leis em geral, e das normas relativas à contratação pública em particular, é um importante mecanismo de controle e combate à corrupção.

Assim, ao elevar o princípio da Transparência (procedimentos claros) ao patamar de referência e pedra fundamental no combate à corrupção, torna-se possível uma avaliação de congruência entre ética (valores) e conduta (práticas adequadas aos valores).

É notório que a legislação tem limitações para incutir uma determinada ética em cada indivíduo e pode ter dificuldade para controlar todas as condutas, mas ao prever a **transparência** como exigência fundamental, tanto durante o processo legislativo (procedimento de elaboração das leis) como

³ Em razão da limitação do escopo do presente artigo, não trataremos os detalhes do princípio da transparência em cada um destes diplomas legais.

na fase de implementação dos procedimentos de contratações públicas, torna-se possível a **identificação dos riscos** que possam ameaçar a lisura da contratação. Consequentemente, criam-se maiores oportunidades para exercer o controle, tanto o prévio quanto o posterior, das condutas dos agentes públicos que operam com contratações públicas.

Assim, resta claro que é necessário que se reconheça, na própria legislação, a relevância da **transparência como princípio norteador** de todos os procedimentos e atos administrativos que envolvam a contratação pública (desde a elaboração das leis até a efetiva implementação), de tal forma que possam ser exigidos parâmetros objetivos de conduta que visem preservar o interesse público, a lisura dos procedimentos e o erário.

Pode-se concluir, com fundamento no exposto, que a existência de **oportunidades** para a prática de atos de natureza fraudulenta é **fator determinante** na proliferação da corrupção. Tratando-se de fato que tem natureza objetiva, relacionado a acontecimentos – oportunidades – que operam na dimensão organizacional (e não pessoal), a identificação das chamadas “áreas de risco” possibilita a adoção de medidas preventivas, previstas em lei.

Referências

- BRAGA, Marcus A. *Integração e cooperação entre instituições do Estado Brasileiro no combate à corrupção*. Monografia (especialização) – Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados e Universidade do Legislativo Brasileiro (Unilegis), do Senado Federal, Curso de Especialização em Orçamento Público. Brasília: 2008 Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177992> Acesso em 31/01/18
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. SP: Atlas, 2014 27ª ed. Disponível em https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37981135/Manual_de_Direito_Administrativo_-_Jose_Carvalho_Filho_-_2014.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1517067747&Signature=K6%2F88IoRn4cf3IdYa%2BmjVsvMaVI%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DManual_de_Direito_Administrativo_-_Carva.pdf Acesso em 30/01/18

- CRESSEY, D. (1953), *Other people's money: A study in the Social Psychology of embezzlement*. Glencoe: Free Press; 1953.
- D'ABADIA, Bruno M. *Panorama do controle e da transparência na administração pública*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados: 2015. Disponível em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/26699> Acesso em 31/01/18
- LOPES, Fabio Almeida. *Princípios do Processo Legislativo: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica*. Brasília: Cefor, 2009. Disponível em https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEWjfpuyInIfZAhXIUZAKHaUzAFwQFggoMAA&url=http%3A%2F%2Fbd.camara.gov.br%2Fbd%2Fbitstream%2Fhandle%2Fbdcamara%2F3638%2Fprincipios_processo_legislativo.lopes.pdf%3Fsequence%3D5&usq=A0vVaw2sIpHz-pcYbuhrGuZ4S4Kg Acesso em 02/02/18
- LOPES, Helena A. *Contratação pública: controlo financeiro e combate à corrupção*. Material de apoio do Curso de Extensão “Mecanismos de controle e combate à corrupção na contratação pública”. Lisboa, Universidade Nova de Lisboa, Novembro/2017
- MAIA, António J. *A ética e a prevenção da fraude e da corrupção*. Lisboa: Observatório de Economia e gestão de fraude/UAL. 2016 Disponível em <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2016/01/A---TICA-E-A-PREVEN----O-DA-FRAUDE-E-DA-CORRUP----O.pdf> Acesso em 26/01/18
- ____ *Fatores organizacionais explicativos da corrupção*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2015. Disponível em <https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/12741> Acesso em 30/01/18
- MANDELKERN “Group on better regulation”. **Final Report**, 2001. Disponível em: http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/key_docs_en.htm
- RIBEIRO, Tamara D. *Os princípios do processo legislativo e a emenda de redação do Senado ao Projeto de Lei Ficha Limpa*. Brasília: Cefor. 2011. Disponível em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8688> Acesso em 29/01/18.
- SÁNCHEZ, Pedro F. *Os princípios gerais da contratação pública*. Material de apoio do Curso de Extensão “Mecanismos de controle e combate à corrupção na contratação pública”. Lisboa, Universidade Nova de Lisboa, Outubro/2017
- BRASIL. *Convenção da OCDE contra o suborno transnacional*. Ministério da transparência, fiscalização e controle. 2016. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>. Acesso em 02/02/18

Deontologia jurídica do chief compliance officer no Brasil: articulação entre os atores públicos e privado na execução da política pública de enfrentamento da corrupção transnacional

Legal deontology of chief compliance officer in Brazil: articulation between public and private actors in the implementation of the public policy to face transnational corruption

POR IVJA NEVES RABÊLO MACHADO

Resumo: A partir da análise da modelagem normativa, regulatória e de controle dos programas de *compliance* transplantados pela Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção Brasileira –, este artigo se propõe a analisar uma deontologia jurídica aplicável ao *Chief Compliance Officer*. Com aporte nos regramentos internacionais – *hard* e *soft law* – que conformaram a internalização dos programas de *compliance* anticorrupção no Brasil, evidenciam-se os limites a serem observados na tradução dos direitos e deveres aplicáveis ao *Chief Compliance Officer* – CCO, com vistas a superar possíveis distorções na política pública e potencializar a contribuição desse profissional na configuração, implementação e execução de programas de *compliance* anticorrupção efetivos no Brasil. Aponta-se que a regulamentação de *standards* mínimos de atuação do CCO pode contribuir para a redução de assimetrias decorrentes do transplante legal dos programas de *compliance*, ao conferir segurança jurídica, minimizar riscos penais, fortalecer a inserção de novas ferramentas anticorrupção e assegurar que o *Chief Compliance Officer* seja percebido como ponte entre os atores público e privado no bojo da política de enfrentamento da corrupção transnacional. Conferem substância à análise, a revisão de literatura em produções acadêmicas brasileiras e internacionais, julgados relevantes à temática e *surveys* produzidos por associações privadas de atuação internacional.

Palavras-chave: *Chief Compliance Officer; Corrupção Transnacional; Transplantes legais; Política Pública.*

Abstract: Based on the analysis of the normative, regulatory and control modeling of the compliance programs transplanted by Law no. 12.846 / 2013 – Brazilian Anti-Corruption Law, this article proposes to analyze a legal deontology applicable to the Chief Compliance Officer. With the support of the international regulations – hard and soft law – that conformed the internalization of anti-corruption compliance programs in Brazil, the limits to be observed in translating the rights and duties applicable to the Chief Compliance Officer (CCO) are evident, with a view to overcoming possible distortions in public policy and enhance the contribution of this professional in the configuration, implementation and execution of effective anticorruption compliance programs in Brazil. It is pointed out that the regulation of minimum standards of operation of the CCO can contribute to reduce asymmetries resulting from legal transplantation of compliance programs, by providing legal certainty, minimizing criminal risks, strengthening the insertion of new anticorruption tools and ensuring that the Chief Compliance Officer to be perceived as a bridge between public and private actors in the context of the policy of confronting transnational corruption. They give substance to the analysis, the literature review in Brazilian and international academic productions, judged relevant to the topic and surveys produced by private associations of international action.

Keywords: *Chief Compliance Officer; Transnational Corruption; Legal transplants; Public policy.*

1. Introdução

O presente artigo objetiva, a partir de uma síntese das modelagens normativa, regulatória e de controle dos programas de *compliance* transplantedos pela Lei n. 12.846/2013 – aqui denominada de Lei Anticorrupção Brasileira– examinar a deontologia¹ jurídica aplicável ao *Chief Compliance*

¹ O termo deontologia deriva da junção entre as palavras gregas “déon, déontos”, que significa dever, e “lógos”, que se traduz em discurso ou tratado. Nesse sentido, o termo deontologia expressa o tratado do dever ou conjunto de deveres e direitos, princípios e normas adotadas

Officer – CCO, por se tratar de profissional responsável pela configuração, implementação e execução dos programas de *compliance* anticorrupção no âmbito empresarial.

Tendo em conta o papel do direito e do jurista na conformação e implementação de políticas públicas, pretende-se compreender os direitos e deveres aplicáveis ao *Chief Compliance Officer* segundo o desenho de política pública internalizado pela Lei Anticorrupção, a fim de mitigar assimetrias, situar o Direito como mecanismo de calibragem e autocorreção operacional da política² e, com isso, contribuir para a efetividade dos programas de *compliance*, enquanto novel ferramenta da política pública brasileira de enfrentamento da corrupção transnacional.

Entende-se que quatro aspectos relacionados à conformação da política pública anticorrupção brasileira, apesar de impactar na compreensão deontológica do *Chief Compliance Officer*, têm sido negligenciados ou mal compreendidos por parcela da literatura nacional: 1) a recente inserção do problema público corrupção transnacional, em todas as suas nuances, na agenda nacional e internacional; 2) o deslocamento do eixo repressivo de enfrentamento da corrupção para o eixo preventivo da sociedade de risco; 3) o compartilhamento facilitado de tecnologia jurídica entre atores globais, a favorecer a formatação de estratégias conjuntas de enfrentamento da corrupção, calcadas em efetividade; 4) percepção dos *stakeholders*³ de que o problema público corrupção demanda envolvimento e colaboração do setor público (Estado) e do setor privado (empresas).

Malgrado denote problema público recorrente, o foco de análise e enfrentamento da corrupção transnacional difere do comumente empreendido: enquanto em âmbito nacional se pretende assegurar a moralidade

por determinado grupo ou profissional. É nesse sentido que o termo é adotado neste trabalho. Note-se, contudo, que a expressão anglo-saxônica “*professional ethics*” por vezes é utilizada como sinônimo de deontologia, a despeito do conteúdo ético não se reduzir à deontologia.

² COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (orgs). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp, 2013, pg.193-199.

³ A literatura compreende o termo “*stakeholders*” como o conjunto de pessoas físicas ou jurídicas que afetam ou são afetadas pela atividade de uma organização. Nesse sentido, caracterizam-se como *stakeholders* os proprietários, gestores, acionistas, funcionários, colaboradores, fornecedores, clientes, dentre outros. No âmbito do *compliance* anticorrupção, portanto, o Estado pode ser visto como *stakeholder*.

pública, em âmbito internacional, objetiva-se garantir o equilíbrio do mercado global. Afora isso, não se pode olvidar o caráter transfronteiriço dos normativos que regulam o fenômeno da corrupção, sendo certo que em um contexto de globalização econômica, empresas transnacionais – corporações – além de diretamente suscetíveis aos regramentos de *soft* e *hard law*⁴, detêm as condições necessárias à configuração, implantação e execução de um programa de *compliance* anticorrupção robusto.

A publicação da Lei n.12.846/13 – “Lei Anticorrupção”, além de suprir lacunas normativas internas quanto à responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas que praticam atos contra a administração pública nacional ou estrangeira, inaugurou nova modelagem normativa, regulatória e de controle com a previsão dos programas de *compliance*⁵ anticorrupção.

Nesse contexto, natural que os países recorram ao transplante ou compartilhamento de institutos ou de tecnologia jurídica advindos de ordenamentos jurídicos distintos⁶. Importa, pois, examinar como ou em que medida os novos instrumentos de enfrentamento da corrupção transnacio-

⁴ A expressão “*hard law*” é empregada para designar as normas de direito internacional que, em concreto, demandam atuação positiva dos Estados-Parte, sob pena de incidência de alguma sanção. No caso, os acordos e convenções internacionais se incluem nesse grupo. Diferentemente do termo “*hard law*”, a expressão “*soft law*” faz referência aos instrumentos elaborados por Estados e atores não estatais, não vinculantes juridicamente, mas que influenciam a conduta dos Estados, das organizações internacionais e dos indivíduos. Sobre a distinção, MACHADO, Máira Rocha. Internacionalização do direito penal. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: *Direito GV*, 2004, p.45

⁵ Etimologicamente a palavra *compliance* deriva do latim *complere* e o seu significado está ligado à vontade de fazer o que foi pedido, ou de agir ou estar em concordância com regras, normas, condições. A literatura costuma fazer remissão ao verbo anglo-saxão “*to comply*”, que significa o agir conforme uma regra, um comando e/ou um regulamento. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica*. Eguzkilore Cuadernos del Instituto Vasco de Criminologia, n.23, p.120. Apesar da Controladoria – Geral da União – CGU adotar como terminologia “programa de conformidade ou de integridade”, adotar-se-á neste trabalho o termo “programa de *compliance*”, por se tratar de terminologia consagrada na literatura internacional e a fim de facilitar futuras pesquisas.

⁶ ALAGNA, Sergio. 2009 apud TOMAZETTE, Marlon. *Direito societário e globalização: rediscussão da lógica público-privada do direito societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014, p.58.

nal – programas de *compliance* – podem ser internalizados em consonância com o desenho da política pública forjado na agenda internacional.

Para o escopo desta análise, a expressão “transplantes legais” ilustra bem a inserção dos programas de *compliance* no contexto brasileiro. A expressão “transplantes legais” foi concebida em 1974 por Alan Watson⁷ para indicar o movimento de uma norma jurídica ou de um sistema legal de um país para outro, ou de um grupo de pessoas para outro. Parcela da literatura faz alusão à construção de um direito global como resultado do transplante ou intercâmbio de institutos jurídicos de um ordenamento jurídico para o outro.

Com razão, no quadro de governança global, integram o conjunto normativo do *compliance* anticorrupção fontes de *hard e soft law*, tais como leis, recomendações, diretivas, tratados e convenções. Distintos atores influenciam, formal ou informalmente, a formatação de políticas públicas locais de enfrentamento da corrupção. Apesar do envolvimento dessa rede institucional de atores robustecer os desafios inerentes à política anticorrupção, de outra sorte, fomenta a internalização de mecanismos alinhados à agenda econômica e a ideia de conferir papel ativo aos atores privados envolvidos em atividades sujeitas a risco de corrupção.

Bem por isso, os programas de *compliance* anticorrupção fomentam a autorregulação privada⁸, por considerar que rotinas e procedimentos de prevenção e controle serão melhor formulados por aqueles que possuem conhecimento específico do segmento econômico empresarial, do nível de relacionamento com o setor público e dos fatores de risco pertinentes⁹.

Não obstante as vantagens relacionadas à mitigação da burocracia estatal como vetor de eficiência e de estratégia de enfrentamento da corrupção, o desmantelamento de diversos escândalos financeiros envolvendo empresas gigantes do comércio internacional (Enron, *WorldCom*, Parmalat, Banco

⁷ WATSON, Alan. *Legal Transplants: an approach to comparative law*. Second Edition. The University of Georgia Press, 1993, p.21ss.

⁸ A rigor, não existe homogeneidade nas experiências de autorregulação existentes. De acordo com Arroyo Jiménez, abarcam regulamentos internos de conduta, códigos de autocontrole, sistemas de normatização industrial, certificações, dentre outros. ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Introducción a la autorregulación. In: ARROYO JIMENÉZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008, p.19.

⁹ Entende-se “risco” como qualquer evento ou ação – interno ou externo – que represente ameaça, dificulte ou impeça a organização de atingir seus objetivos.

Barings dentre outros), relacionados à corrupção e à falta de transparência de informações corporativas fomentou o debate sobre o nível adequado de controle estatal bem como os meios disponíveis ao padrão regulatório da atualidade.

Nessa quadra, o estudo sobre os pressupostos e razões para atuação efetiva do *Chief Compliance Officer* se afigura essencial, notadamente pelos desafios relacionados à traduzibilidade deontológica dos direitos e deveres que lhes são aplicáveis, considerados o transplante legal sedimentado na Lei n. 12.846/2013 e o crescimento de normatizações nacionais e internacionais preconizando diversos deveres de *compliance* aos setores econômicos considerados de maior risco à prática de corrupção¹⁰.

O espectro de atribuições, poderes e deveres¹¹, graus de responsabilidade, inclusive penal, e de aproximação com autoridades estatais do *Chief Compliance Officer* ainda não foi claramente analisado no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, tanto a Lei Anticorrupção quanto o seu decreto regulamentador (Decreto n. 8420/2015) restaram silentes quanto à posição institucional e os deveres de *compliance* imputáveis ao *Chief Compliance Officer*.

Vale dizer: se a política pública anticorrupção transnacional aposta em novo instrumento, há de se perquirir e reduzir as possíveis falhas que possam distorcer sua aplicação. Quando adequadamente exercida, a atividade do *Chief Compliance Officer* produzirá resultados positivos na prevenção à corrupção, na preservação da imagem corporativa interna e externa e na construção de um ambiente seguro e ético, em consonância com os pilares de governança. Em contrapartida, quando não desenvolvida a contento, poderá distorcer os propósitos preventivos do instrumento, malferir a responsabilidade social da empresa e expor o *Chief Compliance Officer* à regulação, inclusive por meio de normas penais.

¹⁰ Vide Instruções na CVM, Resoluções do BACEN, *UK Bribery Act*, dentre outras.

¹¹ Fala-se em poder-dever, porque sua atuação busca tutelar, em última análise, bens jurídicos de terceiros e da coletividade. No âmbito de criminal *compliance* voltado ao combate à lavagem de dinheiro, o CCO vem sendo considerado garantidor das normas de *compliance*. Segundo Débora Motta Cardoso, nos programas de *compliance* da lei de lavagem de dinheiro, o CCO funciona como *gatekeeper* interno da própria instituição financeira, pois a lei incumbe a ele o poder para tomar decisões vinculadas aos deveres de *compliance*. CARDOSO, Débora Motta. *Criminal Compliance na perspectiva da Lei de Lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015, pg.189.

Dito isto, por meio do método dedutivo, a partir de revisão de literatura em produções acadêmicas nacionais e internacionais bem como análise de conteúdo de relatórios de organizações governamentais, busca-se examinar e demonstrar o desenho normativo, regulatório e de controle subjacente ao transplante legal dos programas de *compliance* enquanto ferramenta da política pública anticorrupção nacional e que inspira a posição institucional ocupada pelos *Chief Compliance Officer* na Lei n.12.846/2013. Empós, a partir do método indutivo, examinar-se-á alguns atos normativos internacionais de *hard* e *soft law* bem como *surveys* produzidos por organizações não-governamentais e associações privadas, a fim de corroborar o quadro de insegurança jurídica ao qual se submetem os *Chiefs Compliance Officers*, a partir da indefinição dos deveres e direitos de *compliance* e suscetibilidade quanto aos graus de responsabilização, que podem contribuir sobremaneira para consolidação de uma regulação estatal por intermédio de normas penais, em evidente prejuízo aos propósitos preventivos inerentes ao *criminal compliance*¹².

O desenvolvimento do estudo foi estruturado em três partes. Na primeira parte, examina-se quais os atores e os influxos externos (*hard e soft law*) e internos subjacentes a tomada de decisão brasileira de enfrentamento da corrupção transnacional – Lei n.12.846/2013. Analisa-se a modelagem normativa, regulatória e de controle transplantada pela Lei Anticorrupção, a fim de conceber a função desempenhada pelos *Chiefs Compliance Officers* na formulação, execução e monitoramento dos programas.

No segundo momento ganham destaque algumas assimetrias normativas, regulatórias e de controle provocadas pela intraduzibilidade deontológica desse profissional no Brasil, indicando, ao final, a posição institucional que pode ser assumida pelo *Chief Compliance Officer*, a fim de contribuir para construção de um programa de *compliance* anticorrupção efetivo.

Ao cabo, pretende-se analisar e demonstrar a conveniência de uma refuncionalização da atuação do *Chief Compliance Officer*, que se mostre

¹² Joseph Murphy cita como primeiro registro histórico de um “Programa de *Compliance*”, o caso *Holland Furnace co. v. United States*, no qual as Cortes norte-americanas se recusaram a considerar a empresa responsável pela violação praticada por seu funcionário, ao argumento de que haviam sido dadas instruções expressas a respeito da necessidade de agir em conformidade com a lei. Nota-se claramente o viés preventivo conferido ao instrumento desde sua origem. Disponível em: <<http://www.uscc.gov/corp/corpbehavior2.PDF>>. Acesso em: 19 nov 2017.

mais consentânea com os propósitos que inspiraram o transplante dos programas de *compliance* pela Lei n.12.846/2013. Nesse sentido, verifica-se a possibilidade de fixação de *standards* mínimos de atuação, a fim de conferir segurança jurídica, mitigar abusos e reduzir os riscos penais associados a sua atividade profissional.

2. Desenvolvimento

2.1. A transnacionalização da política de enfrentamento da corrupção na gênese do desenho normativo, regulatório e de controle brasileiro da Lei n. 12.846/2013

Com vistas a enfrentar o problema proposto nesse artigo, qual seja, examinar qual a deontologia jurídica aplicável ao *Chief Compliance Officer*– CCO, pretende-se, em breve síntese, ressaltar a influência que a compreensão da corrupção transnacional como problema público global, exerce na construção do desenho normativo, regulatório e de controle assentado na Lei Anticorrupção brasileira.

A partir da década de 1980, o debate acadêmico brasileiro sobre corrupção, começou a se afastar da compreensão associada ao desvio de função pública, em razão da topologia assumida pelo delito no Código Penal Brasileiro, para incorporar as transformações conjunturais ocorridas no mundo pós Segunda Guerra, relacionadas aos processos de privatização iniciados na Europa, aos avanços tecnológicos em matéria de comunicação e processamento de dados e, sobretudo, aos desafios provocados pela globalização econômica.

As pesquisas acadêmicas desenvolvidas por Susan Rose-Ackerman¹³ enfatizavam os prejuízos à eficiência econômica provocados pela corrupção. Segundo essa perspectiva, a corrupção deveria ser compreendida segundo a lógica de custos e benefícios sob controle das autoridades públicas e não apenas como desvio ético do servidor público. Ademais, na visão de Sara

¹³ ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: *A corrupção e a economia global*. Kimberly Ann Elliot (org): tradução de Marsel Nascimento Goncalves de Souza. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, p.59.

Chayes¹⁴, o período pós Margaret Tacher e Ronald Reagan, mormente pelo predomínio da lógica capitalista de acumulação privada, favoreceu a sensação de corrupção global generalizada. Desde então, o fenômeno da corrupção adquiriu um novo *status*: deixou de ser tratado como matéria de política interna dos países, despertando a atenção dos *players* do comércio mundial¹⁵.

Sob o influxo da globalização econômica, do crescimento do comércio mundial e da facilitação de fluxos financeiros entre países e empresas, a abordagem econômica da corrupção foi albergada pela Constituição Brasileira de 1988. Do mesmo modo, a abertura constitucional para criminalização primária¹⁶ de condutas econômicas pavimentou a compreensão da corrupção transnacional como delito econômico e como parte da criminalidade de “colarinho branco”, segundo o recorte proposto por Shapiro¹⁷.

Na prática, dado o consenso dos atores globais quanto aos prejuízos causados à eficiência, ao desenvolvimento econômico e às políticas funcionalizadoras de direitos sociais¹⁸, cada país assumiu a posição de devedor e credor de uma política pública anticorrupção transnacional, de acordo com os respectivos graus de corrupção e os sistemas de controle existentes¹⁹.

¹⁴ CHAYES, Sarah. *Thieves of State: Why corruption threatens global security*. W.W Norton & Company. 262pp.

¹⁵ NALINI, José Renato. Corrupção como sintoma da barbárie contemporânea. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 141-159.

¹⁶ Entende-se como criminalização primária, a previsão, em lei primária material, de determinada conduta como crime.

¹⁷ De acordo com a autora norte-americana, o crime de colarinho branco se caracteriza pela violação de norma de confiança relacionada à ocupação do agente. Neste norte, tem-se que a corrupção transnacional se enquadra como crime de colarinho branco, pois objetiva, em última análise, resguardar a confiança nos mercados e o equilíbrio na regulação competitiva. SHAPIRO, Susan P. *Collaring the crime, not the criminal: reconsidering the concept of white-collar crime*. In: NELKEN, Davi (org). *White-collar crime*. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1994. 11-39.

¹⁸ CAMPINHO, Bernardo Brasil. O Direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos – delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords) *Direito ao Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. (coleção Fórum Direitos Humanos, 2).

¹⁹ KLITGAARD, Robert E. *A corrupção sob controle*. Trad. Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994, pgs.23.

O maior grau de interdependência²⁰ entre países consolidou o recurso a estratégias de atuação coordenada, esforços de aproximação normativa e cooperação entre atores formais e informais do globo, especialmente para fazer frente ao fortalecimento, sofisticação e expansão da criminalidade organizada em ambiente transnacional.

A inserção do Brasil nesse contexto global de política pública anticorrupção decorre do relevo econômico brasileiro²¹, expressamente destacado no Terceiro Relatório do Grupo de Trabalho sobre suborno transnacional da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE²²:

Com um PIB de 2,240 trilhões de dólares no ano de 2013, o Brasil figura entre uma das maiores economias no Grupo de Trabalho. Dentre os 41 membros do Grupo de Trabalho, em 2013, o Brasil ocupou a 6ª posição no ranking do PIB e 16ª no ranking de exportação de bens e serviços.

O Brasil salienta que as exportações e importações representam cerca de 21,2% do PIB brasileiro, e que o desenvolvimento econômico do país é conduzido pelos mercados internos e serviços. O Brasil também conta com um elevado número de multinacionais, algumas delas figuram no ranking como as maiores empresas de aeronaves, metal e mineração do mundo.

Paralelamente, os prejuízos à economia brasileira advindos da corrupção também são representativos. Dados divulgados pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP²³, indicam que o custo médio

²⁰ Vide: <<http://exame.abril.com.br/economia/corruptao-transnacional-afeta-todos-os-paises-diz-ocde/>> Acesso em: 15 jan. 2015.

²¹ Desde a ascensão econômica dos BRICs (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), organismos internacionais, a exemplo do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial, buscam consolidar um novo padrão desenvolvimentista no plano econômico e político. DALLARI BUCCI, Maria Paula. O conceito de política pública em direito. In: DALLARI BUCCI, M. P. *Políticas Públicas – Reflexões para um conceito jurídico*. Saraiva. UNISANTOS, SP, 2006, p.12.

²² Conforme indica o Relatório do Grupo de Trabalho sobre Suborno da OCDE. Disponível em: <www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/...ocde/.../avaliacao3_portugues.pdf>. Acesso em: 14 nov 2017.

²³ Dados extraídos do Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em: 28 dez 2017.

da corrupção no país oscila entre 1,38 a 2,2% do Produto Interno Bruto – PIB (de R\$ 41,5 bilhões a R\$ 69,1 bilhões), soma de valores semelhante ao total de investimentos do país destinados ao Programa de Aceleração do Crescimento – PAC.

Dados da Transparência Internacional, organização civil que lidera a luta contra corrupção no mundo, indicam que o Índice de Percepção da Corrupção (IPC – *Corruption Perceptions Index*) brasileiro atingiu a pontuação de 4,0 no ano de 2016, alcançando a 79ª posição num universo de 176 países²⁴. Vê-se que o risco de corrupção do Brasil é considerado alto no ambiente global²⁵.

Acrescentem-se ainda os prejuízos sociais e políticos relacionados à concentração de renda. De acordo com o *ranking* publicado pela revista *The Economist*²⁶, os setores da economia brasileira mais suscetíveis à corrupção concentram o maior número de bilionários e representam cerca de 2,5% do produto interno bruto – PIB do país²⁷. Não bastasse, ao contrário de outros países²⁸, o sistema judicial brasileiro, ainda que considerados os subsistemas civil e penal, não é efetivo na luta contra corrupção²⁹.

²⁴ Dados extraídos do sítio eletrônico da transparência internacional.org.

²⁵ Expondo, em breve síntese, algumas críticas à metodologia adotada na elaboração do índice divulgado pela Transparência Internacional, vide ABRAMO, Claudio Weber. Percepções pantanosas. *Revista Novos Estudos*, 2005. De toda sorte, ante a dificuldade de se mensurar o fenômeno da corrupção, o IPC costuma ser considerado por formuladores de políticas públicas.

²⁶ FURLAN, Flávia; PÁDUA, Luciano. A queda do oligarca. *Revista Exame*, Ano 51, nº3, 15/02/2017. Editora Abril, pgs. 78-85. O conceito de “capitalismo de laços” fora criado por Ruchir Sharma, diretor para banco emergentes do banco americano Morgan Stanley. O autor calcula o nível de compadrio em uma economia identificando quanto da riqueza do país está nas mãos de bilionários que atuam em setores que tendem a concentrar a corrupção. Em sentido oposto ao brasileiro, países como a Alemanha e o Japão, possuem 0,2% e 0,6% respectivamente, de capitalistas compadres.

²⁷ Soma das riquezas produzidas pelo país em um ano.

²⁸ Algumas pesquisas, sobretudo norte-americanas, revelam certa mudança na perspectiva de impunidade dos crimes de colarinho branco. A partir do ano de 1982, no período pós *Watergate*, houve um aumento na persecução penal dos criminosos de colarinho branco. SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco, a (des) igualdade e o problema dos modelos de controle*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.

²⁹ GICO JÚNIOR, Ivo; ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de. Corrupção e Judiciário: a (in) eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*. São Paulo 7 (1), p.075-098, jan-jun 2011. Desde 1990, diversas pesquisa versaram sobre a seletividade negativa

Com vistas a suplantarem as citadas mazelas econômicas e sociais decorrentes da corrupção e alinhar-se à agenda global de redução da corrupção transnacional, o Brasil transplantou, com o advento da Lei n. 12.846/2013³⁰, os programas de *compliance* anticorrupção como instrumento de política pública³¹.

Salamon adverte que o processo de escolha de um “instrumento” ou “ferramenta” de ação pública consubstancia um método de identificação por meio do qual a ação coletiva é estruturada para resolver um problema público³². As ideias trazidas por Lester Salamon remetem à análise e compreensão do desenho normativo, regulatório e de controle da corrupção transnacional internalizado pela Lei n. 12.846/2013, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015.

O microsistema normativo brasileiro de enfrentamento da corrupção, a exemplo da Lei de Licitações e Contratos, da Lei de Improbidade

dos crimes de colarinho branco. Nesse sentido Ela Wiecko Volkmer de Castilho destacou a impunidade da criminalidade financeira no Brasil, a partir da análise de todo o processo de filtragem nas instâncias de controle. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

³⁰ COUTINHO, Diogo R. *Op.cit.*, p.20.

³¹ Segundo Celina Souza, a gênese do trato acadêmico da política pública (como disciplina ou área do conhecimento) remonta aos Estados Unidos da América e buscou compreender “como e por que os governos optam por determinadas ações”. Vide SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*. Porto Alegre, Ano 8, no. 16, jul/dez de 2006, p. 20-45. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>. Acesso em: 16 dez 2017, p.20-45.

³² “As a first step in this direction, it may be useful to specify more precisely what is meant by a “tool” or “instrument” of public action. This is no simple task since tools have multiple features and can be defined at any of a number of levels of abstraction. [...] As used here, therefore, a tool, or instrument, of public action can be defined as an identifiable method through which collective action is structured to address a public problem”. SALAMON, Lester M. *The new governance and the tools of public action: an introduction*. Fordham Urban Law Journal. Volume 28, Issue 5, 2000, article 4, pg.1641-1650. Em sentido semelhante, OLLAIK define instrumento governamental como um método identificável por meio do qual a ação coletiva é estruturada para lidar com um problema público. É coletiva, porque envolve outras entidades, além do setor público. É estruturada porque o instrumento define a quem cabe a operação do programa governamental, os papéis de cada um e como eles se relacionam uns com os outros. OLLAIK, Leila Giandoni; MEDEIROS, Janann Joslin. Instrumentos governamentais: reflexões para uma agenda de pesquisas sobre implementação de políticas públicas no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro 45 (6): 1943-1967, nov/dez 2011. pg.1945-1946.

Administrativa, Lei de Ação de Civil Pública, Ação Popular, Legislação Antitruste e outros tantos diplomas não dispõem de ferramentas aptas a enfrentar o problema público corrupção, agora com contornos transnacionais³³.

Seguindo nessa linha, a Lei Anticorrupção representou uma “janela de oportunidade” (“*policy window*”) para incorporação de novos instrumentos de enfrentamento da corrupção transnacional³⁴. A Exposição de Motivos do PL n. 6.826/2010 que originou a lei anticorrupção, evidencia que o projeto se fundou em duas premissas: uma teleológica (suprimento das lacunas e adequação aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil – obrigações de “*hard law*” e de “*soft law*”) e outra instrumental (posto que fora acrescido ao aparato repressivo, mecanismos preventivos de enfrentamento).

Na visão de Silveira³⁵, a Lei Anticorrupção brasileira demonstra a tomada de decisão dos *policy makers* em direção aos modelos de autorregulação, seguindo a concepção de correção público-privada. Segundo Sieber³⁶,

³³ A Lei de Licitações e Contratos (lei n. 8666/1993) além de não compreender a totalidade de condutas lesivas à Administração Pública, não atinge diretamente o patrimônio da pessoa jurídica, nem gera ressarcimento do dano ao erário. As condutas mais graves, então tratadas como crimes, não se aplicam às pessoas jurídicas mandantes ou principais beneficiárias da prática do delito. A lei também não abarca condutas praticadas em desfavor da Administração Estrangeira. Do mesmo modo, a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.8.429/1992) pressupõe a comprovação do ato de improbidade do agente público, com a identificação da culpa de todos os envolvidos. Também não contém previsão de condutas contra a Administração estrangeira. Em estudo de casos, Rocha Furtado relembra os seguintes escândalos: fraude na previdência social, anões do orçamento, máfia das sanguessugas, corrupção na SUDAM, impeachment de Collor, operação sucupira, bancos Marka e FonteCindam, escândalo dos precatórios, escândalo na construção do fórum trabalhista de São Paulo, mensalão.

³⁴ Para os fins da lei anticorrupção, considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro, sendo ainda equiparadas à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

³⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e Diniz, Eduardo Saad. *Compliance, direito penal e anticorrupção* – São Paulo: Saraiva, 2015, p.315.

³⁶ SIEBER, Ulrich. Programas de compliance em El derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In- ZAPATERO, Luis Arroyo, NIETO MARTIN, Ada (Direct). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2013.

essa seria a formatação mais apropriada a “sociedade (de risco) global e complexa”, posto que adota como premissa a construção de uma influência estatal “branda” ao comportamento empresarial.

Assentado o contexto de transnacionalização da política anticorrupção brasileira, cumpre perquirir os contornos advindos da internalização do instrumento– programa de *compliance* – no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no que tange à deontologia aplicável ao *Chief Compliance Officer*, com vistas à consecução efetiva dos resultados almejados pela política pública anticorrupção transnacional.

2.2. O “transplante jurídico” dos programas de compliance anticorrupção

Hodiernamente, enfrenta-se a corrupção transnacional por meio do intercâmbio de experiências e harmonização de legislações nacionais de diversos países, a fim de evitar a criação de zonas de impunidade e comprometer o equilíbrio de mercado. Em que pese a uniformidade regulatória se colocar como necessidade dos agentes econômicos no ambiente de interdependência global, o “transplante” de instrumentos forjados em sistemas estrangeiros suscita questionamentos e desafios.

Fala-se em transplante legal³⁷ dos programas de *compliance* por se tratar de instrumento de política de origem norte-americana, surgido no contexto pós- crise de 1929. O termo “*compliance*” deriva da tradução literal do verbo anglo-saxão “*to comply*”, cujo sentido parece expressar uma obriedade – o dever de agir conforme uma regra, um comando e/ou regulamento. Etimologicamente, a palavra deriva do latim *complere*, cujo significado está atrelado à vontade de fazer o que foi pedido, ou de agir ou estar em concordância com regras, normas, condições.³⁸

³⁷ Parte da literatura cita como marco normativo expresso da existência de normas de *compliance* em nosso ordenamento jurídico a Resolução do Banco Central n. 2.554/98, que pôs em prática as Recomendações da Basiléia I, no ambiente das instituições financeiras e combate à lavagem de Dinheiro. A título ilustrativo, vide CARDOSO, Débora Motta. *Criminal Compliance na perspectiva da Lei de Lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015, 208p.

³⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica. Eguzkilore *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, n.23, p.120.

Note-se, pois, que a palavra *compliance* traduz certa ambivalência: em sentido estrito, denota o dever de observância da normativa legal pertinente; em sentido amplo, esboça o caráter ético e de governança empresarial. Adota-se neste artigo a acepção ampla, por ressaltar o conteúdo ético e de responsabilidade social atrelado à incorporação de programas de *compliance* pelas empresas. Afora isso, auxilia na compreensão da prática de corrupção transnacional como indicativo de falha de governança pública e/ou privada.

O “transplante” de instrumentos de políticas públicas pode suscitar três ordens de problemas: 1) ineficiência, inadequação e insuficiência do sistema vigente; 2) esforço de alinhamento com as premissas que lastreiam o mecanismo; 3) distorções na adaptação do mecanismo estrangeiro, quando a harmonização constitui premissa da transplantação³⁹.

A incorporação dos programas de *compliance* anticorrupção fora extraída do desenho de política contido nas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil (*hard Law*) e nos dados coletados por organizações não governamentais (*soft Law*). A ratificação e promulgação da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais pelo Brasil – OCDE, representou a construção de um novo paradigma regulatório e de controle⁴⁰ bem como

³⁹ WATSON, Alan. Op.cit.p, 21ss.

⁴⁰ Art.3º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais – OCDE: 1 A corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá ser punível com **penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas**. A extensão das penas deverá ser comparável àquela aplicada à corrupção do próprio funcionário público da Parte e, em caso de pessoas físicas, deverá incluir a privação da liberdade por período suficiente a permitir a efetiva assistência jurídica recíproca e a extradição.

2 Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, **a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras**.

3 Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias a **garantir que o suborno e o produto da corrupção** de um funcionário público estrangeiro, ou o valor dos bens correspondentes a tal produto, **estejam sujeitos a retenção e confisco ou que sanções financeiras de efeito equivalente sejam aplicáveis**.

4 Cada Parte deverá considerar a imposição de sanções civis ou administrativas adicionais à pessoa sobre a qual recaiam sanções por corrupção de funcionário público estrangeiro. Disponível em: <www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/imagens/convencao-da.../pdf>. Acesso em: 19 de set. 2015.

o compromisso com a efetividade e equivalência dos instrumentos de implementação.

A abertura da agenda brasileira promovida pela Convenção da OCDE⁴¹ fomentou a participação brasileira em inúmeros tratados regionais anti-corrupção, dentre os quais, destacam-se a Convenção Interamericana contra a Corrupção no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA, assinada em 1997 e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, assinada em 09 de dezembro de 2003 na cidade de Mérida, no México. No plano normativo, legitimada pelo quantitativo expressivo de Estados participantes, a Convenção de Mérida fixou relevantes diretrizes de política, consubstanciando uma tomada de decisão global pelo trato político-criminal e cooperativo de enfrentamento do problema público corrupção.

Evidente que para assegurar a legitimidade dos tratados internacionais, as normativas fixadas nesses fóruns não podem ser reduzidas a meras cartas de boas intenções. Adquirir efetividade é, sobretudo, acompanhar a implementação das medidas, ocupar-se dos resultados alcançados, assegurar transparência e *accountability*.

Extraem-se desses documentos o fomento à adoção de medidas preventivas, de perfil dissuasório, em contraponto as medidas repressivas, *post facto*, voltadas especialmente a recuperação futura dos prejuízos suportados pelo dinheiro público desviado. Importante destacar que a busca por efetividade no enfrentamento da corrupção não reflete apenas uma demanda do Estado (dada à ineficiência demonstrada no controle pontual deste problema público), mas, sobretudo uma demanda do setor privado interessado em se manter integrado, em condições equilibradas no ambiente comercial global e resguardado em termos reputacionais.

Sem embargo da influência norte-americana na concepção dos programas de *compliance* anticorrupção, são claras as irritações jurídicas provocadas pela tentativa de se reproduzir fielmente institutos do sistema anglo-saxão em um sistema de *civil Law*, e que precisam ser superadas. Para os críticos da tese de Watson acerca de “transplantes jurídicos”, as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos anglo-saxão (EUA) e romano-germânico (Brasil) desaconselhariam o transplante legal dos programas de *compliance*

⁴¹ LEAHY, Joe. *Brazil: The creaking champions*. Financial Times, 2013, conforme terceiro relatório do grupo de trabalho sobre suborno da OCDE.

anticorrupção, dada a impossibilidade de transposição do instrumento “puro”, desconectado dos valores sociais que o conformam.

Sem embargo do paralelo infeliz que a expressão “transplante jurídico” induz, o que justifica o transplante jurídico dos programas de *compliance* é justamente o sentido de mudança e aperfeiçoamento da política, seja pela ineficiência dos mecanismos então vigentes no Brasil, seja pela necessidade de integração e coordenação global com os propósitos da política. Nesse sentido, irritações jurídicas provocadas pelo transplante, ainda que decorrentes dos valores sociais que lhes são subjacentes, são desejáveis e até esperadas.

Nesta senda, fundamental que o processo de transplantação guarde consonância com as premissas do instituto adotadas no país de origem e com as finalidades que motivaram a transplantação⁴². Bem por isso, não cabe aqui construir um programa de *compliance* à brasileira, totalmente apartado das diretrizes que justificaram sua criação. Impõe-se a harmonização de ordenamentos. Nessa senda, o *Chief Compliance Officer* deve assumir o protagonismo no processo de implementação dos programas de *compliance* anticorrupção.

2.3. O Chief Compliance Officer enquanto ator privado-público na implementação dos programas de compliance anticorrupção brasileiros

Em um cenário ideal, todos os atores devem, em alguma medida, orientar esforços e atuar no sentido de assegurar efetividade aos instrumentos de enfrentamento da corrupção transnacional. Acredita-se que a efetividade dos programas de *compliance* demanda o estabelecimento de um ambiente cooperativo entre o Estado e empresas privadas – corporações internacionais – sem descuidar do papel desempenhado por cada um nesse processo (empresa- conhecimento do mercado e Estado – contenção de abusos, dado o fim último de atendimento ao interesse público).

⁴² Trata-se, na classificação proposta por Lawrence Friedman de uma espécie de normatização planificada voluntária ou informação provocada. Considera-se que a discussão se deu na origem, no ambiente transnacional, razão pela qual subsiste um esforço para uniformização ou harmonização dos textos de lei.

Aqui, a moldura adotada na interação público-privada deve ficar clara, para que os atores envolvidos na consecução conjunta da política pública disponham da segurança jurídica necessária para atuar. Cumpre ao Estado manejar adequadamente os incentivos necessários a atuação efetiva do setor privado. O ideal é encontrar o limite que sirva para coibir abusos do agente privado, mais sem excessos fiscalizatórios ou regulatórios, especialmente, porque, com visto, o excesso de regras favorece um ambiente propício à corrupção⁴³.

De pronto, ressalta-se o relevo da função desempenhada pelo *Chief Compliance Officer*, eis que situada no vértice desse novo modelo de relacionamento entre o setor público e privado na consecução de políticas públicas. A despeito do protagonismo na transplantação e efetividade dos programas de *compliance* anticorrupção, o conjunto de direitos e deveres aplicáveis ao *Chief Compliance Officer* ainda é pouco conhecido ou mal compreendido pela literatura nacional.

Quando do surgimento da profissão de *Chief Compliance Officer*, no ambiente pós-crise de 1929, sua atividade se aproximava daquela exercida por advogados, pois consistia, precipuamente, em atestar a aderência das instituições financeiras ao conjunto de regras, diretrizes e normas incidentes sobre a atividade por exigência do *Federal Reserve System – FED*⁴⁴.

Desde então, sucessivas alterações regulatórias na concepção dos instrumentos de *compliance* têm ampliado o rol de atribuições do *Chief Compliance Officer*⁴⁵. Na fase denominada pelo mundo corporativo de *Compliance 2.0*, além de checar a aderência normativa, o CCO passou a analisar políticas e diretrizes de gerenciamento de risco⁴⁶. Na fase atual de desenvolvimento da atividade, denominada *Compliance 3.0*, o CCO assume uma posição mais

⁴³ ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: KIMBERLY, Ann Elliot (Org). *A corrupção e a economia global*. Tradução de Marsel Nascimento Goncalves de Souza. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.p.63.

⁴⁴ Criado no ano de 1910.

⁴⁵ Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/risk/us-aers-download-the-full-report-the-chief-compliance-officer-05012015.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

⁴⁶ Candeloro, Ana Paula. *Governança Corporativa em foco: inovações e tendências para a sustentabilidade das organizações*. 2014.

estratégica e menos burocrática na empresa⁴⁷. Esse modelo de inserção transversal do *Chief Compliance Officer* na governança das corporações segue as conclusões de um estudo realizado pela *International Organization of Securities* (IOSCO) desde o ano de 2003⁴⁸, com o objetivo de estudar os papéis dos profissionais responsáveis pela conformidade no setor de valores mobiliários.

De pronto, pode-se dizer se tratar de função em processo de construção deontológica. Na visão de Ana Caneloro⁴⁹ o estudo promovido pela IOSCO já demonstrava a necessidade de uma compreensão holística sobre a posição estratégica ocupada pelo *Chief Compliance Officer* (CCO) na organização, cabendo-lhe, inclusive, oferecer soluções criativas e inovadoras as situações-problema que lhes fossem apresentadas, em evidente papel de décimo homem⁵⁰, a fim de promover a sustentabilidade da instituição e a sofisticação da estrutura de governança corporativa⁵¹.

Para além da concepção dos programas de *compliance* em geral, verifica-se uma evolução na compreensão da função desenvolvida pelo *Chief Compliance Officer*, sobretudo após os sucessivos escândalos contábeis ocorridos nos EUA na década de 1990, a exemplo da *Enron*, *Arthur Andersen*, *WorldCom*, *Xerox*. Além do viés preventivo, no sentido de evitar a ocorrência de delitos, os *Chiefs Compliance Officers* passaram a ser responsáveis pela criação de

⁴⁷ Caneloro, Ana Paula. *Compliance 360º – riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. 2015.

⁴⁸ Disponível em: <<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD160.pdf>>. Acesso em: 05 mar.2017

⁴⁹ Sobre o tema, vide <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-10/ana-caneloro-compliance-officer-assume-papel-advocatus-diaboli>>. Acesso em: 10 maio 2016.

⁵⁰ Ana Caneloro define como atuação segundo “décimo homem” aquela que suplanta a cultura do olhar retrospectivo, a partir dos erros cometidos, apreendendo-lhe como lição de casa. Segundo a autora, o CCO deve assumir postura contestatória, na contramão do consenso, tendo como norte prejuízos reputacionais à empresa. Uma previsão de riscos eficiente demanda a descoberta do imprevisível, do improvável. Trata-se de se preocupar com o impoderável no ambiente corporativo.

⁵¹ Alinhado a esta concepção holística, o Vice – Presidente da PFIZER sustenta que o CCO precisa ter consciência e compreensão quanto aos riscos em todas as facetas de atividade da empresa, incluindo pesquisa, fabricação, marketing, desenvolvimento de estratégias de negócios e inovações. Vide Deloitte Insights Video, *o Chief Compliance Officer of the Future: abraçando um risco Visão Inteligente*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Zj8gRo36NOc>>. Acesso em: 16 nov 2017.

mecanismos capazes de identificar delitos corporativos tão logo ocorressem. A promulgação da *Sarbanes-Oxley Act* em 30 de julho de 2002, favoreceu a contratação e capacitação de *Chief Compliance Officers* pelas como membros independentes das empresas⁵². Por sua vez, com a aprovação pelo congresso norte-americano do *Dodd Frank Wall Street Reform*⁵³ e do *Consumer Protection Act* em 21 de julho de 2010, o *Chief Compliance Officer* passou a figurar como parte relevante da equipe de gestão das empresas, com disponibilização maior de recursos materiais e humanos, mais responsabilidade e maiores salários⁵⁴.

O país europeu com legislação anticorrupção mais avançada é o Reino Unido. O *United Kingdom Bribery Act* entrou em vigor em 01 de julho de 2011⁵⁵. Aplica-se a qualquer pessoa, autoridade pública ou não, vinculada à atividade empresarial no Reino Unido. Dentro da modelagem dos programas de *compliance* do Reino Unido, o *Chief Compliance Officer* possui independência suficiente ao desempenho das funções que lhe são atribuídas de forma objetiva, acesso direto à alta administração, *expertise* no segmento econômico da empresa e acesso irrestrito aos registros relevantes da empresa. Exerce a função de aconselhamento sobre regras, regulamento e normas em todas as linhas de negócio de forma coordenada com outras funções de controle; mantém comunicação eficaz com órgãos reguladores; promove a estruturação e desenvolvimento de negócios por meio de soluções criativas

⁵² Essa lei afeta qualquer empresa nacional ou estrangeira que mantenha *American Depositary Receipts* – ADRs negociadas na *New York Stock Exchange* – NYSE. Nesse contexto, aplica-se a inúmeras empresas brasileiras, a exemplo da Petrobrás, Ambev, Bunge Brasil, GOL linhas aéreas, Brasil Telecom, Grupo Pão de Açúcar, Banco Bradesco, Banco Itaú, TIM, Vale S/A, Natura Cosméticos S/A, CLARO, GERDAU, CSN, Eletrobrás, dentre outras. Em adendo, registre-se que a regra n.342 da NYSE obriga as empresas associadas a indicarem um sócio diretor executivo responsável pelo controle interno e conformidade. Ao *Chief Compliance Officer* cumpre examinar e monitorar todo o procedimento de conformidade da organização.

⁵³ Advinda de iniciativa do Presidente do Comitê de Serviços Financeiros Barney Frank e pelo ex-Presidente do Comitê Bancário do Senado Chris Dodd. Disponível em: <<https://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

⁵⁴ 17 CFR § 3,3 (d), (e), (2012)

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>>. Acesso em: 22 abr 2016.

em questões regulatórias e de expansão empresarial; define os regulamentos e padrões éticos da empresa⁵⁶

Cotejando-se os aspectos considerados de maior relevo na experiência estrangeira, sem pretensão de esgotar as múltiplas nuances envolvidas no tratamento jurídico do *chief compliance officer*, nota-se, em síntese, que as boas práticas globais envolvem: 1) autonomia da área com políticas bem definidas e escritas; 2) fomento e administração pela alta diretoria; 3) treinamentos robustos – interno e externo; 4) delegação de poderes e responsabilidades definidas; 5) fiscalização e disciplinas constantes; 6) monitoramento e auditoria de riscos; 7) melhoria contínua do programa.

A despeito disso, boa parte dessa modelagem incorporada formalmente pela Lei n. 12.846/2013, não tem sido adequadamente traduzida pelos operadores do direito, o que tem gerado assimetrias normativas, regulatórias e de controles capazes de comprometer os propósitos do instrumento e assim afetar a efetividade do programa de *compliance* anticorrupção.

Embora parcela da literatura⁵⁷ observe de forma entusiasmada a popularidade dos programas de *compliance*, sobretudo após a promulgação da Lei Anticorrupção brasileira⁵⁸, parcela da literatura se mantém reticente quanto ao potencial do instrumento. Em boa medida, esse descrédito⁵⁹ é motivado por certa assimetria de informação quanto às atividades ou fun-

⁵⁶ Disponível em: <<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD160.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

⁵⁷ Dentre outros autores, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Op.cit. p.303; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas empresas. *Revista de Informação Legislativa*. v.52.n.205.p.87-105.jan-mar 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509944>>. Acesso em: 17 dez 2017. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra e outros (coord). *Temas de Anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro. Elsevier, 2013. p.168.

⁵⁸ Ainda que se possa indicar que a obrigatoriedade dos programas de *compliance* no Brasil provenha do atendimento às recomendações da Basileia I e posterior previsão na lei de lavagem de dinheiro, inequívoco que o instrumento ganhou em popularidade com a promulgação da Lei Anticorrupção no ano de 2013.

⁵⁹ Vide à alusão a “indústria do compliance” Disponível em: <<http://jornalggm.com.br/noticia/a-campanha-anticorruptao-e-a-industria-do-compliance-por-andre-araujo>>. Acesso em: 07 jan. 2016. No mesmo sentido, o jornalista Anselmo Góis. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/daqui-pouco-havera-ate-botequim-aderindo-ao-modismo-do-compliance.html>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

ções de fato assumidas pelo *Chief Compliance Officer*. Por vezes as atividades de *compliance*, controle interno, auditoria e jurídica são tratadas como se fossem sinônimos, esboçando certa redundância, modismo ou incremento desnecessário de custos empresariais.

A desinformação quanto aos propósitos do instrumento bem demonstra a recorrente falta de compromisso com modelos mais eficientes de gestão⁶⁰, que procuram romper a lógica do capitalismo de compadrio⁶¹, tão recorrente no Brasil⁶². Nessa linha de intelecção, os programas de *compliance* não podem ser vistos como custo⁶³. Malgrado algumas pesquisas concluam, sob a ótica da análise econômica de direito, que a regulação premial ou os incentivos contemplados na lei anticorrupção brasileira não sejam suficientes para estimular a adoção de programas de *compliance*⁶⁴, certo é que o conjunto de medidas e instrumentos compreendidos pela política

⁶⁰ Na visão de LAUFER, “Em um sentido, a transformação da lei que acompanhou o movimento da cidadania da boa governança sugeriria uma troca bem-vinda. [...] Ademais, estratégias de comando e controle fundamentadas em uma leitura literal da lei não são páreo para tal autorregulação ou estilos menos formais de regulação cooperativa. Contudo, onde há risco de que a autorregulação e demonstrações de boa cidadania sejam incentivos de policiamentos não determinantes, a troca é qualquer coisa, menos positiva”. Apesar da visão pessimista quanto ao movimento de boa governança corporativa, o autor afirma que a ausência de evidência empírica de apoio a boa cidadania corporativa não pode ser entendida como prova de falha desse movimento de integridade. LAUFER, William S. *Ilusões de Compliance e Governança*. In: SAAD-DINIZ e outros (org). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo. LiberArs, 2016, p.15.

⁶¹ Atribui-se a expressão “capitalismo de compadrio” às empresas que procuram atingir sucesso empresarial por meio de associações espúrias com o poder público e não por melhorias de gestão ou busca por eficiência. Sobre uma faceta desse capitalismo e o surgimento das empresas chamadas de “campeões nacionais” vide reportagem publicada na Revista Exame, intitulada “Como nascem os campeões nacionais”. Revista Exame. ed. 1139, ano 51, n.11. de 07 de junho de 2017. Editora Abril.

⁶² Em entrevista concedida à revista exame, o professor de ciência política da Universidade Stanford, Francis Fukuyama, acredita que o problema de fundo da corrupção brasileira é o entrelaçamento entre a elite política e empresarial acostumada com corrupção. Revista Exame, ed.1139, ano 51, n.11, 07 de junho de 2017.

⁶³ FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei n. 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas – Lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12.n.47, p.33-43, out/dez.2014.

⁶⁴ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro – ideologia da criminalização e análise do discurso*.Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 246.

anticorrupção pode complementar ou fornecer incentivos adequados ao instrumento⁶⁵.

São adotados no Brasil, basicamente, quatro modelos de inserção do *compliance* e funcionalização do *chief compliance officer* na estrutura empresarial: (a) o *compliance officer* integra a área de gestão de riscos, sem qualquer comprometimento com a questão ética da empresa; (b) o *compliance officer* se vincula ao departamento jurídico, tangenciando a implantação do programa em si; (c) cada unidade da empresa assume funções de *compliance*, sem indicação de um profissional específico, responsável pelo programa. Ao final, cada um dos setores reporta-se ao departamento jurídico; (d) o *compliance officer* possui autonomia, vinculando-se ao CEO, diretor financeiro ou conselho de administração da empresa⁶⁶. A presença de modelos tão distintos reflete a falta de clareza quanto à atividade desenvolvida pelo *Chief Compliance Officer*.

Outra assimetria verificada durante a execução da política pública tem caráter regulatório. Tendo em conta as premissas estabelecidas pela política pública, os programas de *compliance* anticorrupção não podem ser utilizados predominantemente como instrumento de individualização de responsabilidade penal no ambiente corporativo. Nesse contexto de distorção regulatória, a atividade do *Chief Compliance Officer* passa, ela mesma, a se constituir um risco⁶⁷. Ao contrário de fortalecer o papel colaborativo desse profissional na interface com o Estado, a distorção regulatória o torna alvo dos órgãos de controle.

⁶⁵ Pesquisa realizada pela consultoria Delloite em setembro de 2014 com 124 correspondentes pertencentes, em sua maioria, a setores altamente regulados no Brasil, considerados com alto risco de corrupção (Bancos e serviços financeiros, petróleo, gás, mineração e construção civil), identificou que 60 % das empresas tem um profissional dedicado a área de compliance. Pesquisa “Lei anticorrupção – um retrato das práticas de compliance na era da empresa limpa”. Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/LeiAnticorruptao.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁶⁶ SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil – primeira abordagem. In: DAVID, Décio Franco (org). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p.188ss.

⁶⁷ SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o Criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In: DAVID, Décio Franco (org). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p.191ss.

A manutenção de assimetrias regulatórias e de controle e a flexibilidade funcional normalmente associada ao *Chief Compliance Officer* (CCO) acaba contribuindo para um *washing compliance*, expondo-o à indevida responsabilização criminal, ora pela tradução inadequada de precedentes estrangeiros; ora, pela leitura amorfa (não cristalina) da legislação nacional sobre lavagem de dinheiro ou organizações criminosas.

Como dito alhures, o modelo regulatório escolhido pelo *policy maker* no enfrentamento da corrupção transnacional – autorregulação regulada – expressa a ideia de cooperação funcional na formatação de novos padrões de gestão e condução da atividade empresarial⁶⁸.

No papel de condutor dos programas de *compliance* anticorrupção, o *Chief Compliance Officer* acaba exercendo uma espécie de *múnus público*, afastando-se da lógica oposicional entre o público e o privado. Além disso, por centralizar as atividades do programa e conhecer em profundidade as vulnerabilidades do segmento econômico de atuação, o *Chief Compliance Officer* assegura avaliações qualitativas do instrumento e substancia a cooperação funcional entre o público e o privado no enfrentamento da criminalidade corporativa e preservação da atividade econômica.

3. Conclusão

Na visão de Diogo Coutinho, os juristas podem e devem contribuir com o aperfeiçoamento das políticas públicas, com vistas a tornar mais efetivos e eficazes os direitos. Sob esse norte, cumpre ao jurista selecionar e formatar os meios a serem empregados segundo os objetivos preestabelecidos da política.

Aqui, a traduzibilidade deontológica do *Chief Compliance Officer* se afigura essencial, mormente porque sua atuação pode ser potencializada ou enfraquecida, seguindo a lógica de equilíbrio entre incentivos e punibilidade já referida no texto.

A inequívoca incorporação de normativos internacionais de *hard* e *soft law* como fonte da legislação anticorrupção brasileira pode falsamente

⁶⁸ O modelo normativo brasileiro da Lei n. 6.404/76 contempla claramente a mistura de normas cogentes com normas dispositivas.

incutir no observador da política pública a ideia de adequação às premissas internacionais quando, em verdade, essa adequação é meramente simbólica⁶⁹.

A legitimidade do Direito em sede de políticas públicas anticorrupção – *law matters*- dar-se-á na medida em que ele viabilizar transparência e possibilidade de controle adequado. Sendo certo que o direito serve para cristalizar decisões políticas, nessa condição, pode contribuir para superação de assimetrias e consolidação do ferramental necessário – sanção premial ou punitiva –, servindo como canal de transparência e segurança jurídica.

Assentada a compreensão da atividade do *Chief Compliance Officer* alinhada à evolução conceitual dos programas de *compliance*, sustenta-se que a implantação de um programa de *compliance* efetivo, comprometido com a boa governança e não apenas com os possíveis benefícios legais das empresas, pressupõe um *Chief Compliance Officer* independente⁷⁰, autônomo e protagonista na interface público-privada. Esse modelo é visto como opção mais consentânea com o desenho dos programas de *compliance* anticorrupção transnacional, sobretudo em mercados fortemente regulados como o brasileiro, onde os riscos de ocorrência de práticas corruptas costumam ser maiores.

Ante as assimetrias regulatórias e de controle verificadas, a compreensão do *Chief Compliance Officer* enquanto profissional responsável pela elaboração, implantação e fiscalização dos programas de *compliance* anticorrupção nas empresas, precisa ser clara e expressamente traduzida no Brasil. A ausência de *standards* mínimos definidos, permite que cada empresa tenha ampla liberdade de inserção do *Chief Compliance Officer* (CCO) em sua estrutura, definindo o conjunto de direitos e deveres que lhes são aplicáveis por

⁶⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo. Saraiva, 2015, p.67.

⁷⁰ De acordo com a pesquisa *CEO Access Study* elaborada pela Strategy&, consultoria estratégica da PWC, o número de CEOs afastados de seus cargos por desvios éticos nas empresas de capital aberto no mundo teve um aumento de 36 % nos últimos 05 anos. Dentre os países integrantes do BRICs, o Brasil apresentou o maior aumento, sendo que 141% do número de CEOs foram afastados por má-conduta. Nesse contexto, fica clara a importância de se assegurar a independência da atividade do CCO. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/carreira/emprego/noticia/6565167/numero-ceos-afastados-por-conduta-antietica-umentou-brasil-tem-maior>>. Acesso em: 30 maio 2017.

instrumento contratual, a partir de critérios meramente pragmáticos ou conjunturais.

A ausência de um código de governança corporativa nacional, formalmente instituído, como dispõe os Estados Unidos e o Reino Unido⁷¹ agravam o quadro de insegurança jurídica do *Chief Compliance Officer*. Esse modelo coloca o CCO em posição de alta vulnerabilidade jurídica, em evidente prejuízo ao potencial de atuação na consolidação da política pública, em descompasso com a condição de representante do compromisso público-privado de atuação cooperativa em prol da efetividade do instrumento no enfrentamento da corrupção e em desequilíbrio com os riscos penais assumidos, inclusive pessoais.⁷²

Scandelari reconhece que no Brasil tem se tornado cada vez mais frequente a colocação do *chief compliance officer* como bode expiatório nos programas de *compliance* anticorrupção. Em um cenário de insegurança jurídica, a ameaça real de sanção penal pode comprometer a disposição do *Chief Compliance Officer* a bem desempenhar suas funções, descobrindo e denunciando irregularidades e infrações, inclusive quando praticadas pela alta administração, seja pela ameaça de perder o emprego, seja pela ameaça de assumir tarefas regularmente formalizadas no contrato de trabalho, sem, de fato, dispor de condições fáticas para desempenhá-las. Atribuir a cada empresa a possibilidade de manejar funções e obrigações sem qualquer comprometimento com *standards* mínimos de atuação desses profissionais pode comprometer o escopo do programa de *compliance* enquanto instrumento de enfrentamento da corrupção transnacional. Daí ser desejável que seus riscos pessoais sejam mitigados.

Diferentemente da heterogeneidade essencial à efetividade de um programa de *compliance* robusto, no sentido de adequação do instrumento aos riscos próprios de cada realidade empresarial, a heterogeneidade de

⁷¹ Segundo pesquisa publicada pela FGV-RJ, intitulada “Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção”. MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (coord.). Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, 159f.

⁷² RITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers. Traducción a cargo de Nubia Pastor Muñoz. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Ínigo. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.211ss.

direitos e deveres aplicáveis ao *chief compliance officer* não se revela salutar. Sustenta-se, pois, que o Estado auxilie na superação das assimetrias identificadas, evitando-se um indesejável vazio, propiciador de distorções regulatórias e insegurança jurídica.

Não se pode olvidar que a ausência de *standards* mínimos propicia a aplicação de normativas e regulamentações esparsas e descoordenadas pertencentes a cada uma das categorias que podem ver seus profissionais atuando como *Chief Compliance Officer*. Nesse contexto, a procura por determinada categoria profissional a fim de se desvencilhar dos deveres de *compliance* e do modelo colaborativo público-privado que informa o *compliance* anticorrupção, compromete severamente os propósitos do instrumento e o desenho regulatório e de controle da política pública anticorrupção. De fato, deve servir como critério definidor da obrigação ou não de observância aos deveres de *compliance* a natureza da atividade desenvolvida.

A fixação de *standards* mínimos de atuação, noutro giro, não reflete a mera reprodução da herança romano-germânica de disciplina jurídica, no sentido de que regras jurídicas são capazes de corrigir, por si só, comportamentos indesejados⁷³. Contudo, os inúmeros casos de corrupção identificados em empresas que possuíam programas de *compliance* estruturados podem indicar um problema de *enforcement* na conformação desses instrumentos. Nessa linha, o estabelecimento de *standards* mínimos de atuação ao *Chief Compliance Officer*, com previsão de garantias, pode fornecer o incentivo necessário à adoção de programas de *compliance* anticorrupção efetivos. Sem prejuízo, por certo, de possíveis acréscimos de outros mecanismos, a exemplo do aumento de benefícios legais⁷⁴.

Ao cabo, não se desconhece que características basilares da atividade empresarial como competitividade e lucratividade não são facilmente compatibilizadas com as premissas que justificam o *compliance* anticorrupção. A função de *Chief Compliance Officer* será submetida a constantes dilemas éticos, se não estiver bem delimitada. Interesses comerciais poderão

⁷³ FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei n. 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: Lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público, RBDP*, Belo Horizonte, ano 12.n.47, out/dez.2014. p.33.

⁷⁴ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro – ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

constituir óbices as políticas de *compliance* anticorrupção, sobretudo quando representarem os valores predominantemente perseguidos pela alta administração. Por certo, a capacidade de resolução de problemas públicos por instrumentos de governança é limitada, assim como a capacidade de construção de alianças entre atores. Trata-se de um processo de troca motivada por interesses recíprocos. Convém forjar, todavia, por meio dos programas de *compliance* anticorrupção, um novo caminho de enfrentamento da corrupção transnacional.

Referências

- ABRAMO, Claudio Weber. Percepções pantanosas. *Revista Novos Estudos*, 2005.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Introducción a la autorregulación. In: ARROYO JIMENÉZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008, p.19.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. *Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica*. Euguzkilore, n.23, dez.2009.
- BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Relatório Casos & Casos*. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/livro_publicacao-casos-e-casos-coaf_final_web1-3.pdf/view>. Acesso em: 16 dez. 2017.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Terceiro Relatório do Grupo de Trabalho sobre Suborno – OCDE*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br>>. Acesso em: 04 dez. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 dez. 2017
- _____. *Lei nº.12.846, de 01 de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 06 dez.2017.
- _____. *Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. Regulamenta a Lei n. 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas

- pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.
- CAMPINHO, Bernardo Brasil. O Direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos – delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord). *Direito ao Desenvolvimento*. v.2. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- CANDELORO, Ana Paula. *Governança Corporativa em foco: inovações e tendências para a sustentabilidade das organizações*. São Paulo: Sain Paul, 2014.
- _____. *Compliance 360º – riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. Trevisan, 2012.
- CARDOSO, Débora Motta. *Criminal Compliance na perspectiva da Lei de Lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CHAYES, Sarah. *Thieves of State: Why corruption threatens global security*. WW Norton & Company, 2015.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo; FÁRIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp, 2013.
- DALLARI BUCCI, Maria Paula. O conceito de política pública em direito. In DALLARI BUCCI, M. P. *Políticas Públicas: Reflexões para um conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro – ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.
- FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei n. 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: Lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público, RBDP*, Belo Horizonte, ano 12.n.47, out/dez.2014. p.33-43.
- FURLAN, Flávia; PÁDUA, Luciano. *A queda do oligarca*. 2017. Revista Exame, n. 51, n. 3, 15 fev.2017.
- GICO JR, Ivo; ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de. Corrupção e Judiciário: a (in) eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. São Paulo: *Revista Direito GV*, jan-jun 2011, p.075-098.
- KLITGAARD, Robert E. *A corrupção sob controle*. Trad. Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

- LAUFER, William S. Ilusões de Compliance e Governança. In: SAAD-DINIZ e outros (Org). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016.
- LEAHY, Joe. *Brazil: The creaking champions*. 2013. Financial Times.
- MACHADO, Máira Rocha. Internacionalização do direito penal. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: *Revista Direito GV*, 2004.
- MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (coord.). *Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.
- NALINI, José Renato. Corrupção como sintoma da barbárie contemporânea. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 141-159.
- OLLAIK, Leila G; MEDEIROS, Janann J. Instrumentos governamentais: reflexões para uma agenda de pesquisas sobre implementação de políticas públicas no Brasil. *Revista de Administração Pública*, v.45, n.6, p.1943-1967, 2011. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v45n6/a15v45n6.pdf>>. Acesso em: 15 nov.2017.
- PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers. Traducción a cargo de Nubia Pastor Muñoz. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Ínigo. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupcao. In: KIMBERLY, Ann Elliot (Org). *A corrupcao e a economia global*. Tradução de Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.
- SALAMON, Lester M. The new governance and the tools of public action: an introduction. *Fordham Urban Law Journal*. v. 28, Issue 5, article 4.p.1609/1674, 2000.
- SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco, a (des) igualdade e o problema dos modelos de controle*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil –primeira abordagem. In: GUARAGNI, Fabio Andre (Coord). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015.
- SHAPIRO, Susan P. Collaring the crime, not the criminal: reconsidering the concept of white-collar crime. In: NELKEN, Davi (Org). *White-collar crime*. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1994. p.11-39.
- SIEBER, Ulrich. Programas de compliance em El derecho penal de la empresa. Uma nueva concepcion para controlar lacriminalidad econômica. In: ZAPATERO, LuisArroyo; NIETO MARTIN, Ada (Direct). *El derecho penal econômico El la era compliance*. Valencia: Tirantlo Blanch, 2013.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e Diniz, Eduardo Saad. *Compliance, direito penal e anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez. 2006, p. 20-45. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>> Acesso em: 16 nov. 2017.
- TOMAZETTE, Marlon. *Direito societário e globalização: rediscussão da lógica público-privada do direito societário diante das exigências de um mercado global*. São Paulo: Atlas, 2014.
- WATSON, Alan. *Legal Transplants: na approach to comparative law*. Second Edition. The University of Georgia Press, 1993.

Impacto da corrupção nos direitos fundamentais – Um Estudo do Vínculo Entre Corrupção e Pobreza

Effects of corruption on fundamental rights – A Study of the Link Between Corruption and Poverty

VITOR PIERANTONI CAMPOS

Resumo: O presente artigo tem como finalidade analisar a correlação entre a corrupção e a frustração dos direitos fundamentais, com uma análise centrada no fenômeno da pobreza. Parte-se da premissa de que a pessoa humana está no centro dos sistemas constitucionais democráticos e que esta condição irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, orientando a interpretação das normas e indicando as ações a serem adotadas pelo poder público. Posteriormente, adotando como fonte, estudos de instituições vinculadas ao combate à corrupção e à proteção dos direitos humanos e, também, alguma doutrina sobre Direito Econômico e Direitos Fundamentais, trataremos do impacto da corrupção no desenvolvimento econômico e na governança pública. Como resultado, será demonstrado que tais impactos acabam por atingir de forma mais gravosa as populações mais pobres, agravando o seu processo de exclusão e marginalização. Por fim, concluímos a existência de um Direito Fundamental a uma vida livre de corrupção e que suas normas protetivas ostentam hierarquia constitucional mais elevada, o que inibe modificações que levem a retrocesso.

Palavras Chave: *Corrupção; Pobreza, Ordem Econômica; Governança; Direitos Fundamentais.*

Abstract: This article intends to analyze the link between corruption and the frustration of fundamental rights, centering the analysis on the phenomenon of poverty. It starts from the premise that the human person is at the center of democratic constitutional systems, a condition that radiates effects on the whole legal order, guiding normative interpretation, indicating actions to be adopted

by public power. Later, adopting as a source papers of institutions linked to the anticorruption fight and the protection of human rights, as well as some doctrine on Economic Law and Fundamental Rights, we will address the impact of corruption on economic development and public governance. As a result, it will be shown that such impacts reach the poorest population most seriously, exacerbating their exclusion and marginalization. Finally, we conclude the existence of a Fundamental Right to a corruption free life and that its protective rules have constitutional hierarchy, which inhibits retrocedent modifications.

Key words: *Corruption; poverty; Economic Order; Governance; Fundamental Rights.*

1. Introdução

O presente artigo tem como origem a participação do seu autor no Curso sobre Mecanismos de Controle e Combate à Corrupção na Contratação Pública, ministrado pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa no período entre 30/10/2017 e 03/11/2017.

Trataremos do fenômeno da corrupção a partir de duas premissas principais extraídas do modelo constitucional brasileiro: i) o ser humano como núcleo central dos sistemas constitucionais democráticos; ii) o impacto que a corrupção promove tanto no surgimento como na concreção dos direitos fundamentais.

O estudo está centrado na ideia de que a corrupção macula os Direitos Fundamentais em duas dimensões, que embora diversas estão intimamente correlacionadas.

Quanto à dimensão econômica, pretende-se demonstrar como os fenômenos corruptivos levam ao esvaziamento do conteúdo normativo previsto no artigo 170 da Constituição Federal, prejudicando o desenvolvimento econômico, e consequentemente sua capacidade de construir condições para uma existência digna, segundo ditames da justiça social.

Em outra linha, o estudo busca analisar como a corrupção impacta nos mecanismos de governança pública, prejudicando os processos de tomada de decisões no âmbito do Estado e de oferta de serviços públicos vinculados à dignidade da pessoa humana.

Importante, também, observar que os impactos nocivos causados pela corrupção em desfavor da ordem econômica e da governança pública não repercutem da mesma forma em todos os núcleos populacionais, eis que, como será demonstrado, as consequências são muito mais dramáticas em relação à parcela mais pobre da população.

Defendemos, ainda, a percepção de que a sociedade detém Direito a uma existência livre de corrupção e que o mesmo se situa dentre os Direitos Humanos Fundamentais.

2. Ser humano como núcleo do sistema constitucional brasileiro

A inspiração republicana, inerente aos modelos constitucionais democráticos, nos impõe a inexorável conclusão de que os Estados não são constituídos como um fim em si mesmo. Ou seja, o Estado não é primordialmente uma estrutura burocrática tendente a estabelecer suas próprias regras de funcionamento, promover distribuição de competências, conceber seu modelo de governo, sua higidez territorial ou mesmo perseguir sua identidade nacional.

Como pacto de sua sociedade, cuja partícula indivisível, detentora de vontade e de direitos, é a pessoa humana, a função primeira de um Estado que se propõe democrático é a garantia da dignidade da existência de cada um de seus cidadãos. Nesse sentido, tem-se que todas as funções do Estado, da mais singela a mais complexa, todas as suas regras, normas, princípios e ações atuam com o principal propósito de garantir e promover a concreção dos direitos fundamentais enquanto elementos constituintes da Dignidade Humana.

Significa dizer, portanto, que o núcleo central dos Estados Democráticos se assenta exatamente na pessoa humana, mais precisamente na dignidade de sua existência.

Nesse ponto, é relevantíssimo atentar para o que dispõe o artigo 3º da Carta, que em todos os seus quatro incisos, enumera como objetivos fundamentais de República Federativa do Brasil a consecução de providências intimamente relacionadas a dignidade humana, tais como liberdade, justiça, erradicação da pobreza e promoção do bem comum.

Ressalte-se que, embora diversos textos jurídicos, inclusive muitos consultados e citados neste artigo, tratem a dignidade da pessoa humana

como um dos princípios integrantes do modelo constitucional brasileiro, somos obrigados a externar nossa discordância com essa classificação, porquanto não é esse o tratamento dado pelo texto constitucional em seu artigo inaugural, cujo terceiro inciso, enumera a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Brasileiro¹, isto é, como um dos alicerces sem os quais a formação do estado sequer encontraria justificação pragmática.

Portanto, a dignidade da pessoa humana não se posiciona dentre os princípios do Estado Brasileiro, que são construções jurídicas de natureza instrumental, que atuam em favor de uma finalidade ou de um propósito a ser perseguido. A dignidade da pessoa humana é o valor em si, é o propósito que deve ser perseguido não apenas pelo Estado, mas também pela sociedade. É o fundamento em favor do qual os princípios militam e interagem com os demais elementos que compõe o sistema normativo nacional.

Nesse contexto, é correto afirmar que a dignidade da pessoa humana, mesmo não referida expressamente, é o ponto comum que integra cada uma das regras e normas que compõe a Ordem Jurídica, por isso mesmo é o vetor a orientar toda a exegese normativa nacional, não sendo dado ao intérprete conferir um sentido que se contraponha ou mesmo torne menos denso os pilares que concretizam a dignidade da pessoa humana.

Outrossim, além de orientar a interpretação da Ordem Jurídica, a dignidade da pessoa humana impõe ao Estado e a sociedade civil dever de comportamento ativo – no sentido de agir de forma compatível com o valor – e negativo – no sentido de se abster de adotar condutas que detenham o potencial de infirmar a dignidade humana.

Neste ponto, convém citar a doutrina de DANIEL SARMENTO, em seus ensinamentos faz referência ao eminente professor PAULO BONAVIDES:

“Foi por estas razões que afirmamos, em outro estudo de nossa lavra, que o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art., 1º, inciso III, CF), e que costura e

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, “representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado”. Na mesma linha, ressaltou Paulo Bonavides que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal do que o princípio da dignidade da pessoa humana”, já que, apesar do caráter compromissário da nossa Constituição, decorrente da sua base social pluralista, ela é toda perpassada pela preocupação com a tutela da pessoa humana. Por isso, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante de nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Além disso o princípio em questão legitima a ordem jurídica, centrando-a na pessoa humana, que passa a ser concebida como o “valor-fonte fundamental do Direito”. Dessa forma, alicerça-se o direito positivo sobre profundas bases éticas, tornando-o merecedor do título de “direito justo”.

O princípio da dignidade exprime, por outro lado, a primazia da pessoa humana sobre o Estado. A consagração do princípio importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e a promoção dos seus direitos fundamentais.”

3. Desenvolvimento econômico como instrumento concreção da dignidade humana

Neste tópico, flutuaremos entre a elementos teóricos e pragmáticos – porque, em verdade, é no mundo dos fatos que habitam as pessoas – para justificar a indispensável interação entre desenvolvimento econômico e concretude do propósito constitucional da dignidade da pessoa humana.

Como asseveramos no tópico anterior, segundo o modelo constitucional brasileiro, todas as condutas humanas, estatais ou privadas, devem ter como norte a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, não é diferente a conclusão quando tratamos da atividade econômica, que, garantida pela Constituição como um dos princípios do Estado Brasileiro, também deve operar em regime compatível com a dignidade humana. Não por menos

o artigo 170 da Carta expressamente estabeleceu que a ordem econômica “*tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”.

Ressalte-se, por outro lado, que o artigo 173 da CF, estabeleceu como regra a não exploração da atividade econômica pelo Estado, eis que somente a admite em situações específicas atreladas a segurança nacional e a relevante interesse coletivo. Ou seja, em regra, o Estado não opera diretamente na ordem econômica, ou, ao menos, não o deveria fazer.

Portanto, existem dois elementos fundamentais a serem extraídos dos artigos 170 e 173 da Constituição:

- a) o Brasil adotou um modelo de livre iniciativa e livre mercado, estabelecendo que a ordem econômica é papel primordial dos agentes econômicos privados;
- b) Os agentes econômicos apenas justificam o exercício de sua atividade quando esta é explorada tendo como norte a existência digna e a justiça social;

Em outras palavras, resta absolutamente cristalina a opção feita pelo constituinte originário. O Estado Brasileiro promoverá o desenvolvimento econômico como instrumento para atingir ao propósito da dignidade humana, ou melhor, segundo o Poder Constituinte Originário, o desenvolvimento econômico exerce decisivo papel no desenvolvimento social, dada a sua capacidade de gerar emprego, distribuir renda, reduzir a pobreza e combater as desigualdades regionais e sociais.

E aqui nasce a necessidade de adentrar nos aspectos pragmáticos decorrentes das escolhas constitucionais estampadas nos artigos 170 e 173 da Constituição Federal e sua interação com a busca pela concreção da dignidade da pessoa humana.

Por óbvio, a efetivação de direitos, garantias e serviços que concretizam a dignidade humana possui um custo econômico, que ora suportado pelo próprio Estado, e ora suportado pelo cidadão quando escolhe utilizar sua renda para tal finalidade.

Ocorre que o Estado não é capaz de gerar riqueza, pois assume papel menor e absolutamente extraordinário na atividade econômica. Esse papel passa a ser desempenhado pelos agentes econômicos, cuja parcela da riqueza produzida será assenhorada pelo Estado na forma de tributos, os quais deverão custear os direitos, garantias e serviços ofertados pelo

Estado como forma de concreção da dignidade, e outra será distribuída a trabalhadores, em razão do se encontra previsto no inciso VIII, do artigo 170 da CF.

Portanto, quando maior e mais diversificada for a atividade econômica, maior será a riqueza produzida. Consequentemente, maior será a parcela distribuída ao Estado e aos trabalhadores.

Em sendo maior a fração arrecada pelo Estado, melhores serão suas condições econômicas de prestar serviços à população. E quanto, mais elevada a parcela destinada aos empregados, maior será o número de beneficiados capazes de autodeterminação e independência financeira.

Ou seja, quanto melhor funcionar a ordem econômica, maior será a probabilidade de se “assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social” seja porque o Estado poderá prestar serviços de qualidade, seja porque as próprias pessoas tenderão a possuir renda compatível com suas necessidades.

Em contraponto, quando se impõe à ordem econômica eventos que desorganizam o seu pleno funcionamento, que inibem a manutenção de seus elementos estruturantes, como plena concorrência, livre iniciativa, não intervenção estatal e segurança jurídica, o sistema que tende operar como gerador de desenvolvimento econômico e social, entra em colapso, passando a produzir pobreza, ou, o que é muito mais dramático, uma riqueza inapta a “assegurar a **todos** existência digna”, seja pelo lastimável fenômeno da concentração ou da mera insuficiência dos recursos.

4. A relação entre corrupção e pobreza. Risco de não efetivação das promessas constitucionais

4.1. Algumas linhas sobre a pobreza

Não há dúvida que a corrupção assola com maior dramaticidade os países ditos em desenvolvimento, ou, nas palavras de Lênio Streck², de modernidade tardia, onde os avanços civilizatórios e as instituições ainda se encontram em um nível, por assim dizer, incipiente.

² In VERDADE E CONSENSO – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Lúmen Juris. Rio de Janeiro, 2006.

Quando trazemos a este artigo o tema da pobreza, é importante destacar que este é um conceito que possui diversas dimensões caracterizadoras, não se limitando apenas ao baixo nível de renda. A pobreza possui outras dimensões como o baixo nível de educação e saúde, vulnerabilidade a fatos que atentem contra sua vida, impotência, falta de liberdade, baixa autoestima, ignorância quanto aos seus próprios direitos, discriminação e tantas outras

Os economistas ANTÔNIO PEDRO ALBERNAZ CRESPO e ELAINE GUROVITZ³ asseveram que o indiano ANARTYA SEN, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 1999, introduziu no conceito de pobreza variáveis mais amplas, admitindo que as pessoas podem sofrer privações em diversas esferas de suas vidas. Desse modo, a pobreza não pode ser definida, tão-somente, a partir da baixa renda do indivíduo. O economista buscou definir a pobreza a partir de uma ótica ligada à privação das capacidades básicas do ser humano, como autodeterminação, liberdade de escolha e de se fazer ser ouvido.

O mesmo artigo escrito para a Revista Eletrônica da Fundação Getúlio Vargas, faz referência a uma pesquisa desenvolvida pela senhora DEEPA NARAYAN, que foi analista de desenvolvimento social sênior do Banco Mundial. Visando informar o Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2000/2001 sobre Pobreza e Desenvolvimento, a pesquisadora buscou ampliar os horizontes acerca da conceituação da pobreza e suas causas. Para tanto, realizou entrevistas com populações desprovidas em diversos países do mundo, por meio das quais, destaca o artigo, foi possível detectar uma dimensão psicológica da pobreza que muito explica a indignidade decorrente da impossibilidade de autodeterminação das pessoas que vivem nestas condições marginais:

“Há o aspecto psicológico da pobreza. Os pobres têm consciência de sua falta de voz, poder e independência que os sujeita à exploração. A pobreza os deixa mais vulneráveis à humilhação e ao tratamento desumano pelos agentes públicos e privados a quem, freqüentemente, solicitam ajuda. Os pobres também

³ In A PROBREZA COMO UM FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL. Revista Eletrônica da Fundação Getúlio Vargas, Volume 1, Número 2, Jul-Dez/2002. Disponível em http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590_S1676-56482002000200003.pdf, Consultado em 27/12/2017.

falam sobre a dor causada pela inevitável ruptura com as normas sociais e sua incapacidade de manter sua identidade cultural por meio da participação em tradições, festivais e rituais. A incapacidade de participar na vida comunitária leva a uma ruptura das relações sociais.”

Reproduzindo as conclusões de DEEPA NARAYANE, o artigo transcreve o conceito de pobreza desenvolvido pela ex-analista do Banco Mundial:

“Pobreza é fome, é falta de abrigo. Pobreza é estar doente e não poder ir ao médico. Pobreza é não poder ir à escola e não saber ler. Pobreza é não ter emprego, é temer o futuro, é viver um dia de cada vez. Pobreza é perder o seu filho para uma doença trazida pela água não tratada. Pobreza é falta de poder, falta de representação e liberdade”.

Portanto, está claro que para as populações marginalizadas do globo, o conceito de pobreza vai muito além da baixa renda, pois envolve a falta de perspectiva, o desespero com o futuro, a falta de amparo social, que poderiam ser supridos por um Estado cujos serviços públicos se encontrassem organizados para tal finalidade.

Significa dizer que a pobreza se materializa por um duplo viés; o econômico, decorrente da baixa renda, e o de governança, decorrente da incapacidade ou da indiferença das instituições do Estado em tentar socorrer as pessoas de baixa renda, entregando-lhes serviços sociais que aprimorassem suas perspectivas de dignidade, autoconfiança e autodeterminação.

Nesse sentido, cabe destacar que são exatamente esses dois aspectos que, estudiosos da temática entenderam ser maculados pelos processos de corrupção sistêmica presentes em Estados onde se detectam populações em situação de pobreza. A corrupção impacta o desenvolvimento econômico ao mesmo tempo em que gera a putrefação dos próprios órgãos de Estado, que deixam de ser estruturados porque o exercício do poder sofre influências nocivas da corrupção.

No ponto, gostaria de citar no Relatório Final denominado “*Corruption and Poverty – A Review of Recent Literature*”⁴, de autoria de Eric Chetwynd,

⁴ Relatório da lavra de CHETWYND, Eric; CHETWYND, Frances; SPECTOR, Bertram: **Corruption And Poverty – A Review of Recent Literature**. Janeiro de 2003, Management Systems International. Com referência ao World Bank 2000c at 170, citing EBRD *Transition*

Frances Chetwynd e Bertram Spector, que é cristalino ao diagnosticar que apesar de, por si só, não produzir pobreza, a corrupção promove danos diretos em desfavor da economia e da governança, elementos estes que, quando desconstruídos, tem o efeito de causar pobreza.

“The literature points to the conclusion that corruption, by itself, does not produce poverty. Rather, *corruption has direct consequences on economic and governance factors, intermediaries that in turn produce poverty*. Thus, the relationship examined by researchers is an *indirect* one. This paper discusses two major models explaining this moderated linkage between corruption and poverty: an economic model and a governance model.⁵”

O que se quer dizer é que a corrupção tem o efeito de frear o desenvolvimento econômico, inibindo o seu papel constitucional de garantir uma existência digna a todos, ao mesmo tempo que distorce o funcionamento do próprio Estado que deixa de exercer os papéis de tutor e provedor de direitos fundamentais. Há uma dupla desassistência dos pobres; *i*) uma por parte da economia, eis que a riqueza gerada não lhes alcança e; *ii*) outra por parte do próprio Estado que não consegue atender os excluídos em suas necessidades mais básicas. Nesse contexto a pobreza se estabelece em todos os seus aspectos multidimensionais.

Tentaremos, humildemente, adiante, tratar desse duplo impacto da causado pela corrupção.

4.2. Impactos da corrupção no desenvolvimento econômico

A corrupção indubitavelmente atua como um elemento desestruturante da ordem econômica, porque ela cria mecanismos de concorrência

Report (1999). Disponível em <http://www.u4.no/recommended-reading/corruption-and-poverty-a-review-of-recent-literature/>. Consultado em 28/12/2017

⁵ Em tradução livre: “A literatura aponta para a conclusão de que a corrupção, por si só, não produz pobreza. Na verdade, a corrupção tem consequências diretas sobre fatores econômicos e de governança, intermediários que, por sua vez, produzem pobreza. Assim, a relação examinada pelos pesquisadores é indireta. Este artigo discute dois modelos principais que explicam essa ligação moderada entre corrupção e pobreza: um modelo econômico e um modelo de governança.” Disponível em <http://www.u4.no/recommended-reading/corruption-and-poverty-a-review-of-recent-literature/>. Consultado em 28/12/2017.

desleal entre os agentes econômicos. Aquele que corrompe para obter um contrato ou benesses estatais, como financiamento público, isenções fiscais ou menor fiscalização, gozam de vantagens que não se estendem aos agentes que atuam segundo primado da legalidade. A corrupção gera, ainda, cartel, concentração de mercado, manipulação de preços, controle da oferta, associações inescrupulosas, que tem o efeito de desestruturar a Ordem Econômica.

Ainda no âmbito da desestruturação da ordem econômica, a corrupção promovida por agentes econômicos desonestos tem o efeito de gerar uma simbiose nociva com o Estado, que capturado passa a exercer a sua competência reguladora e fiscalizadora do mercado no interesse dos agentes desonestos, públicos e privados.

Como prova real do acima afirmado, podemos lembrar que o Brasil vive hoje sobre o impacto de duas grandes operações policiais – Lava Jato e Zelotes – que descortinou essa relação promiscua entre agentes econômicos e o poder público.

A primeira desarticulou um cartel de empreiteiras que, associada a agentes públicos que encobriam o ilícito, por anos simulou um ambiente de plena concorrência, com o intuito de dominar as grandes contratações públicas, direcionando processos licitatórios, elevando artificialmente os preços e influenciando diretamente no processo eleitoral mediante o financiamento ilícito de candidatos.

A segunda, dentre os seus achados, descobriu um mecanismo em que agentes de mercado cooptavam relevantes autoridades nacionais para a “compra” de normas que atendiam aos seus interesses pessoais, gerando vantagens em relação aos seus concorrentes.

Nos dois casos, percebe-se que as práticas corruptivas faziam parte do modelo operacional adotado pelas corporações, que, em determinados casos, mantinham departamentos ou diretorias destinadas exclusivamente a materializar o pagamento de propinas e realizar a lavagem dos recursos ilícitos envolvidos. Ou seja, a corrupção integrava a atuação comercial de empresa, tal qual o singelo pagamento de seus fornecedores.

Esse comportamento promíscuo entre agentes públicos e privados tem o efeito de gerar desequilíbrio na concorrência, favorecimentos pessoais, intervenção estatal indevida e insegurança jurídica, ou seja, produz um ambiente econômico absolutamente hostil. Como consequência há redução do número de *players*, inibição de novos investimentos no país,

enfraquecimento do dinamismo econômico, prejuízo ao processo de inovação, com consequências diretas na geração de empregos e de renda.

Outro efeito decorrente dessa promiscuidade é o aumento artificial de custos e preços, dificultando, ainda mais, o acesso tanto pelas pessoas como pelo próprio Estado a bens e serviços associados a dignidade humana.

Nesse sentido, partindo da lógica constitucional de que a ordem econômica exerce o papel de protagonista na implementação do desenvolvimento econômico, parece-nos óbvio que a subversão de seus pilares tem o efeito de estagnar esse processo evolutivo, gerando relevantes impactos sobre o desenvolvimento social, afastando o Estado Brasileiro do propósito estabelecido no Texto Magno de garantir uma existência digna a todos.

Precisa ser considerado que estabelecido um processo corrosivo sistêmico entre agentes estatais e agentes econômicos, há uma redução do número de agentes com acesso à riqueza em potencial e com capacidade de ofertar vagas de trabalho. A falta de inovação e de investimentos colabora para a estagnação econômica, inibindo que a riqueza circule por outros agentes. O mercado se mantém concentrado, o que infirma o inciso IV do artigo 170 da Constituição.

Portanto, tem-se que Ordem Econômica não evolui horizontalmente, mantendo-se controlada por um pequeno grupo de atores. Nessa dimensão, ela permanece menor que a própria sociedade, o que significa dizer que, no aspecto subjetivo, a Ordem Econômica não consegue alcançar a integralidade das pessoas, tendo como resultado a concentração da riqueza e exclusão dos grupos não alcançados.

A concentração da riqueza acima referida gera impactos extremamente nocivos a dignidade humana, como *i)* a incapacidade de se atingir o pleno emprego; *ii)* a redução dos salários pagos aos trabalhadores, já que a mão de obra disponível se afigura abundante; *iii)* controle ilícito da oferta de bens produtos e aumento artificial dos preços praticados, dificultando, ainda, mais o acesso a bens e serviços; *iv)* sendo pouco os atores, havendo menor auto fiscalização do próprio mercado, há maior facilidade de manipulação de ordem econômica e do próprio Estado.

Também na linha de concentração do mercado e da riqueza, é importante destacar que estudos do Banco Mundial detectaram que os custos da corrupção atingem de forma especialmente gravosa as pequenas empresas, cujo poderio econômico não se compara aos das grandes corporações. Tais empresas sofrem para exercer suas atividades empresariais e não raramente

são obrigadas a fechar suas portas achatando o mercado e inibindo uma melhor distribuição das riquezas. Nesse sentido, o já referido relatório subscrito por Eric Chetwynd, Frances Chetwynd e Bertram Spector destacou “*que uma exame mais profundo dos vínculos entre corrupção e desigualdade demonstram que os custos da corrupção são particularmente mais pesados para as pequenas empresas*”(livre tradução).

No ponto, é imperativo advertir quanto à necessidade de se tomar cuidado com a análise bruta dos indicadores econômicos, eis que, por vezes, embora os números demonstrem uma evolução da riqueza nacional, tal se dá apenas no aspecto financeiro (quantidade de dinheiro gerado pela economia). Como a corrupção inibe que a ordem econômica cresça também na dimensão horizontal, não alcançando a integralidade da sociedade, uma grande parte das pessoas não compartilham esse crescimento econômico, permanecendo em situação de pobreza.

As percepções acima delineadas também foram observadas no já referido Relatório denominado “*Corruption and Poverty – A Review of Recent Literature*”⁶:

“The Economic Model postulates that corruption affects poverty by first impacting economic growth factors, which, in turn, impact poverty levels. Economic theory and empirical evidence both demonstrate that there is a direct causal link between corruption and economic growth. Corruption impedes economic growth by discouraging foreign and domestic investment, taxing and dampening entrepreneurship, lowering the quality of public infrastructure, decreasing tax revenues, diverting public talent into rent-seeking, and distorting the composition of public expenditure. In addition to limiting economic growth, there is evidence that corruption also exacerbates income inequality; regression analysis has shown a positive correlation between corruption and income inequality. Explanations for this link are that corruption distorts the economy and the legal and policy frameworks allowing some to benefit more than others; there is unfair distribution of government resources and services; corruption reduces the progressivity of the tax system; corruption increases the inequality of factor ownership; and lower income households (and businesses) pay a higher proportion of their income in bribes than do

⁶ Obra citada.

middle or upper-income households. Economic growth and income inequality are important because they link corruption to poverty. Studies show that the absence of economic growth (or negative growth) increases poverty. Inversely, tests have shown that an increase in GDP produces an increase in the income of the poor. However, income distribution is an important mediating factor because economic growth may not always benefit the poor.

...

Several studies have demonstrated a relationship between corruption and income inequality. The theoretical foundations for this relationship are derived from rent theory and draw on the ideas of Rose-Ackerman (1978) and Krueger (1974), among others. Propositions include:

- Corruption may create permanent distortions from which some groups or individuals can benefit more than others.
- The distributional consequences of corruption are likely to be more severe the more persistent the corruption.
- The impact of corruption on income distribution is in part a function of government involvement in allocating and financing scarce goods and services (Gupta, Davoodi, and Alonso-Terme, 1998)⁷.

⁷ Em tradução livre: “O Modelo Econômico postula que a corrupção afeta a pobreza impactando primeiro os fatores de crescimento da economia, que, por sua vez, afetam os níveis de pobreza. Teoria econômica e evidências empíricas demonstram que existe uma ligação causal direta entre corrupção e crescimento econômico. A corrupção impede o crescimento econômico ao desencorajar o investimento estrangeiro e doméstico, taxando e inibindo o empreendedorismo, reduzindo a qualidade da infra-estrutura pública, diminuindo a receita de impostos, desvirtuando o talento público na busca de benefícios e distorcendo a composição da despesa pública. Além de limitar o crescimento econômico, há evidências de que a corrupção também exacerba a desigualdade de renda; A análise de regressão mostrou uma correlação positiva entre corrupção e desigualdade de renda. As explicações para este link são que a corrupção distorce a economia e marcos legais e políticos, permitindo que alguns se beneficiem mais do que outros; Há uma distribuição injusta de recursos e serviços governamentais; A corrupção reduz a progressividade do sistema tributário; A corrupção aumenta a desigualdade dos fatores que garantem a propriedade; as famílias de renda mais baixa (e as empresas) pagam uma maior proporção de seus rendimentos em subornos do que as famílias de renda média ou superior. O crescimento econômico e a desigualdade de renda são importantes porque eles ligam a corrupção à pobreza. Estudos mostram que a ausência de crescimento econômico (ou negativo crescimento) aumenta a pobreza. Inversamente, os testes mostraram que um aumento no PIB produz um aumento da renda dos pobres. No entanto, a

Exatamente por conta do efeitos perniciosos que a corrupção estabelece sobre o desenvolvimento econômico, impactando diretamente na dignidade das pessoas, é que muitos países, incluindo o Brasil, que o fez por meio da Lei nº 12.846/2013, passaram a adotar normas, mecanismos e ferramentas tendentes a combater a participação dos agentes econômicos em atos de corrupção envolvendo autoridades e servidores públicos, punindo-os pesadamente enquanto pessoas jurídicas, e impondo-lhe obrigações de adoção de programas de integridade e de *self cleaning*, como mecanismos de prevenção a novos desvios.

Não é objetivo deste artigo dissecar o conteúdo da Lei nº 12.846/2013, uma vez que o mesmo busca perquirir os efeitos que a corrupção causa sobre o desenvolvimento econômico e social. Mas, na linha do que tratamos aqui, é preciso destacar que a norma veio, em grande parte, dar cumprimento ao compromisso assumido pelo Brasil junto à Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, quando da assinatura da Convenção Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (promulgada pelo Decreto nº 3678/2000), de que se dedicaria a punir a corrupção internacional e a responsabilizar as empresas envolvidas enquanto pessoas jurídicas.

Interessante é destacar que, já em seu preâmbulo, a convenção da OCDE deixa evidenciada a grave a preocupação com os efeitos nocivos da corrupção sobre o desenvolvimento econômico, demonstrando que não são áreas dissociadas. Veja que a OCDE é um organismo vinculado à economia,

distribuição de renda é um importante fator porque o crescimento econômico nem sempre beneficia os pobres.

...

Vários estudos demonstraram que uma relação entre corrupção e desigualdade de renda. Os fundamentos teóricos desse relacionamento derivam da teoria dos aluguéis e estão descritas nas ideias de Rose-Ackerman (1978) e Krueger (1974), dentre outros. As proposições incluem:

- Corrupção tende a criar distorções permanentes das quais alguns grupos ou indivíduos podem se beneficiar mais que outros.
- As consequências da corrupção da distribuição provavelmente serão mais severas quanto mais persistente for a corrupção.
- O impacto da corrupção na distribuição de renda é, em parte, decorrente da envolvimento governamental na alocação e financiamento de bens e serviços escassos (Grupta, Davoodi e Alonso-Terme, 1998).

o que permite constatar que sua preocupação com a corrupção decorre do impacto negativo que esse fenômeno impõe a sua área de atuação.

Nesse cenário, inclusive, há se considerar o papel relevante que os órgãos de controle de concorrência devem exercer para detectar e denunciar processos corruptivos que tem o efeito de promover distorções substanciais no mercado, tais como concentração, concorrência desleal, cartelização e controle de preços.

4.3. Impactos da corrupção na governança

Primeiramente, cabe destacar que a expressão governança (*governance*) foi cunhada a partir de provocações titularizadas pelo Banco Mundial, objetivando alcançar o necessário conhecimento e implementação das condições garantidoras da eficiência estatal. O professor Alcindo Gonçalves, Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo, e titular do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos, escreveu artigo⁸ dedicado a dissecar o conteúdo jurídico de governança tendo asseverado que:

“Segundo o Banco Mundial, em seu documento *Governance and Development*, de 1992, a definição geral de governança é “o exercício da autoridade, controle, administração, poder de governo”. Precisando melhor, “é a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país visando o desenvolvimento”, implicando ainda “a capacidade dos governos de planejar, formular e implementar políticas e cumprir funções”

Em um ambiente em que a corrupção está invariavelmente presente, ela assume uma dinâmica epidêmica, contagiando não apenas o mercado, mas também o próprio funcionamento do Estado, desvirtuando o processo decisório, distorcendo as escolhas, invertendo prioridades, o que faz com que as atividades estatais, das mais singelas, como limpeza urbana, às mais complexas, como o processo legislativo, sejam exercidas sob influência

⁸ In CONCEITO DE GOVERNANÇA. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf>. Consultado em 29/12/2017

de processos corruptivos, e, conseqüentemente, sem compromisso com a eficiência e com o seu próprio propósito institucional, como o bem comum.

O que se quer dizer é que quando a corrupção integra o dia a dia das organizações estatais, ela, em alguma medida, intervém na forma como o poder é exercido e no processo por meio do qual as escolhas são realizadas, o que significa dizer que causa dano à governança e impacta diretamente nos serviços públicos colocados à disposição da população.

Ressalte-se que as populações mais pobres, em regra, por falta de poder econômico, não têm outra opção senão buscar os serviços ofertados pelo Estado. Nesse sentido, quando governança se vê afetada pela corrupção, são essas comunidades menos favorecidas que mais sentirão os efeitos deletérios das más escolhas.

Não raras vezes, presente a corrupção, as decisões no sentido de se implementar determinadas políticas públicas e/ou quanto ao aporte de recursos são adotadas apenas para gerar oportunidade de desvio de valores ou concessão de benefícios mútuos entre os envolvidos, sem haver qualquer preocupação real com sua eficiência, necessidade e efetivo atendimento da população (vide os casos concretos citados adiante). Em outras oportunidades, os serviços públicos mais elementares, que haveriam de ser disponibilizados graciosamente às pessoas, apenas são realizados mediante pagamentos ou ante a troca de favores, como o caso denunciado pela imprensa de médicos públicos que cobravam por procedimentos⁹.

A conduta dos agentes públicos desonestos, ou inseridos em organismos estatais contaminados pela corrupção, deixa de ser regida pelo interesse público e pelas promessas constitucionais inerentes ao bem comum, para se estabelecer com base em uma nociva relação regida pela troca de favores, que, obviamente, não comporta a presença das camadas desfavorecidas da sociedade.

Cria-se, assim, pouco a pouco, um mecanismo que além de gerar ineficiência, consolida uma cultura de exclusão dos menos favorecidos, um sentimento de que o estado das coisas não pode ser diferente, agravando o processo de marginalização e de indignidade social dos mais pobres, que sequer reconhecem em si mesmo a condição de titulares de direitos.

⁹ <http://g1.globo.com/hora1/noticia/2016/11/medicos-do-sus-sao-denunciados-por-cobram-de-pacientes-por-cirurgias.html>. Consultado em 29/12/2017.

Ou seja, os mais pobres, exatamente os que mais dependem da proteção e dos serviços disponibilizados pelo Estado, como forma de efetivação dos seus direitos e garantias fundamentais, são excluídos pelo desumano processo instaurado a partir das relações não ortodoxas estabelecidas no seio das instituições públicas, aspecto esse que agrava a situação de indignidade humana.

E essa perversa mecânica, tal qual constatado pela pesquisadora DEEPA NARAYAN, citada em artigo referido acima, sedimenta nos mais pobres a percepção de que não são detentores de direitos, que suas vozes não têm valor e que suas aflições são desimportantes, o que tem o efeito de agravar suas condições sociais, tornando-os, ainda, mais vulneráveis a abusos de autoridade, a negligência com sua saúde, a segurança, etc. Os desfavorecidos, que impescidem de uma conduta proativa do Estado no sentido do resgate de sua dignidade, são os primeiros a serem excluídos do sistema pelos processos corruptivos.

São diversos os *papers*, artigos e estudos que analisam a conexão entre corrupção associando a corrupção à violação ou não efetivação dos direitos humanos básicos. Nesse ponto, vale citar manifestações das Nações Unidas sobre o tema:

Human rights are indivisible and interdependent, and the consequences of corrupt governance are multiple and touch on all human rights — civil, political, economic, social and cultural, as well as the right to development. Corruption leads to violation of the government’s human rights obligation “to take steps... to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the [International] Covenant [on Economic, Social and Cultural Rights]”. The corrupt management of public resources compromises the government’s ability to deliver an array of services, including health, educational and welfare services, which are essential for the realization of economic, social and cultural rights. Also, the prevalence of corruption creates discrimination in access to public services in favour of those able to influence the authorities to act in their personal interest, including by offering bribes. The economically and politically disadvantaged suffer disproportionately from the consequences of corruption, because they are particularly dependent on public goods.

Corruption may also affect the enjoyment of civil and political rights. Corruption may weaken democratic institutions both in new and in

long-established democracies. When corruption is prevalent, those in public positions fail to take decisions with the interests of society in mind. As a result, corruption damages the legitimacy of a democratic regime in the eyes of the public and leads to a loss of public support for democratic institutions. People become discouraged from exercising their civil and political rights and from demanding that these rights be respected.¹⁰

É importante destacar que a questão não se resume apenas a uma argumentação teórica. Nossa experiência profissional na área já demonstrou situações que se enquadram exatamente no que acima foi descrito. Citamos alguns exemplos:

- Operação Sanguessuga da Polícia Federal em que se descobriu um esquema envolvendo um grupo empresarial, parlamentares federais, servidores públicos e prefeitos municipais que desviavam recursos do Ministério da Saúde sob a justificativa de compra de Unidades

¹⁰ Em livre tradução: Os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes, e as consequências da governança corrupta são múltiplas e abordam todos os direitos humanos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como o direito ao desenvolvimento. A corrupção leva à inobservância da obrigação governamental em relação aos direitos humanos de “tomar medidas ... até o máximo de seus recursos disponíveis, com o objetivo de alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos no Pacto Internacional [sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais]”. A gestão corrupta dos recursos públicos compromete a capacidade do governo de oferecer uma variedade de serviços, incluindo serviços de saúde, educação e assistência social, que são essenciais para a realização de direitos econômicos, sociais e culturais. Além disso, a prevalência da corrupção cria discriminação no acesso aos serviços públicos em favor daqueles que podem influenciar as autoridades para atuarem em seu interesse pessoal, inclusive oferecendo subornos. Os economicamente e politicamente desfavorecidos sofrem desproporcionalmente as consequências da corrupção, porque são particularmente dependentes dos serviços públicos.

A corrupção também pode afetar o gozo dos direitos civis e políticos. Corrupção pode enfraquecer instituições democráticas, tanto em democracias novas como nas antigas. Quando a corrupção prevalece, muitos que ocupam cargos públicos não tomam decisões com os interesses da sociedade em mente. Como resultado, a corrupção danifica a legitimidade de um regime democrático aos olhos do público, e leva a uma perda de apoio público às instituições democráticas. As pessoas desanimam de exercer os seus direitos civis e políticos e de exigir que estes direitos sejam respeitados. Fraude eleitoral e corrupção no financiamento dos partidos políticos são outras práticas corruptas, mais diretamente relacionados com o gozo dos direitos civis e políticos”

Móveis de Saúde para atender a população dos municípios. Na verdade, percebeu-se que o principal propósito do esquema era viabilizar o recebimento de propinas pelos parlamentares envolvidos, e que seriam pagas por meio do grupo empresarial toda vez que conseguissem concretizar uma venda, e não o efetivo atendimento da população. Em alguns casos detectou-se que o veículo entregue estava sem uso, abandonado, tendo sido seus equipamentos retirados. Algumas prefeituras receberam veículos sem sequer possuir uma equipe para operá-lo¹¹;

- Em outro caso, descobriu-se um esquema envolvendo agentes municipais, particulares e entidade do 3º setor concebido para desviar recursos do Ministério da Saúde. No caso, uma ONG foi contratada para administrar serviços municipais de saúde, os quais não foram disponibilizados à população. Nos trabalhos de investigação descobriu-se que ONG, embora tenha recebido milhões de reais, teve apenas um funcionário integrante dos seus quadros por um período de apenas 2 meses. O município em tela possui um dos menores IDHs do Estado do Paraná (307º entre 399 – dados de 2010);¹²⁻¹³
- Um terceiro esquema envolveu desvio de recursos destinados à aquisição de medicamentos para assistência farmacêutica básica por prefeitos municipais. Nesse caso, constatou-se concorrências públicas e contratos simulados, montados apenas para justificar a movimentação dos recursos. Auditorias realizadas detectaram que os medicamentos jamais foram entregues;¹⁴
- Um quarto exemplo envolveu um esquema que desviou alguns milhões de um programa de inclusão digital de crianças carentes. Tratou-se de uma parceria firmada com uma fundação privada que previu a criação de 5 centros de informática móveis, que deveriam

¹¹ http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/125453 e http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/80480. Consultas realizadas no dia 29/12/2017.

¹² <http://www.agu.gov.br/noticia/improbidade-agu-ajuiza-acao-contra-acusados-de-desviar-mais-de-r-1-milhao-da-saude--418797>. Consultado em 29/12/2017.

¹³ http://www.ipardes.gov.br/pdf/indices/IDHM_municipios_pr.pdf. Consultado em 29/12/2017.

¹⁴ http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/571224. Consultado em 29/12/2017.

se deslocar nos bolsões onde viviam as pessoas mais pobres, e um fixo. Constatou-se que os computadores novos previstos no programa nunca foram adquiridos e que os veículos onde seriam instalados os centros móveis foram objeto de aquisição simulada;¹⁵

Os exemplos acima demonstram violações a serviços públicos ligados às necessidades básicas das populações mais carentes, como saúde e educação, o que agrava a situação de pobreza econômica já enfrentada por estas pessoas e suas famílias, importando em severa violação de seus direitos humanos.

Importante destacar que essas consequências que a corrupção impõe sobre os direitos fundamentais não são uma exclusividade do Brasil, tratando de percepções comuns a todos os Estados que sofrem com o fenômeno. Nesse sentido, destaco relevante trabalho desenvolvido conjuntamente pelo *International Council on Human Rights Policy* e pela *Transparency International*, denominado *Corruption and Human Rights: Making the Connection*:

As identified in the ICHRP report, it is the vulnerable and marginalised – women, children and minority groups – who often suffer corruption’s harshest consequences. In dealings with police, judges, hospitals, schools and other basic public services, poor citizens tend to suffer more violations than the rich and see a larger share of their resources eaten away. In Mexico, it is estimated that approximately 25 percent of the income earned by poor households is lost to petty corruption.

Those with the least influence are left with little recourse against bribery. In Bangladesh, surveys show that nearly one-third of girls trying to enrol in a government stipend scheme for extremely poor students had to pay a bribe, while half had to make a ‘payment’ before collecting their awarded scholarship. In Madagascar, one-quarter of all households are forced to cover school ‘enrolment’ fees although all primary education is ‘free’.

...

Those who commit corrupt acts will attempt to protect themselves from detection and maintain their positions of power. In doing so, they are likely to further oppress people who are not in positions of power, including most

¹⁵ http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/568211. Consultado em 29/12/2017.

members of the groups listed above. The latter tend both to be more exploited, and less able to defend themselves: in this sense, corruption reinforces their exclusion and the discrimination to which they are exposed.¹⁶

Como se observa, a corrupção além de reduzir as possibilidades de desenvolvimento econômico, o que atinge com maior rigor os grupos menos favorecidos, também tem o efeito de inibir a gozo de direitos por esta mesma parcela da humanidade, que, por substancialmente dependente dos serviços públicos, vê agravada a sua situação de pobreza.

5. Direito fundamental a uma existência livre de corrupção

No já referido trabalho denominado *Corruption and Human Rights: Making the Connection* há uma passagem, que embora secundária, merece referência, eis que acopla perfeitamente ao presente estudo:

Alguns estudiosos defendem o reconhecimento de um direito de viver em um mundo livre de corrupção. Eles tomam por base o fato de que a corrupção endêmica destrói os valores fundamentais da dignidade humana e da igualdade

¹⁶ Em livre tradução: “Como identificado pelo relatório do ICHRP, são os vulneráveis e marginalizados – mulheres, crianças e grupos minoritários – que frequentemente sofrem as mais duras consequências da corrupção. Nas relações com a polícia, com juizes, hospitais, escolas e outros serviços públicos básicos, os pobres tendem a sofrer mais violações do que os ricos e vem uma grande parte dos seus recursos sendo consumidos. No México, é estimado que aproximadamente 25% da renda das famílias pobres é perdida para pequenos atos de corrupção.

Aqueles com menor influência ficam com poucos recursos frente ao suborno. Em Bangladesh, dados demonstram que aproximadamente 1/3 das meninas que tentam obter subsídios do governo para alunos extremamente pobres foi obrigado que pagar propina, enquanto a metade tinha que fazer um “pagamento” antes de usufruir de sua bolsa de estudos. Em Madagascar, ¼ das famílias são obrigadas a pagar taxa de “inscrição” nas escolas, muito embora o ensino primário seja gratuito.”

Aqueles que cometeram atos de corrupção vão tentar proteger a si mesmos da prisão e manter suas posições de poder. Ao fazê-lo, é provável que continuem a oprimir pessoas que não estão em posições de poder, incluindo a maioria dos membros dos grupos listados acima. Estes últimos tendem a ser mais explorados, e menos capazes de se defender: neste sentido, a corrupção reforça sua exclusão e a discriminação a que estão expostos. Disponível em http://www.ichrp.org/files/reports/40/131_web.pdf. Consultado em 24/12/2017.

política, tornando impossível garantir os direitos à vida, à dignidade pessoal e à igualdade, e muitos outros direitos” (tradução livre)

Em março de 2013 na cidade de Genebra, a ONU emitiu o Relatório A/HRC/23/26, no qual se confirma a corrupção como um grave atentado aos Direitos Humanos¹⁷:

“Durante el debate, todos los oradores hicieron hincapié en los vínculos entre la corrupción y los derechos humanos, desde los efectos negativos de la corrupción en una amplia gama de derechos humanos hasta la importancia de los derechos humanos en el fortalecimiento de las actividades anticorrupción. Muchos reconocieron que la corrupción afectaba a todos los países y subrayaron la necesidad de combatirla en los planos nacional e internacional con un enfoque integral y una mayor cooperación. La corrupción generaba injusticia y obstaculizaba el ejercicio de los derechos humanos, la consecución del desarrollo y de los ODM, entre otras cosas, la erradicación de la pobreza y del hambre y la prestación de servicios básicos. También limitaba gravemente la capacidad de la administración pública para garantizar el disfrute de los derechos humanos. La lucha contra la corrupción era un aspecto importante para la garantía de los derechos humanos y se necesitaban esfuerzos concertados para combatir la corrupción y sus manifestaciones.”¹⁸

¹⁷ A esse respeito, veja-se ONU. Assembleia Geral. Consejo de Derechos Humanos. *Informe resumido acerca de la mesa redonda sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*. Mesa redonda celebrada en Ginebra el 13 de marzo de 2013 (A/HRC/23/26).

¹⁸ Em tradução livre: “Durante o debate, todos os oradores enfatizaram os vínculos entre corrupção e direitos humanos, desde os efeitos negativos da corrupção em uma ampla gama de direitos humanos e da importância dos direitos humanos no fortalecimento das atividades de combate à corrupção. Muitos reconheceram que a corrupção afeta todos os países e enfatizaram a necessidade de a combater nos níveis nacional e internacional com uma abordagem abrangente e uma maior cooperação. A corrupção gera injustiça e impede o exercício dos direitos humanos, a realização do desenvolvimento e os ODM [Objetivos do Milênio], dentre outras coisas, a erradicação da pobreza e da fome e a prestação de serviços básicos. Também limitou severamente a capacidade da administração pública para garantir o gozo dos direitos humanos. A luta contra a corrupção constitui um aspecto importante para garantir os direitos humanos e são necessários esforços concentrados para combater a corrupção e suas manifestações”.

Com fundamento no Relatório da referida Conferência, o Conselho de Direitos Humanos (CDH) da ONU editou a Resolução 23/9, de 20 de junho de 2013 (A/HRC/RES/23/9). Por meio dela foi solicitado ao Comitê Assessor a apresentação de um relatório de investigação sobre as consequências negativas da corrupção no gozo dos Direitos Humanos.

Como resultado dessa pesquisa, o Comitê Assessor do CDH da ONU elaborou o Relatório Final A/HRC/28/73¹⁹, de 05 de janeiro de 2015. Este documento foi construído com base nas respostas a um questionário por 73 instituições, sendo 37 países, 16 instituições de Direitos Humanos, 14 organizações não governamentais ou sociedade civil, e 6 organizações internacionais ou regionais e instituições acadêmicas. No referido Relatório, o Comitê Assessor do CDH da ONU afirma que:

“18. Esta visão é apoiada por muitas das respostas ao questionário, por diferentes partes interessadas. As respostas deixam claro que a corrupção tem um impacto negativo sobre o gozo dos direitos humanos. Eles mencionam uma ampla gama de direitos humanos que podem ser violados pela corrupção. Estes incluem os direitos econômicos e sociais, tais como o direito ao trabalho, o direito à alimentação, o direito à moradia, o direito à saúde, o direito à educação, bem como o direito aos serviços públicos; o direito ao desenvolvimento; o princípio da não-discriminação; e direitos civis e políticos, como o direito a um julgamento justo e o direito à participação do público. Esta visão geral ilustra a tese acima referida, que quase todos os direitos humanos podem ser afetados por corrupção;” (tradução livre)

Portanto, na visão das Nações Unidas, a corrupção, com efeito, tem a capacidade de, direta ou indiretamente, causar relevante abalos ao nascimento e ao gozo dos direitos fundamentais, bem como aos serviços públicos indispensáveis a sua concreção.

No âmbito da ordem econômica, como já visto, a corrupção prejudica o desenvolvimento inibindo que ele, na forma do artigo 170 da Constituição, crie condições para uma existência digna para todos, tendo ainda o perverso efeito de causar desigualdades sociais.

¹⁹ Disponível em <http://undocs.org/en/A/HRC/28/73>. Consultado em 29/12/2017

No condizente à governança, a corrupção passa a influenciar na forma como o poder é exercido e como as escolhas são tomadas, causando prejuízos aos serviços públicos e danos aos seus usuários, como maior relevância os menos favorecidos economicamente, eis que mais dependentes das prestações públicas.

Ora, se a corrupção se contrapõe aos direitos fundamentais, é correto dizer que estando o Estado e a sociedade livre de tal mal, estarão estabelecidas, em grande parte, as condições para que os direitos e garantias fundamentais se efetivem, aprimorando a qualidade de vida de todas as pessoas. Em outras palavras, é correto afirmar que se qualificam dentre os Direitos Fundamentais a expectativa de viver em um mundo livre de corrupção.

E aqui somos forçados a invocar a previsão constitucional presente no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Brasileira, que estabelece que *“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”*

Ou seja, os direitos fundamentais não são apenas aqueles que se encontram referidos no texto constitucional, já que podem ser os decorrentes do seu regime e dos princípios adotados pela Carta, mesmo que escritos.

Ressalte-se, inclusive, que pelos textos transcritos acima, parece-me haver uma tendência das Nações Unidas em fixar o direito a um mundo livre de corrupção no rol dos Direitos Humanos.

Nesse contexto, sendo certo que tudo aquilo que densifica e aprimora os direitos fundamentais, passam a gozar do mesmo *status* normativo, tem-se que um Estado e uma sociedade livres de corrupção, assim como os mecanismos legais concebidos para garantir esta condição, constituem direito fundamental titularizado pela sociedade brasileira.

O reconhecimento deste *status* ao Direito a uma vida livre de corrupção tem grande importância jurídico-constitucional, porquanto passam as políticas públicas tendentes a limpar o Estado a **ser regidas pelo princípio constitucional da vedação de retrocesso**, não podendo ser atacadas, revogadas ou desconstituídas por aqueles que integram um Poder contaminado pela corrupção.

Sabidamente, em momentos de descoberta de grandes escândalos de corrupção, forças obscuras, advindas das classes que se beneficiam dos imbróglios, iniciam movimento para atacar tanto os agentes responsáveis

pelas investigações, suas instituições e o próprio arcabouço normativo que legitima as ações anticorrupção, pelo que a construção de uma blindagem se faz necessária.

Assim, esse imoral movimento, à luz do princípio da vedação de retrocesso, não teria condições constitucionais de se efetivar, porquanto representaria um ataque a ferramentas legalmente instituídas para garantir o Direito Fundamental a uma vida livre de corrupção. E, como qualquer ataque a uma garantia ou a um Direito Fundamental, ou mesmo a uma ferramenta que o densifica, o retrocesso afigurar-se-ia inconstitucional.

A mesma força normativa da constituição que se aplica aos Direitos Fundamentais deve ser estendida aos comportamentos que atentem contra suas ferramentas de defesa, motivo pelo qual é correto classificar o Direito a um Estado e a uma sociedade livre de corrupção dentre os Direitos e Garantias Fundamentais.

6. Conclusões

Ante a análise realizada no presente artigo, podemos concluir que:

- a) A corrupção gera evidentes impactos sobre o desenvolvimento econômico, porquanto tem o efeito de subverter os pilares que sustentam a ordem econômica, tais como a livre concorrência, a vedação de favorecimento concorrencial e controle artificial de preços, dentre outros;
- b) Prejuízos ao desenvolvimento econômico, inibem a concreção do primado constitucional presente no artigo 170, CF, no sentido de que a Ordem Econômica “*tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”. De fato, ao distorcer os princípios sustentadores da Ordem Econômica, a corrupção tem o efeito de reduzir a criação de riqueza e sua difusão sobre toda a sociedade, gerando não apenas pobreza, mas também concentração da riqueza produzida;
- c) No âmbito do Estado, a corrupção impacta negativamente na governança, fazendo que o exercício do poder não se dê segundo os propósitos constitucionais, e que o processo de tomadas de decisões não tenha como norte orientador único o bem comum.

- d) O impacto negativo sobre a governança gera serviços públicos deficitários e ineficientes, com maior impacto sobre as populações menos favorecidas, que se afiguram mais dependentes das prestações públicas do que as de melhor renda. Com isso, os mais pobres, provavelmente já vitimados pelo esfacelamento que a corrupção impôs sobre a Ordem Econômica, não são eficazmente protegidos pelo Estado, não detendo perspectiva para a efetivação de seus Direitos Fundamentais e para a melhoria de suas condições de vida;
- e) Por gerar reflexos prejudiciais aos Direitos e Garantias Fundamentais, a corrupção deve ser compreendida como um atentado a tais prerrogativas. Por outro lado, o sistema normativo concebido para combater a corrupção e garantir um Estado e uma sociedade limpa, bem como seus instrumentos de efetivação, integram o mesmo espectro de Direitos Fundamentais, pelo que se submetem ao princípio constitucional da vedação de retrocesso.

Assim, pode-se afirmar que a corrupção atinge duplamente os mais pobres; causa pobreza por desestruturar a Ordem Econômica, e prejudica lhes a oferta e qualidade dos serviços públicos indispensáveis a sua dignidade. Dessa forma, os instrumentos de combate à corrupção, por atacarem um fenômeno que atenta contra os Direitos Humanos Fundamentais, devem ostentar tratamento normativo mais robusto, de modo a se manterem hígidos mesmo diante de investidas promovidas por integrantes de um Poder Público contaminado pela corrupção.

Referências

- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PROENÇA, José Marcelo Martins, *Concentração Empresarial e o Direitos da Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 4ª reimpressão da Edição de Julho/2003. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2016.

STRECK, Lênio. *Constituição, Hermenêutica e Teoria Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo Sobre Direitos Fundamentais*. 1ª Edição Brasileira, 2ª Edição Portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTTIUZZO, Marcela. *Concorrência e Corrupção – programas de compliance no debate jurídico-institucional brasileiro*. CADE – Revista de Defesa da Concorrência, número 1, volume 5, maio 2017. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/292>> Acesso em 30/12/2017.

VIERA, Gabriela Alves Mendes. VARELLA, Marcelo Dias. *A Conexão Entre os Direitos Humanos e a Corrupção*. UNICEUB – Revista de Direito Internacional. Brasília, Volume 12, número 2, 2014. Pág. 477/493. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3118>. Acesso em 30/12/2017.

CHETWYND, Eric. CHETWYND, Frances e SPECTOR, Bertram. *Corruption and Poverty – A Review of Recent Literature*. Anti-Corruption Resource Centre. Washington: Janeiro, 2003. Disponível em <http://www.u4.no/recommended-reading/corruption-and-poverty-a-review-of-recent-literature/>. Acesso em 30/12/2017.

SUÍÇA. International Council on Human Rights Policy e Transparency International. *Corruption and Human Rights: Making the Connection*. Genebra, 2009.

SUIÇA. United Nations – Office of The High Commissioner on Human Rights (OHCHR). *Human Rights and Anti-Corruption*. Genebra, 2015. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/AntiCorruption.aspx>. Acesso em 30.12.2017.

United Nations – General Assembly – Human Rights Council. *A/HRC/28/73 – Final Report of The Human Rights Council Advisory Committee on the Issue Of the Negative Impact of Corruption on the Enjoyment of Human Right*. 5 de julho de 2015. Disponível em: <<http://undocs.org/en/A/HRC/28/73>> Acesso em 29/12/2017

Breves apontamentos sobre o sistema jurídico europeu e os instrumentos de controle da corrupção

Brief appointments on the european legal system and the control instruments of corruption

MÁRIO MIRANDA DE OLIVEIRA¹

Resumo: A União Europeia apresenta uma ordem jurídica com características que a tornam especial, tendo em vista que ela é distinta da ordem jurídica interna dos Estados e também da ordem jurídica internacional, além de possuir princípios e conceitos próprios. O sistema jurídico da União Europeia apresenta atualmente grau de amadurecimento e evolução do bloco, seja em função das normas vigentes, seja em razão da jurisprudência criada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Entre os princípios norteadores da aplicação do direito da União Europeia, temos o da autonomia e do primado, exemplificativamente. Normas e dispositivos de controle e combate à corrupção são temas e valores de interesse da União Europeia, com aplicação em todos os Estados do bloco, no limite e alcance de suas normas.

Palavras-chave: *Direito da União Europeia. Ordens Jurídicas Próprias. Conflitos de Aplicação e Princípios. Convivência. Normas sobre Corrupção.*

Abstract: The European Union presents a legal order with characteristics that make it special, since it is distinct from the internal legal order of States and also

¹ Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2001). Pós-graduado em Direito Público pelo CAD/Universidade Gama Filho (2001). Pós-graduado em Direito Constitucional pelo IEC/PUC/MINAS (2009). Advogado militante no foro de Belo Horizonte (2001-2003) até ingresso na Advocacia Geral da União (2003). Atualmente exerce as funções de Procurador Federal. Possui experiência em docência acadêmica no ensino superior de Direito. Autor de artigos. Vide currículo na Plataforma Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/8437603713479697>>.

from the international legal order, and has its own principles and concepts. The legal system of the European Union is currently showing a degree of maturity and development in the bloc, depending on the rules in force, or on the basis of case law established by the Court of Justice of the European Union. Among the guiding principles of the application of European Union law is that of autonomy and primacy, exemplarily. Norms and mechanisms to control and combat corruption are themes and values of interest to the European Union, with application in all the States of the bloc, within the limits and scope of its norms.

Key words: *European Union law – Own legal orders – Conflicts of application and principles – Coexistence – Norms on Corruption.*

1. Introdução

Este artigo surge como resultado de uma experiência profissional sem precedentes, ligada ao módulo inaugural do Curso Mecanismos de Controle e Combate à Corrupção na Contratação Pública (nos termos do Acordo de Cooperação firmado entre a Advocacia-Geral da União (AGU) e a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa – NOVA Direito), realizado em setembro de 2017, na cidade de Lisboa, Portugal.

A escolha do tema surgiu do contato com o sistema jurídico europeu, no qual visualizam-se diferentes ordens jurídicas sobrepostas, cuja integração se aprimora a cada dia, na medida do amadurecimento e evolução do bloco.

De um lado, as ordens jurídicas nacionais. De outro, a União Europeia e suas fontes normativas, com aplicação nos Estados nacionais.

Importa afirmar a existência de um constitucionalismo além do Estado, de níveis múltiplos, com características próprias, em comparação com o modelo brasileiro ou clássico, aqui considerado como um Estado, individualmente visto e analisado.

O direito nacional e o direito da União Europeia são duas partes interdependentes, intervenientes e que se influenciam. Assim, uma breve pesquisa às fontes do direito da União Europeia se mostrou instigante e necessária.

A existência, no mesmo espaço jurídico, de dois ordenamentos distintos potencialmente aplicáveis aos mesmos casos propicia o aparecimento de conflitos entre as normas provenientes de cada um deles, pelo que se afigura

necessário definir regras de aplicação normativa, bem como permear a lógica de sua solução.

Alguns princípios que atuam na solução desse conflito, isto é, direito da União Europeia *versus* direito dos Estados nacionais, serão tratadas neste artigo. Contudo, tal abordagem não possuirá pretensão exauriente.

Sem perder o foco na questão que motivou o aludido Curso, trato, somente como referência, de tema que será melhor aprofundado em outra oportunidade, qual seja, a previsão de combate à corrupção no âmbito da União Europeia.

Enfim, muito mais que respostas, o Curso deixou diversas perguntas em aberto, as quais desafiarão novos estudos aprofundados sobre a matéria.

2. Breves linhas sobre o constitucionalismo da União Europeia

Muito se discute, em comparação ao Direito Constitucional clássico, sobre a existência de uma Constituição Europeia, muito embora tenha ocorrido o fracasso do Tratado Constitucional de Roma de 29 de outubro de 2004.

Sob uma perspectiva formal e material de Constituição, poderíamos definir alguns elementos que seriam comuns dentro da conceituação tradicional do tema:

1. a existência de um ou mais documentos que codificam a maior parte de um Direito Constitucional;
2. hierarquia ou possibilidade de coerção em relação ao restante da legislação;
3. fruto da manifestação do poder constituinte originário, um dos elementos formadores do Estado, o povo, e;
4. conjunto de normas que definem os valores, fins, objetivos, direitos e garantias fundamentais, seja em face dos demais indivíduos, seja em face do Estado, bem como formatam o Ente estatal, definindo seus órgãos e funções.

Ainda com foco na perspectiva material, a função da Constituição² prende-se à formatação de instituições da máquina governamental, com o

² Entendemos como Constituição, o conjunto de regras fundamentais com uma força jurídica vinculante, as quais tratam de conceitos, valores e definições como sistema de governo

respeito a determinados valores e princípios consagrados pelos documentos instituidores.

Colocadas tais premissas, neste contexto, continua a ser problemático individualizar no direito da União Europeia uma Constituição no sentido de um instrumento criado por um poder constituinte originário, proveniente de um povo em um determinado momento histórico, com representantes previamente escolhidos para tal finalidade nos moldes de uma tradicional assembleia nacional constituinte.

Igualmente é certo que as atuais Constituições, mesmo considerando os modelos clássicos, admitem a inserção de normas, de igual grandeza, até mesmo colocadas em posição de destaque no contexto do texto, mesmo que não proveniente do poder constituinte originário,³ mas por procedimentos específicos dos poderes instituídos.

Por outro lado, encontra-se, certamente, no direito da União Europeia, um conjunto de regras e princípios básicos relativos aos três poderes públicos – legislativo, executivo e judiciário – bem como um conjunto de regras e princípios, atinentes aos direitos dos cidadãos.

O TUE (Tratado da União Europeia) indica explicitamente no seu artigo 2º,⁴ a base valorativa da União, com vinculação do legislador e do administrador da União e dos seus Estados, inclusive dos Tribunais da União e dos Tribunais nacionais. Neste ponto, identificamos valores eleitos como o respeito pela dignidade humana, a liberdade, democracia, igualdade, do Estado de direito, o respeito as minorias, similares aos consagrados tradicionalmente pelas Constituições dos Estados.

O artigo 3º do TUE prevê os fins da União que coincidem com as finalidades dos Estados que compõem o bloco. Seriam eles, a promoção da paz,

de uma comunidade política ou de uma pluralidade de comunidades políticas integradas num todo mais vasto.

³ A título de exemplo, cito o artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Brasileira:

“§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁴ A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

dos seus valores e do bem-estar dos povos (nº 1); a liberdade, a segurança e a justiça (nº 2); O desenvolvimento sustentável, face num crescimento econômico equilibrado, o pleno emprego e o progresso social e a melhoria da qualidade do ambiente (nº 3, par. 1º); o combate à exclusão social e às discriminações, a promoção da justiça e da proteção social, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre gerações e a proteção dos direitos das crianças (nº 3, par. 2º), caminham no sentido dos bens e interesses comuns, tradicionalmente adotados em constituições dos Estados.

Os órgãos da União, que possuem personalidade jurídica própria,⁵ dentro da sua atual estrutura e atribuição, devem respeitar os valores consagrados quando editam atos legislativos ou administrativos. Tais fatores são colocados pelo TUE desde as práticas administrativas internas até a sua atuação externa (artigos 3º, nº 5, e 21º, nº 1, e nº 2, al. a).

Os Estados, igualmente, devem respeitar valores eleitos da União. Segundo o artigo 49º⁶ do TUE, a adesão à União de um novo Estado-membro depende, antes de qualquer coisa, do respeito dos valores referidos no artigo 2º do mesmo Tratado. Ainda de acordo com o artigo 7º⁷ a existência de violação ou até mesmo o risco de violação dos valores referidos no artigo 2º, pode levar à suspensão de certos direitos dos Estados. A repercussão

⁵ Artigo 47º: A União tem personalidade jurídica. TUE. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2018.

⁶ Qualquer Estado europeu que respeite os valores referidos no artigo 2º e esteja empenhado em promovê-los pode pedir para se tornar membro da União. O Parlamento Europeu e os Parlamentos nacionais são informados desse pedido. O Estado requerente dirige o seu pedido ao Conselho, que se pronuncia por unanimidade, após ter consultado a Comissão e após aprovação do Parlamento Europeu, que se pronunciará por maioria dos membros que o compõem. São tidos em conta os critérios de elegibilidade aprovados pelo Conselho Europeu.

As condições de admissão e as adaptações dos Tratados em que se funda a União, decorrentes dessa admissão, serão objeto de acordo entre os Estados-Membros e o Estado peticionário. Esse acordo será submetido à ratificação de todos os Estados Contratantes, de acordo com as respetivas normas constitucionais.

⁷ Sob proposta fundamentada de um terço dos Estados-Membros, do Parlamento Europeu ou da Comissão Europeia, o Conselho, deliberando por maioria qualificada de quatro quintos dos seus membros, e após aprovação do Parlamento Europeu, pode verificar a existência de um risco manifesto de violação grave dos valores referidos no artigo 2º, por parte de um Estado-Membro. Antes de proceder a essa constatação, o Conselho deve ouvir o Estado-Membro em questão e pode dirigir-lhe recomendações, deliberando segundo o mesmo processo.

de eventual suspensão pode atingir o direito de voto⁸ do representante desse Estado no Conselho.

No entanto, a alteração introduzida pelo Tratado de Lisboa (TL), de 13 de dezembro de 2007, foi, sem dúvida, a mais impactante, do ponto de vista do aqui denominado constitucionalismo da União Europeia. Houve o reconhecimento dos direitos, liberdades e princípios contidos na CDFUE (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) com valor jurídico idêntico ao dos Tratados, artigo 6º nº 1º do TUE, considerando as fontes do direito Europeu.

Parte da doutrina, inclusive, afirma que o TL teve por missão integrar a substância do rejeitado tratado constitucional de 2004.¹⁰

Por conseguinte, a União passou a dispor de um catálogo de direitos fundamentais, o qual pode ser invocado no Tribunal de Justiça da União Europeia e nos Tribunais nacionais.

O TL alargou igualmente as possibilidades de acesso dos indivíduos aos Tribunais da União Europeia.

Neste contexto vislumbramos características de um constitucionalismo,¹¹ de modo a termos um conjunto de valores e fins, uma estrutura organizada, princípios interpretativos, salvaguarda de Direitos Fundamentais e, especialmente, com mecanismos que façam valer a autoridade de suas escolhas, com as características próprias que o bloco vem construindo ao longo de anos.

⁸ Se tiver sido verificada a existência da violação a que se refere o n. 2, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode decidir suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação dos Tratados ao Estado-Membro em causa, incluindo o direito de voto do representante do Governo desse Estado-Membro no Conselho. Ao fazê-lo, o Conselho terá em conta as eventuais consequências dessa suspensão nos direitos e obrigações das pessoas singulares e coletivas.

⁹ A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 07 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.

¹⁰ Autores como Paulo de Pitta e Cunha preferem dar ao tratado a adjetivação de “resuscitador da Constituição Européia” (2008, p. 35).

¹¹ O TJUE já definiu os tratados da União como a “carta constitucional de base de uma Comunidade de Direito”, no acordão de 23 de abril de 1986, Os Verdes/Parlamento, 294/83, Colect. 1986, p. 1339, e por último o de 10 de julho de 2003, Comissão/BEI, C 15/00, Colect.2003, Pi7281, N. 75.

3. Fontes do Direito Europeu. Considerações pontuais

A ordem jurídica da União Europeia possui características que a tornam especial, tendo em vista que ela é distinta da ordem jurídica interna e também da ordem jurídica internacional. Essa divide-se em Direito Originário e Direito Derivado.

O Direito Originário constitui-se na primeira fonte do direito da União Europeia e serve de parâmetro para validar outras regras. Os Tratados institutivos¹² são a espinha dorsal do Direito Originário, constituindo fonte direta e primária do direito da União Europeia, os quais fixam a divisão de poderes entre a União e os Estados.

Registre-se que a ordem jurídica da União Europeia funda-se em dois tratados, o TUE¹³ e o TFUE¹⁴, com suas alterações, em especial aquelas feitas pelo Tratado de Lisboa,¹⁵ os quais se constituem na base fundamental e encontram-se no topo da hierarquia do Direito da União Europeia.

O Tratado de Lisboa estabeleceu uma nova arquitetura institucional, com alterações no Parlamento Europeu, Conselho Europeu, Comissões, Tribunal de Justiça da União, sendo, por conseguinte, um tratado de destaque dentro do bloco. Institui-se uma hierarquia de normas e atos da União, com o critério distintivo dos atos que são de natureza legislativa e os de natureza não legislativa, dentre outras alterações. No referido tratado

¹² Englobam todos os Tratados originários. (Tratado de Paris, Tratados de Roma, Tratado de Fusão, Ato Único Europeu, Tratado de Maastrich, Tratado de Amsterdã, Tratado de Nice, Tratado de Lisboa). Leia mais em: <<https://www.webartigos.com/artigos/os-tratados-constitutivos-da-uniao-europeia-breve-analise/74168#ixzz53jnUYGeZ>>.

¹³ O Tratado de Maastricht alterou os tratados europeus anteriores e criou uma União Europeia assente em três pilares: as Comunidades Europeias, a política externa e de segurança comum (PESC) e a cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos (JAI). Tendo em vista o alargamento da União, o Tratado de Amsterdã introduziu as adaptações necessárias a um funcionamento mais eficaz e democrático da União.

¹⁴ O antigo TCE, assinados em 25 de março de 1957 em Roma, foi renomeado para Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (TFUE) com o Tratado de Lisboa.

¹⁵ O Tratado de Lisboa, também conhecido como Tratado Reformador é um tratado que foi assinado pelos Estados-membros da União Europeia (UE), em 13 de dezembro de 2007, e que reformou o funcionamento da União em 1º de dezembro de 2009, quando entrou em vigor. Ele emenda o Tratado da União Europeia (TUE, Maastricht; 1992) e o Tratado que estabelece a Comunidade Europeia (TCE, Roma; 1957). Neste processo, o TCE foi renomeado para Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

houve também o reconhecimento dos direitos, liberdades e princípios contidos na CDFUE¹⁶, de 07 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, que possui o mesmo valor jurídico que os Tratados.

A vigência dos Tratados, fixada como ilimitada, está preconizada no artigo 53^{o17} do TUE e no artigo 356^{o18} do TFUE.

Por sua vez, os Princípios Gerais de Direito possuem importante papel no ordenamento jurídico europeu, pois são aplicados de forma reiterada nos julgados do Tribunal de Justiça da União Europeia. A interpretação e aplicação dos Tratados não dispensa a utilização dos Princípios Gerais de Direito, cuja função são de referência de legalidade, integrativas do Direito Originário e do Direito Derivado.

O Direito Derivado é constituído pelos atos unilaterais¹⁹ e pelos acordos²⁰.

O TFUE, em seu artigo 288^o,²¹ preconiza que *para exercerem as competências da União, as instituições adotam regularmente, diretivas, decisões, recomenda-*

¹⁶ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=PT>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

¹⁷ Artigo 53^o: O presente Tratado tem vigência ilimitada. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF> e <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2018.

¹⁸ Artigo 356^o: O presente Tratado tem vigência ilimitada. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2018.

¹⁹ Os actos unilaterais são sobretudo os referidos no artigo 288^o do Tratado sobre o Funcionamento da UE: regulamentos, directivas, decisões, pareceres e recomendações. Há ainda actos específicos que se baseiam em Tratados anteriores: por exemplo, no domínio penal algumas «decisões-quadro» continuam em vigor (apesar terem sido adoptadas antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, num período em que a cooperação judiciária e policial em matéria penal tinha um estatuto específico – pode encontrar mais informações sobre esta questão seguindo a ligação sínteses – matéria penal até Novembro de 2009). Os actos juridicamente vinculativos adoptados nos termos do processo legislativo (como os regulamentos, directivas e decisões-quadro) são designados actos legislativos ou «legislação». Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_eu_law-3-pt.do>. Acesso em: 31 jan. 2018.

²⁰ Os acordos incluem: acordos ou convenções internacionais assinadas pela Comunidade ou pela União Europeia e um país ou organização exteriores à UE, acordos entre Estados-Membros e acordos interinstitucionais celebrados por várias instituições da UE. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_eu_law-3-pt.do>. Acesso em: 31 jan. 2018.

²¹ Art. 288: Para exercerem as competências da União, as instituições adoptam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. O regulamento tem carácter geral. É

ções e pareceres. Sendo assim, se faz necessário, mesmo que brevemente, conceituá-los. O regulamento, conforme definição extraída do §2º, do artigo 288º do TFUE, *tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-membros*; A diretiva, conforme definição do §3º, do TFUE, *vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios*; Já a decisão, conforme definição do §4º, do artigo 288º TFUE, *é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários só é obrigatória para estes*; e por fim, as recomendações e pareceres são atos não vinculativos, dentro da sistemática proposta.

Sem dúvida, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia exerce função primordial e essencial na interpretação e aplicação do direito da União Europeia, como será demonstrado. A Jurisprudência possui métodos interpretativos, tais quais, subjetivista,²² textual,²³ teleológico²⁴ ou funcional e o sistemático.²⁵

Sem qualquer pretensão exauriente sobre o tema acima, trata-se da relação entre as ordens jurídicas vigentes.

4. As relações entre o direito da União Europeia e os dos Estados-membros

Os Tribunais são os responsáveis pela solução dos conflitos decorrentes da relação entre o direito da União Europeia e o direito dos Estados membros.

obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes. As recomendações e os pareceres não são vinculativos. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2018.

²² O primeiro consiste na interpretação em função da intenção dos autores das normas.

²³ Em que o juiz parte do texto para resolver as dificuldades de interpretação.

²⁴ O juiz baseia-se nos objetivos dos textos que pode interpretar livremente, de acordo com a evolução política, social e econômica.

²⁵ O TJUE apela ao contexto em que as disposições se inserem, chegando a abranger o próprio sistema geral dos Tratados.

Em virtude de suas características, se fez necessário buscar por um modelo que proporcionasse a coexistência entre os dois sistemas jurídicos existentes, quais sejam, o da União Europeia e os Estados que compõem o bloco.

Sendo assim, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), aliado à aplicação dos princípios regedores de sua atuação, proporcionou a convivência entre duas ordens jurídicas e distintas.

Respeitando as características do bloco, os Tribunais dos Estados também possuem grande relevância, uma vez que se mostram uma instância de aplicação do direito da União Europeia. Desta feita, passa-se à breve explanação de apenas dois princípios, exemplificativamente, que colmatam a convivência entre o direito da União Europeia e o direito dos Estados-membros.

4.1. Princípio da autonomia do Direito da União Europeia

O Direito da União Europeia goza de autonomia em relação ao direito internacional e ao direito dos Estados que compõe o bloco.

Nesse sentido, tem-se que

a autonomia do Direito Comunitário surgiu como o resultado de um reflexo defensivo do Tribunal de Justiça. Tratava-se, inicialmente, de preservar a especificidade do direito das comunidades e as ingerências dos direitos nacionais, constituindo tal autonomia o fundamento da ordem jurídica comunitária, afirmando ser a União uma nova ordem jurídica de direito internacional ou, mais simplesmente, uma ordem jurídica própria. (SILVA, 1995, p. 185 apud TAVARES, 2007).

Assim, la autonomía del derecho comunitario implica que los parámetros para valorar la validez de las normas comunitarias no se pueden buscar en los ordenamientos nacionales, sino el propio Derecho Comunitario (APARICIO TOVAR, s.d., p. 56).

Vale registrar que a autonomia do Direito Comunitário foi consagrada no acórdão Van Gend & Loos, onde Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) refere-se pela primeira vez à existência de uma *nova ordem jurídica de direito internacional*.

Porém, logo depois, a expressão direito internacional foi substituída, no caso Costa/ENEL, por *ordem jurídica própria*, o que para abalizada doutrina emancipou esse novo corpo de normas jurídicas de direito internacional do direito interno” (RIBEIRO, 1996, p. 26).

O direito da União Europeia possui autonomia, tendo em vista que

integrado embora no Direito Internacional em sentido amplo, ele caracteriza-se não só por diferentes modos de formação (ou por modos de formação que nele têm um relevo diferente que lhes é reconhecido no Direito Internacional geral), como por diferenças assimiláveis na sua aplicação (MOURA RAMOS, 1997, p. 100)

Sendo assim, a autonomia do direito da União Europeia implica em garantir posição de destaque do direito europeu sobre os direitos dos Estados, o que equivale na afirmação de que o direito da União Europeia interpretado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia tem aplicabilidade direta,²⁶⁻²⁷

²⁶ João Mota de Campos aponta alguns casos em que as decisões do TJCE produziram efeito direto na ordem interna dos Estados, sendo:

a) O Acórdão do TJCE que pronuncia a anulação de um ato da Autoridade Comunitária ao abrigo dos arts. 33-CECA, 173-CE e 146-EURATOM anula este ato erga omnes e produz, sem dúvida, um efeito direto e imediato na ordem interna dos Estados-membros, já que nenhuma autoridade ou jurisdição poderá, doravante, aplicar o ato anulado;

b) O Acórdão pelo qual o TJCE reconhece, na conformidade dos arts. 41-CECA, 177-CE e 150-EURATOM a invalidade de um ato da autoridade comunitária, vincula o juiz nacional “a quo” que não pode aplicar tal ato no ato concreto que é chamado a julgar;

c) O Acórdão pelo qual o TJCE faz a interpretação de uma regra de direito comunitário no processo de apreciação da questão prejudicial de interpretação estabelecido nos arts. 177-CE e 150-EURATOM vincula o Tribunal nacional “a quo” que fica obrigado a respeitar a interpretação fornecida, aplicando-a ao julgamento de fundo da questão sub judice; e

d) O Acórdão do TJCE que declara, na conformidade do art. 169-CE, que uma disposição do direito nacional viola uma regra comunitária diretamente aplicável implica para as autoridades nacionais competentes proibição de pleno direito de aplicar a prescrição nacional incompatível com o Tratado. Não se trata, neste caso, de revogação formal das disposições internas contrárias às regras comunitárias, mas o Acórdão determina uma interdição geral, para as autoridades nacionais competentes (órgãos legislativos, governamentais ou jurisdicionais) de aplicar aquelas disposições.” (1994).

²⁷ “Por eficacia o efecto directo se entiende que las normas comunitaria “pueden desplegar por si mismas plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez...crean derechos y obligaciones

não havendo entre eles conflito, pois, tem sim, primazia sobre o direito interno.

4.2. O princípio do primado – o direito da União e o direito dos Estados

Em que pese a inexistência de referência expressa no corpo do Tratado de Lisboa, a prevalência na aplicação do direito da União Europeia sobre o direito nacional dos Estados foi consolidada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Vale dizer, sua gênese foi eminentemente pretoriana.

No já citado acórdão *Van Gend & Loos*, o Tribunal declarou

efeito direto e portanto invocáveis pelos particulares junto aos tribunais nacionais todas as disposições claras, precisas completas e incondicionantes do Tratado de Roma, ainda que contivesse apenas obrigações para os Estados Membros.²⁸

Desde o acórdão *Costa ENEL*,²⁹ a prevalência na aplicação do Direito da União Europeia sobre o direito dos Estados-membros é *una exigência comunitária en cuanto a su fundamento, pero doméstica en cuanto a su alcance* (JOVEN GÓMEZ-FERRER, 2004, p. 193-194).

O Tribunal de Justiça da União Europeia sintetizou esse princípio nos seguintes termos

originário de uma fonte autônoma, o direito resultante do Tratado não poderia, por isso, em virtude da sua natureza específica original, vê-se judiciariamente

para todos aquellos que pueden verse afectados por su ámbito de aplicación” (APARICIO TOVAR, s.d., p. 60).

²⁸ Acórdão de 05 de fevereiro de 1963, 26/06, Colet.1962-1964, pp. 205 e ss.

²⁹ (...) o direito nascido do tratado não poderia, portanto, em razão da sua natureza específica original, ver-se judiciariamente opor um texto interno qualquer que seja, em perder o seu caráter comunitário e sem que posta em causa a base jurídica da própria Comunidade; Que a transferência, operada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna, a favor da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições tratado, implica uma transferência definitiva dos seus direitos soberanos contra a qual não se poderia prevalecer um ato unilateral ulterior incompatível com a noção de Comunidade.

confrontado com um texto de direito interno, qualquer que ele fosse, sem perder o seu carácter comunitário e sem que fosse posta em causa a base jurídica da própria Comunidade.

A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia consolidou o princípio do primado devido à sua notória importância, com função estruturante do próprio ordenamento jurídico comunitário. Impõe uma não aplicação da norma interna que contraria o direito comunitário, tanto Original, quanto Derivado.

Os Estados do bloco que não cumprem as normas jurídicas do Direito da União Europeia podem ser, inclusive, responsabilizados³⁰ conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a qual tem como escopo assegurar a tutela judicial efetiva.

Sendo assim, o juiz nacional deve aplicar o direito da União Europeia diretamente, em oposição ao direito nacional dos Estados-membros, mesmo que haja conflito ou divergência entre eles. Isso em função dos tribunais dos Estados serem os responsáveis para desaplicar normas internas contrárias aos direitos da União Europeia.

Contudo, tal princípio não é isento de temperamento e deve ser visto sob sua ótica própria, em detrimento dos conflitos que surgem em um sistema federal ou federado, cujas ideias de soberania e hierarquia não ajudam na compreensão da relação entre o direito da União Europeia e o direito dos Estados.

Nesta linha é correto afirmar que a autoridade da norma dos Estados do bloco não retira seus fundamentos de validade na norma da União, o que, via de regra, acontece no sistema federado. Por isso que, ao contrário dos sistemas federais, *a operatividade do primado como critério de solução de conflitos*

³⁰ Assim, no acórdão Francovich e Bonifaci, o Tribunal sufragou as conclusões do Advogado-Geral J. Mischo, segundo as quais, nos termos do Direito Comunitário, a responsabilidade do Estado deve ser suscetível de ser posta em causa pelo menos nos casos em que as condições que determinariam a responsabilidade da Comunidade em virtude da violação do Direito Comunitário por um dos seus órgãos estejam preenchidas. O Advogado-Geral fundamentava essa afirmação no facto de ser difícil de imaginar que a responsabilidade de um Estado-membro pudesse ser mais reduzida do que a da Comunidade, quando a responsabilidade desta é, por força do Tratado, construída com base nos princípios gerais comuns aos Estados-membros.

internormativos não interfere na validade da norma interna desalojada da norma comunitária (DUARTE, 2006, p. 353).

Segundo os professores Diogo de Freitas do Amaral e Nuno Piçarra,³¹ no Tratado de Lisboa não constou de forma expressa o princípio do primado em nenhum dos protocolos que lhe anexou e limitou-se a contemplar tal princípio na Declaração nº 17, anexada a Acta Final, tendo por epígrafe

Declaração sobre o primado do direito comunitário, redigida nos seguintes termos: “A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência.”³²

Creemos que a consagração em ata anexa não lhe retira ou diminui sua legitimidade ou autoridade, e, em sentido contrário, é compatível com a

³¹ No artigo: “O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da união Europeia: uma ‘evolução na continuidade’”.

³² Para ser plenamente congruente com o conteúdo da Declaração nº 17, a sua epígrafe deveria ser “Declaração sobre o primado do direito da União Europeia”, tanto mais que, por força do artigo 2º, ponto 1, do Tratado de Lisboa, o TCE passa a denominar-se Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e em todo o seu texto, salvo duas excepções, “os termos «a Comunidade» ou «a Comunidade Europeia» são substituídos por «a União», os termos «das Comunidades Europeias» ou «da CEE» são substituídos por «da União Europeia» e os adjectivos «comunitário», «comunitária», «comunitários» e «comunitárias» são substituídos por «da União»” (ponto 2.a). Além disso, de acordo com o artigo 1.º, terceiro parágrafo, in fine, do TUE, na redacção dada pelo Tratado de Lisboa, “a União substitui-se e sucede à Comunidade Europeia”. Note-se, desde já, que a substituição e sucessão da Comunidade Europeia pela União Europeia (UE), assim determinada pelo Tratado de Lisboa, marca simultaneamente a generalização do “método comunitário”, na sua bem conhecida singularidade institucional, decisória e normativa, ao conjunto das matérias abrangidas pela competência da UE, com a importante excepção das que constam do Título V do TUE (acção externa da União e política externa e de segurança comum). Por isso mesmo, autores como Maria Luísa Duarte (2008, p. 8) e Paulo de Pitta e Cunha (2008, p. 37), entendem que a generalização do método comunitário no âmbito da União Europeia deveria ter implicado a manutenção dos termos excluídos do texto dos Tratados. Recorde-se a este respeito que o Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa, de que a seguir se falará, determinando igualmente a substituição e a sucessão da Comunidade Europeia pela UE, não deixava de conter uma disposição (artigo I-1.º, n.º 1, segunda parte) nos termos da qual “A União (...) exerce em moldes comunitários as competências que [os Estados-Membros] lhe atribuem” (ênfase acrescentada).

construção e estruturação do próprio bloco, respeitando a história vivida e a tradição pretoriana. A atipicidade da própria União Europeia, frente a uma das formas tradicionais conhecidas, demanda solução que respeite e possibilite a continuidade do progresso sobre o tema.

O princípio do primado é visto sob uma perspectiva dinâmica, que admite limites constitucionais nacionais decorrentes da identidade dos Estados,³³ das tradições consagradas,³⁴ do nível de proteção dos direitos fundamentais previstos nas Constituições dos Estados.³⁵

Seja como for, a solução do TL não deixa de consagrar o reconhecimento oficial ao princípio para todo o bloco, havendo segurança para a continuidade do trabalho integrativo do Tribunal. O fato possibilita sua incidência, estruturado com o respeito às características do bloco, num “estado de abertura” nas palavras dos professores Diogo de Freitas do Amaral e Nuno Piçarra (AMARAL; PIÇARRA, 2008, p. 187-222).

5. O controle, combate e a repressão da corrupção na União Europeia. Uma abordagem da previsão normativa do tema

Em conexão com o Curso realizado na capital portuguesa, observamos que no contexto dos mecanismos da União Europeia de controle e combate a

³³ Conselho Constitucional Francês, Decisão n 2006-540 CD de 27 de julho de 2006 e n 2006-543 de 30 de novembro de 2006.

³⁴ Preâmbulo do TCU, versão consolidada: (...) SUA MAJESTADE O REI DOS BELGAS, SUA MAJESTADE A RAINHA DA DINAMARCA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, O PRESIDENTE DA IRLANDA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA HELÉNICA, SUA MAJESTADE O REI DE ESPANHA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FRANCESA, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA ITALIANA, SUA ALTEZA REAL O GRÃO-DUQUE DO LUXEMBURGO, SUA MAJESTADE A RAINHA DOS PAÍSES BAIXOS, O PRESIDENTE DA REPÚBLICA PORTUGUESA, SUA MAJESTADE A RAINHA DO REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E DA IRLANDA DO NORTE(...) DESEJANDO aprofundar a solidariedade entre os seus povos, respeitando a sua história, cultura e tradições (...)

³⁵ Artigo 6º, item 3 do TUE, versão consolidada: o direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

corrupção ganham relevo, uma vez que são princípios e valores consagrados nos Tratados que irão repercutir no seio dos Estados.

A corrupção é considerada um grave fato social, com grave risco à estabilidade e à segurança da sociedade, que subtrai a capacidade de desenvolvimento econômico, com possibilidade de solapar a própria democracia, comprometendo a justiça social e o Estado de Direito. Os Estados da União Europeia não fogem à exposição e, conseqüentemente, aos efeitos deste fato social.

Diante do processo integracionista e suas vantagens, com meios de assistências mútuas, a União Europeia desenvolveu instrumentos para a investigação e repressão da corrupção.

E a cooperação judicial, prevista no art. 67³⁶ do TFUE, retrata um desses objetivos comuns buscados pelos Estados no combate à corrupção, o qual se enraíza nos países que compõe esse bloco.

Refere-se à prevenção e ao combate à corrupção, organizada ou não, como um dos objetivos para a criação e a salvaguarda de um espaço europeu de liberdade, segurança e justiça, através de uma cooperação judiciária, policial e aduaneira mais correlata à legislação penal. Contudo, não está restrita a matéria penal, isto é, o ilícito de natureza cível terá a mesma proteção do bloco.

Por sua vez, os artigos 82º a 89º do TFUE explicitam, em diversos níveis, como será a cooperação judicial em matéria cível e criminal, no âmbito do bloco.

Considerando o regramento das fontes, o artigo 83³⁷ do TFUE, este delega ao Parlamento e ao Conselho a possibilidade de estabelecerem as

³⁶ TÍTULO V O ESPAÇO DE LIBERDADE, SEGURANÇA E JUSTIÇA CAPÍTULO 1 DISPOSIÇÕES GERAIS Artigo 67º (ex-artigo 61º TCE e ex-artigo 29º TUE):

3. A União envida esforços para garantir um elevado nível de segurança, através de medidas de prevenção da criminalidade, do racismo e da xenofobia e de combate contra estes fenómenos, através de medidas de coordenação e de cooperação entre autoridades policiais e judiciárias e outras autoridades competentes, bem como através do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e, se necessário, através da aproximação das legislações penais.

4. A União facilita o acesso à justiça, nomeadamente através do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais em matéria civil.

³⁷ Artigo 83º (ex-artigo 31º, TUE):

1. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das

bases mínimas da criminalidade transfronteiriça que resulte da natureza ou incidência das infrações, visando ao combate de tais práticas. Destaco a lavagem de capitais (branqueamento de capitais, na linguagem do Tratado) bem como a corrupção e a criminalidade organizada.

O TFUE, em seu artigo 325^o,³⁸ determina que a Comissão e os Estados devem combater as fraudes e quaisquer outras atividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União. Institui a prevenção e a detecção da fraude como uma obrigação geral na Comissão Europeia, na medida em que os seus funcionários realizem regularmente atividades que envolvam a utilização de recursos. Os Estados membros do bloco são responsáveis pelo estabelecimento de sistemas de gestão e de controle e devem assegurar que os programas utilizados cumpram todos os requisitos previstos nos regulamentos.

Nesse contexto, ainda dentro das fontes do direito, podemos citar a Diretiva 2014/42/UE de 03 de abril de 2014 que disciplina sobre a perda dos produtos do crime.³⁹

infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns. São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada.

³⁸ CAPÍTULO 6 A LUTA CONTRA A FRAUDE Artigo 325^o (ex-artigo 280^o, TCE):

1. A União e os Estados-Membros combaterão as fraudes e quaisquer outras actividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União, por meio de medidas a tomar ao abrigo do presente artigo, que tenham um efeito dissuasor e proporcionem uma protecção efectiva nos Estados-Membros, bem como nas instituições, órgãos e organismos da União.

2. Para combater as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União, os Estados-Membros tomarão medidas análogas às que tomarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros.

3. Sem prejuízo de outras disposições dos Tratados, os Estados-Membros coordenarão as respectivas acções no sentido de defender os interesses financeiros da União contra a fraude. Para o efeito, organizarão, em conjunto com a Comissão, uma colaboração estreita e regular entre as autoridades competentes.

³⁹ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

Na resolução do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2016,⁴⁰ notamos um conjunto de exortações e recomendações aos órgãos executores e diretivos da União Europeia, em especial o Conselho e a Comissão. Não se trata de norma de direito Derivado fruto do processo legislativo previsto no TFUE, e portanto, obrigatórias para as Instituições da União ou mesmo para os Estados. Contudo, não obstante, a não obrigatoriedade, traduz a preocupação do bloco sobre o tema.

Podemos citar também, no contexto do bloco, o Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), responsável por investigar e instaurar ações contra os casos de corrupção e fraude.

A Rede Judiciária Europeia é, por sua vez, um instrumento que permite o conhecimento jurídico regional, podendo ser utilizada pelos estrangeiros para, por exemplo, identificar as autoridades locais competentes para receber uma carta rogatória.

Também é possível citar a Eurojust, órgão da União Europeia dotado de personalidade jurídica própria e encarregado de facilitar a cooperação judiciária, permitindo a gestão, coleta e o intercâmbio de informações, dentro dos fins aqui tratados.

Tudo isso evidencia a necessidade de aprofundar o estudo dos valores, meios e métodos de combate a corrupção, cuja aplicação ocorrerá em todo o bloco Europeu.

6. Conclusão

Por tudo quanto foi exposto, nota-se que o sistema jurídico da União Europeia possui características próprias, seja em função do grau de amadurecimento e evolução do bloco, seja em função das normas vigentes sobre o tema.

Mesmo que ausente uma ou outra característica típica do constitucionalismo clássico, podemos afirmar que o sistema possui características que não deixam dúvida quanto à existência de um constitucionalismo próprio, mesmo que os instrumentos de solução de controvérsias não estejam compilados em um único documento, bem como não haja uma declaração formal de existência de uma Constituição da Europa.

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2016-0403+0+DOC+PDF+V0//PT>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

A relação entre o direito da União Europeia e os ordenamentos jurídicos nacionais, reflete o nível de integração do bloco e denota fundamentos próprios, com a incidência das regras, fontes e princípios em toda a União Europeia.

O estudo das fontes do direito da União Europeia mostra-se tarefa instigante e inovadora para os padrões brasileiros, até mesmo em função das novas normas que serão editadas sobre o tema “controle e combate à corrupção”, assunto cada vez mais aprofundado e pujante no bloco.

Por fim, o assunto “combate à corrupção” encontra guarida na legislação da União Europeia que, a cada dia, mais se preocupara com o tema, com uma estrutura de organismos, decisões e legislações que buscam acompanhar a temática, na mesma velocidade da integração do bloco, com seus diários desafios.

Referências

- ALONSO DE ANTONIO, Angel Luis et al. *Derecho Constitucional Español*. Madrid: Editorial Universitas, 2002.
- AMARAL, Diogo de Freitas do; PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado no direito da União Europeia: uma evolução da continuidade. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 9, n. 1, p. 187-222, 2008.
- APARICIO TOVAR, Joaquín. *Introducción al derecho social da la Unión Europea: Unión Europea*. Albacete, España: Editorial Bormazo, s.d.
- CAMPOS, João da Mota de. *Contencioso comunitário*. Curitiba: Juruá, 2008.
- CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. v. 2.
- CUNHA, Paulo de Pitta e. *O Tratado de Lisboa: génese, conteúdo e efeitos*. Lisboa: Prefácio, 2008.
- DUARTE, Maria Luísa. Nota de apresentação. In: DUARTE, Maria Luísa, LOPES, Carlos Alberto. *Tratado de Lisboa*. Lisboa: Lex, 2008.
- DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais: no espaço da internormatividade*. Lisboa: Lex, 2006.
- DUARTE, Maria Luísa. A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados membros. Lisboa: Lex, 1997.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 2004.

- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União*. Coimbra: Almedina, 2017.
- JOVEN GÓMEZ-FERRER, José María. *Constitución y Derecho Comunitário*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2004.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de Direito da União Europeia*. 2. ed. atual. e aumentada. Coimbra: Almedina, 2017.
- MIRANDA, Jorge. Para uma teoria dos sujeitos de direito internacional. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo, Malheiros, 2003.
- MOURA RAMOS, Rui Manoel Gens de. *Das Comunidades à União Europeia: estudos de direito comunitário*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. *União Européia: processos de integração e mutação*. Curitiba Juruá, 1999.
- RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado. *Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito Comunitário*. Coimbra: Almedina, 1996.
- TAVARES, Fernando Horta. O direito da União Européia: autonomia e princípios. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2007.
- VILHENA, Maria do Rosário. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 2002. Legislação.

O paradigma europeu a ser implementado nas contratações públicas brasileiras

The european paradigm to be applied to the brazilian public contracts

IVAN SANTOS NUNES

Resumo: O presente artigo aborda o direito fundamental à boa administração pública e os pontos estruturantes da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento e do Conselho Europeu, a qual trata do modelo de contratações públicas dos Estados-membros da União Europeia. Traz a lume suas principais inovações que empreendem celeridade, economicidade e eficiência às licitações e contratações públicas. Também faz uma comparação com a sistemática brasileira de compras públicas e conclui sugerindo o aprimoramento do modelo Brasileiro com base no paradigma europeu.

Palavras-chaves: *Contratações públicas. Diretiva 2014/24/UE. Modelo brasileiro. Paradigma europeu. Aprimoramento.*

Abstract: This article discusses the fundamental right to good public administration and the structural points of Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council which deal with the public contract model of the Members States of the European Union, bringing to light its main innovations, undertaking celerity, economy and efficiency to the public procurement and to the public contracting. It also makes a comparison between the Directive 2014/24/EU and the Brazilian public contracting system, proposing its enhancement by the adoption of the European paradigm.

Keywords: *Public contracts. Directive 2014/24/EU. The Brazilian model. European paradigm. Enhancement.*

1. Introdução

Ab initio, é importante ressaltar que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia traz em seu bojo o direito fundamental à boa administração. O artigo 41 da Carta preleciona que todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. Ou seja, a eficiência estatal é um direito fundamental do cidadão.

Nesse contexto, surgiu a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento e Conselho Europeu, a qual disciplinou normas gerais de contratações públicas aos países membros da União Europeia, por intermédio de diretrizes que servem como pontos norteadores para balizar as licitações públicas.

A diretriz mais relevante apresentada no documento parte da premissa de que as contratações públicas serão regidas pelos princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como traz em seu corpo os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência.

Tais princípios são muito semelhantes aos que embasam as normas gerais de licitação no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Lei nº 8.666/1993, que institui normas para licitações e contratos na Administração Pública do Brasil, dispõe como princípios balizadores da licitação a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa, legalidade, impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório, dentre outros.

No entanto, é unísono no ordenamento jurídico brasileiro a necessidade premente de mudanças estruturantes na Lei de Licitações. Por ter mais de vinte e quatro anos, existe a necessidade de aprimoramento ou revogação da Lei em referência, uma vez que ela não acompanha mais as necessidades da Administração Pública.

É digno de nota que existe o Projeto de Lei nº 6.814/2017, em trâmite na Câmara dos Deputados, que tem por objetivo revogar a Lei nº 8.666/1993 e instituir normas para licitações e contratos no âmbito da Administração Pública brasileira.

Nesse diapasão, estamos diante de uma janela de oportunidade para inserir na nova legislação brasileira diretrizes e experiências exitosas de outros ordenamentos jurídicos, em especial de países europeus.

Dessa feita, o presente artigo tem como escopo precípua apresentar os pontos mais estruturantes da mencionada Diretiva, com o fito de sugerir a pertinência em utilizá-los no modelo de contratações públicas do Brasil.

2. Aspectos estruturantes da diretiva 2014/24/UE: paradigma a ser utilizado nas contratações públicas brasileiras

Preliminarmente, é oportuno consignar que o direito fundamental à boa administração, previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, exige do Estado uma postura eficiente na utilização dos recursos públicos. Como mencionado, a eficiência estatal é um direito fundamental do cidadão, não sendo condizente com o modelo adotado pelos países da União Europeia o excesso de burocracia e o formalismo exagerado.

Vale a pena transcrever as palavras do ilustre professor espanhol José Julio Fernández Rodríguez acerca do tema.

El ciudadano ya no es un sujeto pasivo que recibe inerte las políticas públicas que elabora unilateralmente el poder. El derecho a la buena administración que se está asentando y difundiendo en el derecho comparado cambia esta visión, antigua y periclitada, para introducir la perspectiva del ciudadano. Este derecho se traduce en la obligación que pesa sobre los poderes públicos de actuar de forma eficaz, razonable, objetiva e imparcial¹.

Ainda nesse contexto, a doutrinadora Beatriz Tomás Mallén, em sua obra *El Derecho a una Buena Administración*, destaca que “*bajo el ángulo político, la introducción del derecho a una buena administración en la Carta de Niza está llamado a reforzar la condición de ciudadano frente a los organismos internos cuando apliquen Derecho Comunitario*”².

Diante desse cenário, a Diretiva 2014/24/UE estabeleceu várias diretrizes, dentre elas a simplificação e flexibilização nos procedimentos de contratação, a preferência de utilização de meios eletrônicos, o incentivo

¹ RODRÍGUEZ, José Julio Fernández. *Defensorías del Pueblo en España: Una Visión Prospectiva*. Cuadernos Democracia y Derechos Humanos Núm. 11. 1ª Ed. Madrid: Editora de la Universidad de Alcalá, 2013. P. 93.

² MALLÉN, Beatriz Tomás. *El derecho fundamental a una buena administración*. 1ª Ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. P. 44.

de participação de micro e pequenas empresas em contratos, utilização do processo licitatório para atingir objetivos sociais e ambientais, além de outras diretrizes a serem detalhadas.

A partir de uma análise comparativa, verifica-se que existem vários pontos abordados no documento que podem ser vantajosos para o ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo primordial da Diretiva consiste na simplificação e flexibilização dos procedimentos de contratação. Embora as regras sejam diferentes dos procedimentos licitatórios brasileiros, verifica-se que alguns pontos podem ser adotados no Projeto de Lei que tramita perante o Congresso Nacional.

Em primeiro lugar, os artigos 27 e 28, ambos da Diretiva, reduziram o prazo de apresentação das propostas nos procedimentos denominados de concurso aberto e de concurso limitado. De uma forma geral, verifica-se que os prazos da Lei nº 8.666/1993 obstam a celeridade nos procedimentos licitatórios. Assim, a redução do tempo na apresentação das propostas pode ser um grande fator favorável à celeridade nos procedimentos licitatórios.

Ademais, consta na Consideração nº 80 do Documento que os Estados-membros deverão elaborar prazos e procedimentos mais rápidos e eficientes, ou seja, os prazos de participação nos certames deverão ser tão curtos quanto possíveis.

Outra consideração importante nesta seara é que as autoridades deverão considerar sempre a complexidade do contrato e o tempo necessário para elaboração das propostas ao fixarem prazos para apresentação destas, bem como poderão reduzir ainda mais os prazos nos casos em que uma situação de urgência torne impraticáveis os prazos normais, embora não obste um procedimento regular com publicação.

De plano, verifica-se que este ponto somente pode ser incorporado no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio de previsão legal, uma vez que não existe na legislação pátria atinente ao assunto qualquer previsão acerca da possibilidade de redução de prazos legais pela autoridade licitante.

Outro ponto importante da Diretiva em comento, que simplifica e flexibiliza os procedimentos de contratação, é a centralização de aquisições.

Nesse caso, um órgão principal, denominado central de compras, realiza o processo licitatório e fica responsável por todo o procedimento. De acordo com o artigo 2º, item 16, da Diretiva, a central de compras consiste em uma autoridade que realize atividades de aquisição centralizada e atividades de aquisições auxiliares.

Conforme a Consideração nº 69 do documento em análise, as centrais de compras são encarregadas das aquisições e poderão funcionar de duas formas: como responsável direta pela compra, armazenagem e revenda ou como intermediária para a adjudicação de contratos, para a gestão de sistemas de aquisição dinâmicos e para a celebração de acordos-quadro a serem utilizados pelas autoridades licitantes.

Ademais, já restou comprovado no âmbito da União Europeia que a utilização de um procedimento central de compras gera uma grande economia de escala. Buscando sedimentar esse entendimento, a Consideração nº 59 da Diretiva dispõe que a fim de obter economia de escala, incluindo a redução dos preços e dos custos das transações, é possível concentrar as aquisições em uma única autoridade licitante por intermédio da central de aquisições.

O artigo 37 da Diretiva dispõe que os Estados-membros podem prever a possibilidade de as autoridades adjudicantes adquirirem bens ou serviços por intermédio de uma central de compras. É importante ressaltar que mencionada central pode ser responsável por aquisições e serviços, incluindo também obras públicas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a questão em foco ainda é muito incipiente. Por intermédio do Decreto nº 8.189/2014, foi instituída a Central de Compras do Governo Federal, na qual foi atribuída a competência de desenvolver, propor e implementar modelos, mecanismos, processos e procedimentos para aquisição e contratação centralizadas de bens e serviços de uso em comum pelos órgãos, entre outras competências. Trata-se de um órgão inserido no âmbito do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

O primeiro contrato objeto da Central de Compras foi o da aquisição de passagens aéreas no âmbito do Governo Federal. Desse modo, foi editada a Portaria MPOG nº 227/2014, que permitiu a emissão de bilhetes de passagens aéreas para viagens a serviço da Administração Pública diretamente pela companhia aérea credenciada pela Central de Compras e Contratações. Logo após, foi editada a Portaria MPOG nº 555/2014, a qual atribuiu exclusividade à Central de Compras e Contratações para realizar procedimentos licitatórios para aquisição e contratação dos serviços de aquisição direta e agenciamento de viagens.

Assim, constata-se que o Brasil está iniciando a centralização de aquisições e utilizando técnicas semelhantes ao ordenamento jurídico de países

européus, que possuem um sistema bem estruturado para este tipo de aquisição, incluindo a utilização do sistema para obras.

Entretanto, como já dito, esse tema ainda é muito incipiente no Brasil. Precisamos evoluir muito nessa temática ainda haja visto que não há justificativa que atenda ao interesse público o fato de cada órgão ou entidade da Administração Pública continuar a licitar separadamente suas aquisições, serviços e obras. É menos vantajoso, mais lento e pouco eficiente.

Desse modo, conclui-se que a centralização de compras atende aos princípios da celeridade, economicidade e eficiência nas contratações, razão pela qual merece ser incluída na nova Lei de Licitações.

Outro aspecto essencial inserido na Diretiva 2014/24/UE que merece ser mencionado no âmbito da União Europeia é a utilização obrigatória dos meios eletrônicos.

A nova Diretiva trouxe várias diretrizes em relação à utilização dos meios eletrônicos durante os procedimentos de contratação. O artigo 22 dispõe que os Estados-membros devem assegurar que todas as comunicações e intercâmbios de informações sejam efetuados por intermédio de meios de comunicação eletrônicos, desde que em conformidade com os requisitos do presente dispositivo.

Com base na leitura do dispositivo em análise, é importante ressaltar que o uso dos meios eletrônicos não pode limitar o acesso das empresas (operadores econômicos) ao procedimento de contratação. Ressalte-se que o art. 22 tornou a utilização de meios eletrônicos obrigatória quanto à apresentação das propostas.

Assim, as propostas deverão ser apresentadas por meio eletrônico. No entanto, verifica-se que o próprio dispositivo excepcionou algumas hipóteses em que as autoridades não estão obrigadas a exigir meios eletrônicos de comunicação, entre eles: a) quando a utilização dos meios eletrônicos exigir instrumentos, dispositivos que não estejam disponíveis ou não sejam suportados pelas aplicações de uso corrente; b) quando a utilização dos meios eletrônicos exigir equipamentos especializados; e c) quando os documentos exigirem a apresentação de modelos físicos ou maquetes que não possam ser transmitidas eletronicamente.

Em verdade, as ferramentas eletrônicas de comunicação são meios mais céleres e eficazes de transmissão, bem como geram economicidade para os entes públicos. No Brasil, a Lei nº 8.666/1993 não contemplou essa hipótese. No entanto, a Lei nº 10.520/2002, instituiu a

modalidade de licitação denominada pregão para aquisição de bens e serviços comuns.

Nessa esteira, o Poder Executivo Federal, por intermédio do Decreto nº 5.450/2005, regulamentou o pregão na forma eletrônica e dispôs que, na Administração Pública Federal, será adotada, preferencialmente, a modalidade em sua forma eletrônica.

Destarte, o modelo de contratação pública brasileiro deveria encampar, como obrigatórios, os meios eletrônicos em todas as modalidades licitatórias, haja vista os ganhos em eficiência e efetividade para as contratações públicas.

Outra inovação inserida na Diretiva foi a simplificação de prazos no procedimento denominado leilão, na forma eletrônica. No ordenamento jurídico brasileiro, o leilão é uma modalidade de licitação prevista na Lei nº 8.666/1993, com o objetivo de venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para alienação de alguns bens imóveis a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação, nos termos do art. 22, § 5º.³

No entanto, a Lei nº 8.666/1993, conforme destacado, não possui nenhuma previsão para licitação na forma eletrônica, sendo esse meio somente utilizado na modalidade pregão.

Na Diretiva europeia, o leilão eletrônico foi previsto na Consideração nº 67 e em seu artigo 35. Conforme os dispositivos, só podem ser leiloados eletronicamente os objetos suscetíveis de avaliação automática por meios eletrônicos, ou seja, elementos que sejam quantificáveis. Ademais, o artigo 35 dispõe que os contratos públicos de empreitada de obras, tais como as concessões de uma obra pública, não poderão ser objeto de leilão eletrônico.

É válido transcrever a inteligência do referido artigo, *in verbis*:

Certos contratos públicos de serviços e certos contratos de empreitada de obras públicas relativos a realizações intelectuais, tais como a concessão de uma obra, que não podem ser classificados com recurso a métodos de avaliação automática, não podem ser objeto de leilões eletrônicos.⁴

³ Art. 22. São modalidades de licitação: § 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

⁴ Artigo 35 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

Embora o regime europeu possua um procedimento diferente, no ordenamento jurídico brasileiro a utilização do leilão eletrônico iria trazer vários benefícios a Administração Pública, entre eles a celeridade, eficiência, economia de papel, entre outros.

Uma nova ferramenta também introduzida pelo documento em debate é a chamada de catálogos eletrônicos.

Instituto previsto também no artigo 35 da Diretiva, o catálogo eletrônico é um documento de padronização de apresentação das propostas, que consiste em um formulário padrão, no qual as empresas concorrentes preenchem no ato de apresentação das propostas.

De acordo a norma, os catálogos eletrônicos são criados pelos candidatos ou proponentes com vista a participarem num determinado procedimento de contratação em conformidade com as especificações técnicas e com o formato estabelecido pela autoridade adjudicante.

No ordenamento jurídico brasileiro, a apresentação das propostas no meio eletrônico somente é realizada no pregão eletrônico. Assim, seria relevante a elaboração de um modelo padrão de apresentação das propostas nessa modalidade, bem como a implementação deste modelo no caso das demais quando estas se derem na forma eletrônica.

Nesse viés, verifica-se o avanço do sistema europeu em relação ao brasileiro, tendo em vista a utilização dos meios eletrônicos como regra nos procedimentos de contratações públicas.

Outro aspecto essencial que a Diretiva detalhou foi a necessidade de integração de entidades no mercado, cujo objetivo precípua seja a integração social e profissional das pessoas com deficiência e pessoas desfavorecidas, como é o caso de desempregados, membros de minorias desfavorecidas ou grupos socialmente marginalizados.

Essa previsão está contida na Consideração nº 36, *litteris*:

É conveniente prever que os Estados-membros possam reservar a participação em processos de adjudicação de contratos ou certos lotes dos mesmos a essas entidades ou empresas ou reservar-lhes a execução dos contratos no âmbito de programas de emprego protegido.⁵

⁵ Consideração nº 36 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

No mesmo sentido, o artigo 20 da Diretiva dispõe expressamente que os Estados-membros podem reservar o direito a participar em procedimentos de contratações públicas a entidades ou empresas (operadores econômicos), cujo objetivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, ou reservar a execução desses contratos para o âmbito de programas de emprego protegido, desde que pelo menos 30% (trinta por cento) dos empregados dessas atividades sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidas.

De exegese do artigo em referência, verifica-se a preocupação com a inserção das minorias no mercado de trabalho por intermédio de prerrogativas em processos de contratações públicas. Essas prerrogativas também não constam no ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, seria uma política inclusiva extremamente relevante a reserva nos procedimentos licitatórios de empresas que tenham por objetivo a integração social, nos moldes do artigo citado.

Ainda em relação às prerrogativas de determinados grupos de empresas, a Diretiva também previu a necessidade de facilitar a participação de pequenas e médias empresas.

Neste ponto, a Diretiva se irmana com a previsão contida no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a Lei Complementar nº 123/2006, com as alterações efetivadas pela Lei Complementar nº 147/2014, que dispõe que a Administração deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor não ultrapassem R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

No sistema da Diretiva europeia, a Consideração nº 78 preleciona que os contratos públicos devem ser adaptados às necessidades das pequenas e médias empresas, de forma que as autoridades licitantes deverão adaptar seus procedimentos visando a participação dessas empresas. Ademais, as autoridades licitantes deverão ser incentivadas a aplicar um documento chamado de Código Europeu de Boas Práticas para Facilitar o Acesso das Pequenas e Médias Empresas aos Contratos Públicos.

Importante ressaltar que a Consideração em tela dispõe que as autoridades serão incentivadas a dividir em lotes os contratos de grande dimensão. No mesmo sentido reza o artigo 46 da Diretiva, que estipula como regra a adjudicação de um contrato sob a forma de lotes separados.

Outro ponto semelhante ao ordenamento jurídico brasileiro foi previsto na Consideração nº 101 da Nova Diretiva. Citado dispositivo regulamenta a situação das empresas que tenham sido consideradas pouco fiáveis, em virtude do descumprimento de obrigações ambientais ou sociais, incluindo as regras em matéria de acessibilidade de pessoas com deficiência ou outras formas de falta profissional grave. Tais empresas poderão sofrer restrições para participar de procedimentos licitatórios e não poderão ser contratadas pelos Estados-membros signatários da Diretiva.

Outrossim, a Consideração mencionada também exclui os candidatos que obtiveram desempenho insuficiente em outros contratos públicos, como falhas na entrega ou execução do objeto, deficiência do produto ou serviço prestado, dentre outras condutas irregulares.

O mesmo sentido segue o artigo 57 da Diretiva, que traz em seu bojo regras sobre as hipóteses de exclusão das empresas (operadores económicos) nas contratações públicas dos Estados-membros.

Importante trazer a lume a regra contida no item 4, alínea “g” do mencionado artigo:

4. As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação, numa das seguintes situações: [...]

g) se o operador económico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis;⁶

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 8.666/1993 previu, no artigo 87, algumas penalidades que podem ser aplicadas durante a execução contratual. Entre elas, constam as penalidades de suspensão temporária de

⁶ Artigo 57, item nº 4, “g”, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração⁷, além da pena máxima de declaração de inidoneidade⁸.

Isto posto, caso alguma empresa tenha sido penalizada por algum desses dois dispositivos, será impossibilitada de participar de qualquer certame licitatório, bem como firmar contratos com a Administração Pública enquanto perdurarem os efeitos da penalidade.

Quanto à aplicação dessas penalidades, o administrador público deverá analisar a conduta imposta pela empresa por intermédio de um cotejo entre a conduta praticada e a proporcionalidade da pena aplicada.

No entanto, o sistema europeu parece ser bem mais completo, ao dispor que serão excluídas as empresas pouco fiáveis nas obrigações ambientais ou sociais, incluindo regras em matéria de acessibilidade de pessoas com deficiência e de respeito ao meio ambiente.

Trata-se, nesse caso, de outro ponto que poderia ser complementado ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não existe qualquer impedimento de participação de empresas que tenham descumprido obrigações ambientais ou sociais, incluindo-se aqui aquelas matérias relativas a acessibilidade de pessoas com deficiência nos processos licitatórios.

Com a Nova Diretiva, o sistema europeu também buscou inovar quanto aos meios de combate à corrupção e ao conflito de interesses. Neste ponto, verifica-se o artigo 24 da Diretiva, o qual determina que as autoridades licitantes deverão tomar as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de contratação.

Nesse sentido, o mesmo artigo define que:

O conceito de conflito de interesses engloba, no mínimo, qualquer situação em que os membros do pessoal da autoridade adjudicante ou de um prestador de

⁷ Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

⁸ 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.

serviços age em nome da autoridade adjudicante, que participem na condução do procedimento de contratação ou que possam influenciar os resultados do mesmo, têm diretamente ou indiretamente um interesse financeiro, económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto do procedimento de adjudicação.⁹

Nos termos deste artigo, cada Estado-membro deve se empenhar para assegurar a impessoalidade e isonomia nos processos de contratação, tendo por escopo evitar o conflito de interesses e fraudes nas contratações. Um exemplo que segue essa corrente está previsto no artigo 57, nº 4, alínea “i” da Nova Diretiva, que dispõe no mesmo sentido, *litteris*:

Se o operador económico tiver diligenciado no sentido de influenciar indevidamente o processo de tomada de decisão da autoridade adjudicante, de obter informações confidenciais suscetíveis de lhe conferir vantagens indevidas no concurso, ou tiver prestado, com negligência, informações errôneas suscetíveis de influenciar materialmente as decisões relativas à exclusão, seleção ou adjudicação.¹⁰

Nessa esteira, verifica-se que a nova Diretiva inovou ao instituir mecanismos de combate à corrupção e aos conflitos de interesses.

Quanto às modalidades licitatórias constantes na Diretiva em foco, é importante mencionar o Diálogo Concorrencial, que surgiu no contexto dos avanços tecnológicos, sendo as administrações públicas obrigadas a aprimorar seus métodos de contratação, de forma a garantir mais eficiência e celeridade aos certames licitatórios.

Trata-se de uma modalidade de licitação, que conforme o artigo 1º, 11, “c” da antiga Diretiva nº 2004/18/CE, é:

O procedimento em que qualquer operador económico pode solicitar participar e em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou

⁹ Artigo 24 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

¹⁰ Artigo 57º, item nº 4, “i”, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta.¹¹

Desse modo, conclui-se que o Diálogo Concorrencial tem por objetivo a aquisição de bens ou serviços de natureza complexa no âmbito europeu, a exemplo das parcerias público-privadas no Brasil.

É imperioso trazer à luz o entendimento do professor André Martins Bogossian, acerca do tema em referência.

O Diálogo Concorrencial será aplicável, basicamente, em dois tipos de situações. Primeiramente, quando a Administração não estiver em condições de definir sozinha os meios técnicos, as soluções técnicas das quais necessita para efetuar o edital – complexidade técnica. Por fim, quando não puder estabelecer por si mesma a moldagem jurídica ou financeira do contrato – complexidade jurídica ou financeira. Enfim, em ambas as hipóteses, nota-se a necessidade que o Poder Público tem em recorrer ao setor privado para, com ele, obter soluções que lhe sejam satisfatórias.¹²

Nesse contexto, a Administração deverá analisar diversos fatores como preço, qualidade, valor técnico, dentre outros, buscando a melhor e mais vantajosa solução. Inicia-se, portanto, um diálogo que terá por objetivo identificar e definir os meios que melhor possam satisfazer as suas necessidades.¹³

Ressalte-se que nesse procedimento, apesar de haver diálogo com todas as partes, será observada a isonomia diante de todos os participantes, com objetivo de assegurar a impessoalidade nas discussões.

Mais uma vez, vale à pena citar o doutrinador André Martins Bogossian, para uma compreensão plena do tema.

¹¹ Artigo 1º, 11, “c” da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004.

¹² BOGOSSIAN, André Martins. *O diálogo concorrencial*. Boletim de Direito Administrativo – BDA, São Paulo, v. 26, nº 4, p. 444-450, abril. 2010.

¹³ É essa a inteligência do artigo 30, 3, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

Um segundo argumento favorável à utilização do instituto reside no fato de que a solução a que se chega no diálogo é uma solução qualificada consensualmente. Posto que não parte unilateralmente da Administração, mas conta com um imenso valor agregado legitimatório conferido pelo debate com os particulares interessados, resulta, em termos práticos, em uma solução que se presume a melhor. Não se está a afirmar que o Poder Público irá sempre depender do diálogo com particulares para estabelecer os meios pelos quais podem ser atingidos seus objetivos (em alguns casos o fazer seria manifestamente contraproducente). No entanto, em tais contratos particularmente complexos, por não partir a decisão somente das ideias e conclusões obtidas previamente pelos agentes públicos, e sim ser fruto de um debate com quem presume-se ter as soluções mais eficientes (o setor privado), é que se torna possível falar em presunção (relativa, obviamente) qualificada, de que aquela solução encontrada é a melhor solução para o caso.¹⁴

Nesse viés, embora seja uma modalidade de licitação nos termos da Diretiva europeia, constata-se que a melhor opção para as contratações brasileiras seria incluir esse diálogo como fase durante o procedimento licitatório, uma vez que pode trazer mais celeridade ao processo.

Desse modo, seria interessante a inclusão de referido instituto como uma etapa dentro da fase externa da licitação, podendo o setor privado auxiliar, por intermédio do diálogo, bem como definir os meios que melhor possam satisfazer as suas necessidades.

3. Conclusão

Os ordenamentos jurídicos dos países da União Europeia encampam o direito fundamental à boa administração pública, estampado, como mencionado, no artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Nesse contexto, a eficiência estatal nas contratações públicas é um direito do administrado. Burocracia e formalismos exagerados certamente são absolutamente indesejáveis nessa seara.

Diante desse cenário, após o estudo comparativo dos modelos das contratações públicas da União Europeia e do Brasil, foram apontadas várias

¹⁴ Id., p. 444.

inovações da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento e do Conselho Europeu, as quais poderiam ser inseridas no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de aprimorar e robustecer o modelo pátrio.

Dentre as inovações mais importantes, podemos considerar a obrigatoriedade de uso dos meios eletrônicos, em especial o leilão na forma eletrônica, a redução de prazos nos procedimentos licitatórios, a centralização de aquisições, a incorporação dos catálogos eletrônicos, bem como o direito de participação de empresas cujo objetivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas.

Nesse diapasão, cabe aos legisladores brasileiros e aos doutrinadores da matéria realizarem uma análise aprofundada acerca das inovações trazidas na mencionada Diretiva e das possibilidades de adequação ao ordenamento brasileiro, com o escopo de inseri-las no Projeto de Lei nº 6.814/2017, em trâmite na Câmara dos Deputados.

Verifica-se, nesse cenário, que com as inovações implementadas pela União Europeia, o modelo licitatório brasileiro seria muito bem estruturado e flexível, tornando as contratações mais céleres e dinâmicas, atendendo, ainda, às necessidades públicas, além de trazer expressiva economia de recursos ao Erário.

Referências

- BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 de janeiro de 2018.
- BRASIL. *Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002*. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 de janeiro de 2018.
- BRASIL. *Decreto nº 8.189, de 21 de janeiro de 2014*. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 14 de janeiro de 2018.
- BRASIL. *Portaria nº 227, de 25 de junho de 2014, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão*. Disponível em <www.planejamento.gov.br>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.
- UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:l34:0114:0240:es:PDF>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.

- UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32014L0024>. Acesso em 12 de janeiro de 2018.
- BOGOSSIAN, André Martins. *O diálogo concorrencial*. Boletim de Direito Administrativo – BDA, São Paulo, v. 26, nº 4, p. 444-450, abril. 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- FERNANDES, Ricardo Vc e ALVES, Tatiana Muniz S., *Licitações, Contratos e Convênios Administrativos*. 1ª Edição. Belo horizonte: Editora Fórum, 2013.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 5ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei De Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª edição. São Paulo: Dialética, 2012.
- MALLÉN, Beatriz Tomás. *El derecho fundamental a una buena administración*. 1ª Ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. P. 27-96.
- MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*. 7ª Edição. Curitiba: Zenite, 2009.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 3ª Edição. Belo horizonte: Editora Fórum, 2013.
- RODRÍGUEZ. José Julio Fernández. *Defensorías del Pueblo en España: Una Visión Prospectiva*. Cuadernos Democracia y Derechos Humanos Núm. 11. Madrid: Editora de la Universidad de Alcalá, 2013. P. 85-108.

A importância do estudo do fenômeno da corrupção sob a ótica do Direito e Economia

The importance of studying the phenomenon of Corruption from the point of view of Law and Economics

CHRISTIANNE MARIA FIERRO PASCHOAL PEDOTE

Resumo: A corrupção é fenômeno que preocupa todas as sociedades contemporâneas, dada a sua incidência global. Seu efeito é nefasto uma vez que desvia recursos que deveriam destinar-se ao interesse da sociedade. O estudo do Direito e Economia é importante para a elaboração de normas e políticas públicas por auxiliar no diagnóstico e nos resultados de sua implementação, no sentido de analisar sua adequação para os fins desejados. A análise da corrupção como uma transação econômica pode auxiliar a análise desse fenômeno e a criação de estratégias para o seu combate. A elaboração de normas legais deve levar em conta que os agentes analisam em suas decisões os seus custos e benefícios privados, na intenção de maximizar seus benefícios. Assim, as normas devem ser elaboradas para estimular os agentes a tomarem decisões mais eficientes no sentido de obtenção de um maior bem estar social. Normas de âmbito internacional foram ratificadas pelo Brasil e já foi criado um considerável arcabouço legal nacional para o combate à corrupção. O artigo pretende, analisando bibliografia sobre o tema, demonstrar que conceitos de Direito e Economia já vem sendo aplicados para a elaboração dessas normas mas que ainda há campo de colaboração dessa disciplina a ser explorado para a elaboração de normas e políticas públicas de combate à corrupção.

Palavras chave: *Corrupção; Direito e Economia; Convenções Internacionais; Legislação; Políticas Públicas.*

Abstract: Corruption is a phenomenon that concerns all contemporary societies, given its global incidence. Its effect is harmful since it diverts resources that

should be destined to the interest of the society. The study of Law and Economics is important for the elaboration of norms and public policies to aid in the diagnosis and the results of its implementation, in the sense of analyzing its adequacy for the desired ends. The analysis of corruption as an economic transaction can aid the analysis of this phenomenon and the creation of strategies for its combat. The elaboration of legal norms must take into account that the agents analyze in their decisions their private costs and benefits, with the intention of maximizing its benefits. Thus legislation should be designed to encourage agents to make more efficient decisions to achieve greater social welfare. International Conventions have been ratified by Brazil and a considerable national legal framework has been created to combat corruption. This article intends, analyzing bibliography on the subject, to demonstrate that concepts of Law and Economics have already been applied to the elaboration of these norms but that there is still field of collaboration of this discipline to be explored for the elaboration of norms and public politics of fight against the corruption.

Key Words: *Corruption; Law and Economics; Internacional Conventions; Legislation; Public Polices.*

1. Introdução

A corrupção é fenômeno que preocupa todas as sociedades contemporâneas. Antes mais frequente nos países menos desenvolvidos, hoje sua incidência é global: nacional e transnacionalmente.

O Estudo do Direito e Economia, ou Análise Econômica do Direito, é importante instrumento tanto para a análise do fenômeno da corrupção quanto para a busca de mecanismos eficientes de controle e combate à corrupção.

A corrupção é fruto de decisões humanas, assim como todas as ações dos agentes econômicos no mercado. Assim, o estudo econômico e a aplicação de conceitos econômicos pode auxiliar no diagnóstico das situações em que decisões corruptas (comportamentos corruptos) são mais comumente adotadas, bem como quais seriam os melhores “estímulos” (mecanismos de controle e combate) para que essas decisões não fossem tomadas.

O Direito e Economia facilita a busca de mecanismos jurídicos, econômicos e sociais que estimulem decisões não corruptas por parte dos agentes públicos e privados.

O artigo pretende apenas esboçar a relevância da utilização dos conceitos de Direito e Economia para o controle e combate à corrupção, bem como demonstrar que esses conceitos já são em parte utilizados para esse mister, mas que ainda existe grande campo de colaboração a ser explorado nesse ramo do saber para a formulação de políticas, legislações e práticas nacionais e internacionais para o controle e combate à corrupção.

2. Corrupção: conceito e efeitos

A corrupção vem sendo estudada em todos os países e é foco de atenção em todas as sociedades contemporâneas, principalmente pelo seu caráter degenerador da confiança nas instituições públicas e privadas.

Mesmo nas sociedades mais desenvolvidas, a corrupção tem aumentado nas últimas décadas com as oportunidades surgidas num mundo globalizado, de novas tecnologias, criatividade dos mercados financeiros e transações internacionais facilitadas.

A literatura apresenta inúmeras definições para esse vocábulo, considerando a relatividade do conceito, que, multifacetado, depende também de elementos éticos e culturais.

Segundo a Transparency International, a corrupção é definida simplesmente como o “abuso do poder confiado a alguém em benefício privado” (POPE, J., 2000).

A partir dessa concepção, pode-se caracterizar a corrupção como privada ou pública em função dos agentes nela envolvidos. A corrupção privada ocorre quando a conduta de abuso de poder ocorre na relação entre dois agentes privados, como por exemplo entre o vendedor de uma empresa e o comprador de outra, em detrimento de uma ou de ambas as empresas. No presente trabalho, nos interessa principalmente a corrupção pública, aquela que ocorre entre um agente público e um agente privado, com o uso de recursos (políticos ou econômicos) públicos para a satisfação de interesses privados, em detrimento do interesse público, aquele que o agente público detém o poder-dever de defender.

Assim, há várias espécies de comportamentos corruptos, que podem variar de pagamentos a burocratas para que tomem ou deixem de tomar certas decisões até a obtenção de contratos ou concessões públicas sem

lisura ou licitude, ou mesmo pagamentos para a obtenção da complacência do Estado com atividades criminosas (crime organizado).

Alguns desses comportamentos podem levar a situação de corrupção institucional, que pode ser conceituada, nas palavras de Pompeu e Figueiredo Neto (2014):

“Corrupção institucional aparece quando existe uma sistêmica e estratégica influência que mina a efetividade de uma instituição, ao desvia-la de seu propósito ou enfraquecendo sua habilidade de chegar a este propósito, incluindo, na extensão do que é relevante ao seu propósito, a confiança pública na instituição ou os elementos institucionais inerentes que levam à confiança na instituição (LESSIG, 2014, p.1). O combate à corrupção institucional assume complexidade ao abranger os crimes sem violência cometidos geralmente em situações políticas que objetivam o exagerado ganho financeiro e que criam obstáculos para a implementação de políticas públicas que visem o desenvolvimento humano.”

Na visão de Rose-Ackerman (1997), a corrupção pode afetar significativamente a eficiência, equidade e legitimidade das atividades do Estado. Assim, o combate à corrupção não é um fim em si mesmo. Ela é parte de um objetivo maior de criação de um governo mais efetivo, já que a corrupção produz um efeito distorsivo no desenvolvimento e na sociedade. A corrupção é sinal de que há algo de errado na relação entre Estado e sociedade.

Nesse sentido, Godinho (2011) exemplifica:

“A corrupção no setor de compras governamentais contribui para a perda da eficácia da ação administrativa e em aquisições públicas, levando a um mau uso das receitas públicas, pois em tal compra a decisão não versa sobre o melhor preço. Por conseguinte, o comprador, agente público, preterindo o interesse público ao seu interesse pessoal, desvia as despesas da sua função primordial, qual seja, satisfazer o interesse público, através das decisões políticas tomadas pelo poder competente, criando, ainda, um adicional de preço a ser suportado por todos os contribuintes. A corrupção comporta, além de uma clara realocação de recursos públicos, a facilitação da fraude fiscal e a fuga de capitais.

A corrupção tem um custo sociopolítico: a queda da legitimidade e da credibilidade das ações conduzidas pelo poder público.”

Vê-se, assim, que a corrupção é nefasta em todas as suas modalidades, uma vez que desvia recursos que deveriam ser destinados ao interesse da sociedade. Ocorre que, ao atingir as instituições e sua credibilidade, pode causar danos sociais, econômicos e políticos muito maiores. Deixa de ser um problema de cunho apenas patrimonial para o Estado, tornando-se impedimento para a consecução de seus objetivos, projetos e programas, prejudicando o seu desenvolvimento econômico e social.

3. Direito e Economia

Nas palavras de Salama (2008):

“Pode-se conceituar a disciplina de Direito e Economia como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas. Na síntese de Richard Posner, o Direito e Economia compreende ‘a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico’. Para Nicholas Mercurio e Steven Medema, trata-se da ‘aplicação da teoria econômica (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais.”

Em seu entendimento, o Direito e Economia serviria basicamente para a análise da pertinência entre os meios e fins normativos. Possibilitaria ao profissional do Direito entender os prováveis efeitos que advirão como consequências de diferentes posturas legais.

O atual movimento de análise econômica do direito começou, verdadeiramente, com o artigo de Ronald Coase, publicado em 1960, sobre o custo social (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p.201).

As conclusões de Coase propõem a redução dos custos de transação de modo a facilitar o direcionamento dos recursos para seus usos mais produtivos no Direito:

“Compreende-se que a função geral que a análise econômica detecta no direito seja a de reduzir custos de transação por todos os meios possíveis. Demais disso, os interessados perseguem, também eles, esse objetivo, porque se os custos de transação forem baixos, a busca pela eficiência, até por acordos entre particulares, é mais fácil.” (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 215)

Os custos de transação podem ser vistos como custos em que os agentes incorrem para poder realizar trocas em uma economia. Entre eles, os mais importantes são as assimetrias informacionais, os custos de barganha, os custos legais e os custos de busca (TABAK, 2015).

Com a eliminação desses custos, as transações tendem a ser mais eficientes, no sentido de promover maior bem estar social.

A economia considera que os agentes são racionais e preocupam-se com o futuro. Suas decisões de qualquer natureza (econômica, social, etc.) levam em conta seus custos e benefícios privados, tendo como lógica maximizar seus benefícios incorrendo no menor custo possível. Estes custos e benefícios são avaliados segundo as preferências dos agentes e o conjunto de informação disponível no momento da avaliação.

Para a construção de normas legais ou políticas públicas, esse comportamento maximizador de benefícios dos agentes deve ser considerado, uma vez que na avaliação dos seus custos e benefícios privados, os agentes podem não levar em consideração eventuais custos e benefícios sociais, gerando externalidades negativas para a sociedade.

Além disso, os agentes podem não ser totalmente racionais, o que pode levar a decisões que não necessariamente maximizam seu bem estar.

As normas legais e as políticas públicas podem afetar o comportamento dos indivíduos e das instituições. O Direito e Economia se dedica ao estudo de como esse comportamento é afetado, da mesma forma que auxilia como avaliar e comparar as normas e políticas públicas para os fins que se destinam. Busca aplicar uma perspectiva de “eficiência” às normas legais e às políticas públicas, para maximizar o bem estar social.

Para indicar a eficiência das normas legais ou públicas no sentido de maximizar o bem estar social, a economia oferece alguns conceitos. O conceito de ótimo de Pareto indica uma situação em que não se poderia melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de, pelo menos, outro agente. Assim, uma norma ou política pública seria eficiente se todos os agentes afetados por ela melhorassem sua situação (ou não a alterassem) com a sua introdução.

Ocorre que, muitas vezes, essa introdução pode gerar ganhadores ou perdedores. Um dos conceitos de eficiência mais conhecidos para utilização nesses casos é o Kaldor-Hicks, que confronta os benefícios e custos sociais de determinada norma:

“A introdução de uma norma jurídica gera benefícios para alguns agentes e custos para outros agentes. Caso o benefício total seja maior que o custo total da introdução de determinada norma, essa é eficiente no sentido de Kaldor-Hicks.” (TABAK, 2015)

Não se desconsidera que esse tipo de análise de normas e políticas públicas sob o aspecto da eficiência pode não explicar muitas realidades existentes. De qualquer forma, não se pode negar a sua importância para o aprimoramento dos instrumentos jurídicos que o Estado e a sociedade se valem para seu funcionamento: “A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios.” (SALAMA, 2008)

4. Direito e Economia da Corrupção

A economia vem fornecendo amplo material para o diagnóstico das condições e características sociais e econômicas mais propensas para a ocorrência de atos de corrupção.

Na literatura econômica há vários estudos apontando as características dos países em que se verifica maior nível de corrupção, ou ainda, maior percepção desse fenômeno nos termos do índice de percepção da corrupção apurado pela Transparency International.

Svenson (2005), que entende a corrupção como um resultado, um reflexo das instituições legais, econômicas, culturais e políticas, aponta algumas características comuns entre esses países: baixa renda per capita; baixo índice de escolaridade entre pessoas maiores de 25 anos; falta de liberdade de imprensa e baixa abertura da economia.

De outro lado, seus estudos apontam que o aumento da competitividade na economia decorrente da simplificação legislativa é negativamente relacionada à corrupção. Ressalta, entretanto, dificuldade na tarefa de encontrar o equilíbrio entre a simplificação na legislação que beneficia a redução da corrupção e àquela que abre portas para seu aumento.

Também demonstra que os dados obtidos sugerem que quando a sociedade tem mais acesso à informação e direitos de ação, há menos corrupção.

Interessante estudo de Conceição Castro (CASTRO, 2008), que, ao contrário da grande maioria dos estudos sobre corrupção, abrange apenas os países desenvolvidos da União Europeia dos 15 (países que compunham a União Europeia quando esta era composta por apenas 15 membros), conclui que a honestidade dos burocratas e políticos está positivamente correlacionada com a eficácia governamental, maior qualidade da regulação, estabilidade política, voz e responsabilização, e maior liberdade econômica.

A economia política também vem oferecendo estudos que procuram conceituar e diagnosticar a corrupção bem como apontar estratégias de prevenção e combate. Rose-Ackerman (1997) entende que a dimensão e a incidência da corrupção depende de quatro principais fatores: (i) o nível de benefícios públicos disponíveis, (ii) o poder discricionário das autoridades; (iii) o risco das transações corruptas e (iv) o relativo poder de negociação do corruptor e do corrompido.

Verifica-se, assim, que tanto a motivação dos agentes que praticam atos de corrupção, quanto as condições favoráveis a sua existência se explicam, em grande parte, por razões econômicas.

Sob o viés econômico, a corrupção pode ser classificada como uma transação:

“A análise econômica da corrupção permite-nos definir a corrupção *lacto sensu*, como uma transação, um processo de troca, uma relação contratual. Logo, configura a existência de um mercado informal, ilegal, onde interagem agentes econômicos pelo lado da oferta e pelo lado da procura.” (ABREU, 2011)

Importante verificar, assim, qual o bem objeto dessa transação, bem como quem oferece e quem procura esse bem.

Abreu (2011) identifica um “mercado de decisões” (atribuição de licenças, decisões em matéria de compras governamentais, autorizações, contratações, etc.), onde a oferta é constituída pelos “produtores de decisões” e a demanda por aqueles que possuem o poder de compra dessas decisões, visando a maximização de suas utilidades individuais.

A autora pontua que o poder dos “produtores de decisões” (poder político, social, institucional) é limitado e lhes foi outorgado, delegado, atribuído. “É a utilização do poder limitado pelos produtores de decisões que constitui o instrumento da criminalidade” (ABREU, 2011). Assim, a

utilização criminosa de um poder legítimo pode causar enormes danos sociais (externalidade negativa da transação).

O ponto central da análise econômica, assim, seria identificar os custos marginais de produção dessa oferta de decisões, procurando criar preços mais elevados com a conseqüente redução do número de transações corruptas numa sociedade.

Nesse sentido, Rose- Ackerman (1997) afirma: “An effective anticorruption strategy should both reduce the benefits and costs under the control of public agents and limit their discretion to allocate gains and impose harms.”

Partindo-se dessa análise, se reduzido o poder dos agentes do Estado sobre os agentes privados que se dá por meio da máquina burocrática (emissão de documentos, autorizações, da cobrança de impostos e taxas e da consecução de programas e obras públicas), haveria a redução da corrupção, uma vez que a possibilidade de oferta de decisões se reduziria.

Assim, essa linha de pensamento recomenda a redução da atuação estatal para a redução da corrupção. “Quanto menor for a intervenção do Estado no mercado, menor será a relevância do papel desempenhado pelo agente público, o que em muito reduzirá o espaço aberto à corrupção” (GARCIA, 2003).

Da mesma forma, regras de transparência, bem como de exigência de fundamentação para as decisões dos agentes públicos também elevam o custo marginal das decisões.

Além disso, a política governamental pode aumentar os benefícios para posturas honestas, aumentar a probabilidade de punição e aumentar as penalidades impostas para atos de corrupção (ROSE-ACKERMAN, 1997).

No que se refere ao aumento de benefícios para posturas honestas, pode-se proteger ou recompensar aqueles agentes públicos ou privados que reportarem esses atos de corrupção. Isso porque pode ser arriscado reportar tais atos. Segundo a mesma lógica de custo/benefício econômica, com mais incentivos para reportar esses atos, aumentaria-se o risco das transações corruptas, elevando-se os custos marginais de produção das decisões objeto de nossa análise.

Nesse aspecto, uma imprensa livre é fundamental para o combate à corrupção, no sentido que o comportamento livre desse agente social também pode aumentar os riscos dos atos de corrupção.

Ainda, a criação de regras que estimulem a boa governança tanto estatal quanto privada pode levar a elevação desses custos:

“Se a Administração não se auto avalia, não gere riscos internos e externos, não é transparente, enfim, se não mitiga pontos frágeis e promove aspectos positivos, certamente grassarão em seu âmbito múltiplos desvios e a integridade feneceirá.” (FORTINI e SHERMAN, 2017).

No que toca à contratação pública, setor de atuação estatal especialmente vulnerável à corrupção, a exigência ou preferência nas por empresas que mantenham programas de compliance, pode ser uma estratégia de estímulo a uma postura anticorrupção.

O incentivo público e privado à formação de uma população altamente qualificada (investimento em capital humano) é ação que leva à construção de uma sociedade mais crítica e menos permissiva, o que eleva os custos marginais de produção de decisões corruptas. Esse incentivo pode iniciar-se no ciclo básico da educação, a partir de processos de aprendizagem de comportamentos anticorrupção, à semelhança dos programas educativos ambientalistas, permitindo conscientizar e incentivar comportamentos futuros nesse sentido (ABREU, 2011).

Num mundo globalizado, importante ter em conta que a transação corrupta que ora analisamos pode ocorrer entre agentes de diferentes ordenamentos jurídicos, mas também envolver funcionários públicos que atuam em órgãos internacionais (ONU, UNESCO, Banco Mundial, etc.) (GODINHO, 2011).

Dessa forma, essa análise de Direito e Economia pode ser aplicada também para a criação e avaliação das Convenções e Tratados internacionais.

Godinho (2011) aponta que a edição de normas internacionais pode auxiliar tanto no lado repressivo da corrupção (“acordos internacionais com fins de harmonização e globalização da penalização da corrupção em contratos do governo”), quanto na sua prevenção (“favorecendo a transparência nos procedimentos da assinatura de contratos, pela instalação de medidas de concorrência e publicidade).

Conclui-se com essa análise que regimes ditatoriais ou autocráticos predispõe a existência de comportamentos de corrupção, por falta de participação popular e mecanismos de controle e transparência na atuação dos agentes públicos. De outro lado, sabe-se que a própria estrutura da democracia possui aspectos que podem estimular a prática de atos de corrupção, podendo esta ser vista como via rápida de acesso e manutenção do poder. Por certo, o financiamento privado de campanhas políticas não

constitui mero ato de consciência política. Os agentes privados buscam o lucro, encarando esse financiamento como um “investimento” que possa lhe gerar frutos.

Além disso, apesar de verificado que qualquer reforma que estimule a competitividade da economia reduz incentivos para a corrupção, há que se tomar algumas precauções. A desregulação de certas atividades pode simplesmente aumentar a corrupção em outra área. Ainda, processos de privatização podem ser eles mesmos corruptos, assim como as agências regulatórias necessárias no mundo privatizado (ROSE-ACKERMAN, 1997).

Assim, na análise para a elaboração e introdução das alterações de normas e políticas governamentais, deve-se, ainda, se atentar para eventuais novos incentivos (não desejáveis) criados para transações corruptas.

5. Normas nacionais e internacionais ratificadas pelo Brasil destinadas ao controle e combate à corrupção

Desde muito, o combate à corrupção vem sendo objeto de leis nacionais e tratados internacionais.

O Brasil ratificou Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE); a Convenção Interamericana contra Corrupção (OEA) e a Convenção da ONU contra Corrupção.

Os Estados integrantes da OCDE subscreveram, em 17 de dezembro de 1997, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, que foi ratificada pelo Brasil em 2000 (Decreto No. 3.678 de 30 de Novembro de 2000).

Essa Convenção passou a considerar infração penal o suborno de tais agentes. Além disso, previu que Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro e promover a melhoria das normas e regulamentos sobre sistemas contábeis e de auditoria para as empresas atuantes sob suas legislações.

A Convenção Interamericana contra Corrupção (OEA), por sua vez, foi assinada em 29 de março de 1996 e ratificada pelo Brasil em 2002 (Decreto No. 4.410 de 07 de Outubro de 2002). Seu texto prevê a adoção pelos países signatários de normas de conduta para desempenho das funções públicas,

mecanismos que estimulem a participação da sociedade civil e de ONGs nos esforços para prevenir a corrupção, e medidas preventivas e punitivas em relação aos atos corruptos, imposição de penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas e imposição de sanções civis ou administrativas adicionais.

No que se refere ao setor privado, prevê a necessidade de se adotar medidas preventivas no âmbito interno das empresas, como códigos de ética e conduta e a melhoria dos seus procedimentos de controle contábil.

A Convenção da ONU contra a Corrupção foi assinada em 9 de dezembro de 2003, e ratificada pelo Brasil em 2005 (Decreto No. 5.687 de 31 de Janeiro de 2006). Seu texto abrangeu os temas de cooperação internacional, recuperação de ativos, assistência técnica e intercâmbio de informações, sendo composta de 71 artigos.

Conforme seu Artigo 1, suas finalidades são: promover medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção, promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção e promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

O principal avanço dessa Convenção em relação às anteriores, além do seu nível de abrangência (há 159 países signatários), é a imposição da proibição da prática de suborno envolvendo não só o funcionário público estrangeiro (Artigo 16), mas também o nacional de outro país (Artigo 15).

Em âmbito nacional, ao longo dos últimos anos vem sendo montado o arcabouço legal mais efetivo para o combate à corrupção, bem como para o cumprimento desse compromisso internacional de prevenção e combate à esse fenômeno.

A Constituição Federal de 1988 previu em seu art. 37, § 4º, que “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Para sua regulamentação, foi promulgada a Lei 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa, que previu, para os atos de improbidade nela definidos, medidas liminares constritivas (bloqueio de bens) e sanções mais severas para esses atos, tais como proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos, direta ou indiretamente,

ainda que por intermédio de outra pessoa jurídica (de 3 a 10 anos), multa civil fixada em sentença e o ressarcimento de valores (bem como a sua imprescritibilidade).

Essa lei, entretanto, não tinha como foco a pessoa jurídica corruptora. Sua aplicação às empresas depende da comprovação de ato de improbidade de um agente público. Todas as condutas descritas na lei são de responsabilidade subjetiva, dependendo de comprovação de culpa ou dolo de todos os envolvidos. Além disso, não prevê condutas praticadas contra a administração pública estrangeira.

A Lei de Licitações (Lei 8.666/93) previu, em seus artigos 89 a 99, como crime as condutas mais graves de fraude ou favorecimento de particulares nos processos de licitação, assim como previu em seus artigos 87 e 88 sanções administrativas de suspensão e impedimento de empresas de contratar com a Administração Pública, bem como a possibilidade de declaração de sua inidoneidade.

Nesse diploma legal, entretanto, as condutas mais graves, tratadas na Seção sobre crimes, não se aplicam à pessoa jurídica que se beneficia da conduta ou que determina a prática do delito.

Em 2000, entrou em vigor a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) que definiu para a administração pública o conceito de gestão fiscal responsável. Esse diploma legal veio no contexto da necessidade de reforma do Estado, que precisa atuar de forma planejada e responsável com suas finanças bem administradas (basicamente gastando aquilo que permitem suas receitas). Dentre os princípios da Lei estão o planejamento, a transparência, o controle e a responsabilização. No que se refere ao combate à corrupção, sua principal contribuição foi a de garantir uma maior transparência na alocação de recursos públicos, estabelecer regras para a gestão financeira do Estado (melhoria da Governança Pública) e prever a responsabilização dos gestores que não atuem conforme os preceitos da gestão fiscal.

A Lei 12.527/2011, Lei de Acesso à Informação veio acrescentar à legislação pátria obrigações de transparência na atuação da administração pública, regulamentando o art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal que previa o direito à informação como direito fundamental. Essa obrigação de transparência facilita o controle interno, com denúncias e reclamações, ao mesmo tempo que garante a disponibilização à sociedade das informações para que possa ela exercer o controle social. Com sua promulgação houve

o rompimento de um paradigma, o sigilo passou a ser exceção, sendo regra a publicidade das informações relativas á administração pública.

A Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) veio completar o conjunto de normas existentes para adequar a legislação nacional, no sentido do cumprimento do compromisso internacional do país perante às Convenções firmadas.

Ela veio preencher lacunas importantes da legislação brasileira no que se refere ao combate à corrupção. Permite a responsabilização direta de pessoa jurídica, bem como de seu patrimônio, por transações corruptas. Valoriza, ainda, a esfera processual administrativa com a previsão de Processo Administrativo de Responsabilização de Pessoa Jurídica.

Trata-se de responsabilidade objetiva, sem a comprovação de dolo ou culpa, como resultado direto de descumprimento de normas legais. Além disso previu sanções mais eficazes, com real poder inibitório, preventivo e dissuasório.

No campo da prevenção à corrupção trouxe o estímulo à integridade corporativa nas empresas, através do sistema de atenuantes, que valoriza os programas de compliance para o controle interno empresarial.

Através da previsão da possibilidade de acordos de leniência, cria incentivos para a colaboração com a investigação de ilícitos, facilitando-a.

Da mesma forma, prevê a formação de cadastro público das empresas sancionadas, favorecendo a transparência.

Inaugura também instrumentos para o enfrentamento da corrupção transnacional.

Apesar dos avanços legislativos, a efetividade das previsões legais enfrenta alguns desafios que vão desde a cultura nacional de tolerância aos atos de corrupção até as dificuldades para a caracterização formal das hipóteses ilícitas.

A realidade tem demonstrado ainda que não há suficiente colaboração entre os órgãos públicos competentes, tais como o Ministério Público, a Polícia Federal e a Advocacia Geral da União.

Além disso, apesar do avanço na previsão dos Acordos de Leniência, estes podem apresentar-se pouco atrativos, uma vez que não afastam as sanções cabíveis, permitindo apenas a sua redução.

Há ainda muita insegurança jurídica acerca da aplicação dos dispositivos da Lei Anticorrupção. Inexistem precedentes, as competências para sua aplicação são bastante descentralizadas, além de haver no seu texto a

previsão de múltiplas instâncias decisórias, que hoje ainda não agem em conjunto ou colaboração.

6. Conclusões

Como verificamos através da bibliografia consultada, o estudo dos mecanismos de controle e combate à corrupção é matéria multidisciplinar que exige a análise de componentes sociais, legais, econômicos e culturais.

Entretanto, como demonstrado pelos estudos analisados, tanto a motivação dos agentes que praticam atos de corrupção, quanto as condições favoráveis a sua existência se explicam, em grande parte, por razões econômicas.

Assim, sem desmerecer os aspectos morais e culturais desses atos, a sua análise econômica pode sem dúvida auxiliar na prevenção e combate a esse fenômeno.

A disciplina de Direito e Economia, dedicando-se ao estudo de como o comportamento dos indivíduos e das instituições é afetado pelas normas legais e pelas políticas públicas pode auxiliar na sua elaboração e avaliação.

Esse tipo de abordagem tem indicado caminhos no sentido do aprimoramento da legislação e da implementação de políticas públicas tendentes a prevenir e combater atos de corrupção.

Como acima verificado, os estudos econômicos e os conceitos do Direito e Economia já tem influenciado a elaboração das normas nacionais e internacionais no sentido da prevenção e combate à corrupção, com a implementação de instrumentos legais que criam preços mais elevados para as transações corruptas.

As normais legais acima analisadas trazem expressivos avanços no que se refere a instrumentos provados tendentes a reduzir o número de transações corruptas, tais como: aumento da transparência, benefícios para posturas honestas, punições para as pessoas jurídicas beneficiadas com os atos de corrupção, aumento das penalidades impostas aos agentes corruptos e corruptores e regras de estímulo a boa governança estatal e privada.

Esse arcabouço legal tem dificultado em certa medida a ocorrência de transações corruptas, mas seu alcance ainda não tem gerado os efeitos expressivos de redução da corrupção.

Principalmente no que toca à Lei Anticorrupção, será importante a atuação das instituições responsáveis pela sua aplicação efetivação, tanto administrativas como judiciais, no sentido de se reduzir toda a insegurança jurídica que hoje envolve a sua efetivação.

Nessa análise sob o prisma do Direito e Economia, verifica-se que as normas legais são instrumentos indutores de condutas humanas, criando incentivos para as condutas desejadas e desincentivando aquelas indesejáveis. Assim, o bom funcionamento e colaboração entre das instituições responsáveis pela aplicação é fundamental para o atingimento dos objetivos desse arcabouço legal criado.

O corpo normativo criado, sem dúvida, aumentou o risco das transações corruptas. Ocorre que ainda é importante tomar em conta as outras conclusões dos estudos em Direito e Economia no sentido da luta contra à corrupção.

A reforma do Estado no sentido de sua redução e de uma melhor organização e funcionamento de suas instituições, bem como a desburocratização dos procedimentos administrativos, no sentido de reduzir o poder de negociação do agente corrompido são importantes medidas a ser ainda tomadas.

Da mesma forma, o estímulo e valorização das organizações da sociedade civil para um melhor controle externo da atuação estatal pode ser outro mecanismo que trará bons frutos para o combate a práticas de corrupção.

A complexidade do tema aponta ainda para a necessidade de múltiplas ações do Estado e da sociedade civil e suas instituições no sentido de se reduzir as oportunidades para a ocorrência de transações corruptas. O seu estudo através da ótica do Direito e Economia pode trazer novas luzes para a prevenção e combate a esse fenômeno.

Referências

ABREU, Cristina de – A Economia Da Corrupção – A Análise Económica Da Corrupção Nas Sociedades Desenvolvidas Contemporâneas. In: ABREU, Cristina de, coord. *A Economia da Corrupção nas Sociedades Desenvolvidas Contemporâneas*, Porto: CEPESE / Fronteira do Caos, 2011.

- CASTRO, Conceição. Determinantes económicos da corrupção na União Europeia dos 15. In: *Economia Global e Gestão* [online]. 2008, vol.13, n.3, pp.71-98. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/egg/v13n3/v13n3a04.pdf>>. Acesso em janeiro/2017.
- FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.
- GARCIA, Emerson. A Corrupção, uma visão jurídico-sociológica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 233, 103-139, Jul/Set 2003.
- GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuições do direito internacional ao combate à corrupção. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 347 a 386, jan./jun. 2011.
- MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane – Análise Econômica do Direito, tradução Rachel Sztjan, 2a. Edição, São Paulo: Atlas, 2015.
- POMPEU, Gina Vidal Marcílio e FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente. Estado Constitucional, Políticas Públicas e Relações Econômicas: o Combate à Corrupção no Supercapitalismo, *Prima Facie*, João Pessoa, v. 13, n. 25, 2014.
- POPE, J. *The Elements of a National Integrity System*. Transparency International source book 2000. apud GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuições do direito internacional ao combate à corrupção. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 347 a 386, jan./jun. 2011.
- ROSE-ACKERMAN. The Political Economy of Corruption. In: ELLIOT, Kimberly Ann *Corruption and the Global Economy*. United States: Institute for International Economics, 1997, p. 31-60.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia?. In: TIMM, Luciano B. (org.). *Direito e Economia*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Republicação: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Fragmentos para um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/. Acesso em dezembro/2017.
- SVENSSON, Jakob. Eight Questions about Corruption. *Journal of Economic Perspectives*—Volume 19, Number 3, Pages 19–42, Summer 2005.
- TABAK, Benjamin Miranda . A Análise Econômica do Direito. Proposições legislativas e políticas públicas, *Revista de Informação Legislativa*, Ano 52 Número 205 jan./mar. 2015.

Corrupção Transnacional, Proteção Multinível da Integridade e Modelo Transnormativo Europeu: reflexões para a União de Nações Sul-Americanas

Transnational corruption, Multilevel Protection of integrity and Transnormative Model: Reflections for the Union of South American Nations

MARCELO EUGÊNIO FEITOSA ALMEIDA

Resumo: O presente trabalho, tendo como base a panorâmica análise do modelo de negócio corruptófilo da Odebrecht na América do Sul, busca lições do Direito da União Europeia para o desenvolvimento de um marco legal uniforme e eficiente para a contratação pública no âmbito sulamericano, sob o paradigma da integração regional. Para tanto, cotejaremos a natureza e o estágio de integração da União Europeia (EU) e da União das Nações Sulamericanas (UNASUL), o modelo transnormativo daquela, com foco nas “diretivas”, concluindo que a institucionalidade da UNASUL é, hoje, incapaz de garantir uma autêntica proteção multinível da integridade em sua área de influência, mas que pode, adaptando-se a experiência europeia, exercer um papel fundamental no desenvolvimento de uma uniformidade normativa essencial à higidez da contratação pública nos seus Estados-membros.

Palavras-chave: *Governança; contratação pública; corrupção transnacional; integração regional.*

Abstract: This work, based on the analysis of the Odebrecht’s corrupt business model in South America, search lessons from EU Law for the development of a uniform and efficient legal framework for public procurement within South America, under the regional integration paradigm. Therefore, we will compare the nature and stage of integration of the European Union (EU) and the Union of

South American Nations (UNASUL), the transnormative model, with a focus on “directives”, concluding that the UNASUL institutionality is unable to ensure an authentic Multilevel protection of integrity in your influence area, but can adapt the European experience and play a key role for the development of a consistency normative essential to health of public procurement in the Member-states.

Keywords: *Governance; public procurement; transnational corruption; regional integration.*

1. Introdução

Cada vez mais ameaças à boa governança, ao regime democrático e ao desenvolvimento político e econômico dos Estados tornam-se, concomitantemente, relevantes para mais de uma ordem jurídica, que são chamadas ao enfrentamento.

Uma das ameaças mais evidentes e destrutivas é a corrupção. Com a internacionalização da contratação pública, o problema passa a ser supranacional e nenhum estado sozinho terá êxito em atacar um fenômeno que é transfronteiriço.

Questões concretas dessa jaez têm sido enfrentadas recentemente no âmbito da América do Sul, ainda que com pouca transversalidade, como bem ilustra o modelo regional de negócio corruptófilo da Odebrecht, empresa brasileira com atuação em diversos países do Cone Sul. A empresa reconheceu, por meio de seus Diretores, no âmbito das investigações da Operação Lava Jato, no Brasil, que subornou servidores públicos com finalidade de fraudar contratações públicas e financiar ilicitamente campanhas políticas com fito de promover agendas políticas favoráveis aos seus interesses privados em vários países, como Argentina, Brasil, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela.

Daí o ponto de inquietação do presente trabalho, com foco nas empresas multinacionais que fornecem bens e serviços ao poder público: considerando que o dinheiro tende a movimentar-se de ambientes mais regulados para ambientes menos regulados buscando expandir-se, ainda que ilicitamente, o que o Direito da União Europeia teria a contribuir para a realidade sul-americana em termos de tutela da integridade?

Iniciaremos o enfrentamento da questão a partir do estudo do caso Odebrecht, cuja ilustração proporcionará, a partir de um caso concreto, bases sólidas para reflexões acerca da necessária proteção da integridade no âmbito sulamericano.

Após, conheceremos a institucionalidade da União das Nações Sul-americanas (UNASUL), com propósito de conhecer o arcabouço institucional que asseguraria, em tese, a proteção da integridade regionalmente.

Posteriormente conheceremos o modelo transnormativo europeu, com finalidade de conhecer as técnicas de positivação multinível que poderiam ser incorporadas, *mutatis mutandis*, à realidade sulamericana.

Por fim, já ilustrado o problema EM concreto, conhecido o arcabouço institucional que asseguraria futuras soluções e o modelo europeu, refletiremos sobre o que poderia ser incorporado à realidade do Cone Sul.

2. A corrupção transnacional na América do Sul: especialmente o caso Odebrecht

A breve e panorâmica análise do caso Odebrecht, conglomerado brasileiro de capital fechado que atua em diversas partes do mundo nas áreas de construção e engenharia, químicos e petroquímicos, energia, saneamento, entre outros, tem o propósito de ilustrar, a partir de um caso concreto, o problema que ora se debruça neste trabalho, como base para reflexões sobre futuras ações transformadoras.

A OCDE concluiu que o Brasil possui um sólido arcabouço legislativo no que se refere ao suborno estrangeiro¹. Recentemente, o Brasil deu um passo significativo promulgando a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que permite que as empresas brasileiras (e não apenas as pessoas físicas) sejam responsabilizadas, objetivamente, por atos de corrupção.

Contudo, o fenômeno da corrupção é transfronteiriço, e exige esforços transnacionais, como demonstra o Caso Odebrecht. A dimensão do caso tem sido compreendida e enfrentada, em muito, por conta de atos concertados

¹ OECD (2014), Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil, OECD Publishing. <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>>. Acesso em 19 de dezembro de 2017.

entre países cooperantes, como Brasil, Suíça e Estados Unidos, e, também, pelo largo uso da técnica da colaboração premiada, procedimento previsto no Brasil pela Lei 12.850/2013, que prevê medidas de combate às organizações criminosas, usada abundantemente no âmbito da Operação Lava Jato, no Brasil.

Contudo, como será visto a seguir, a atuação danosa da empresa alastrou-se por diversos países, como Argentina, Colômbia, Peru e Venezuela, que tratarão da questão aplicando seus respectivos Direitos Internos, suas próprias regulações e regimes de responsabilização, muito diferentes entre si, muito longe de uma solução regional uniforme e efetiva.

Assim, enquanto perdurar essa heterogeneidade de regulações e regimes de prevenção e responsabilização no âmbito regional, as empresas corruptófilas manter-se-ão, na América do Sul, lançando mão de suas práticas vis para acesso e manutenção indevidos de contratos públicos, bem como desenvolvimento antidemocrático de agendas políticas voltadas aos seus interesses.

Daí a importância de, partindo de um caso concreto, compreender a dimensão da corrupção transacional, com fito de refletir, sobre uma base paupável, acerca de ações transformadoras necessárias e possíveis.

De acordo com o Relatório de Informações publicado pelo *Department of Justice (DOJ)*, órgão investigador e acusatório dos Estados Unidos, entre 2001 e 2016, a Odebrecht, pelos seus diretores, corromperam pagando centenas de milhões de dólares e outras vantagens em favor de agentes públicos, políticos e partidos políticos para obter e manter contratos públicos em 12 países, metade nações da América do Sul.²

No Brasil, no contexto da operação Lava Jato, 78 executivos do Grupo Odebrecht assinaram acordos de delação premiada, com base na referida Lei 12.850/2013, inaugurando-se uma nova etapa no combate à corrupção e captura política na América do Sul.³

² CAPERS, Robert L., WEISSMANN, Andrew. Information Cr nº 16-643 (RJD) (T.18, U.S.C., §§371 and 3551 et seq.), USA x ODEBRECHT SA (F.#2016R00709), USDC-Eastern District of New York, p.11.

³ AMADO, Guilherme. As revelações da Odebrecht na América Latina. O GLOBO. Rio de Janeiro. Disponível em < <https://oglobo.globo.com/brasil/as-revelacoes-da-odebrecht-na-america-latina-21665147>>. Acesso em 04 de dezembro de 2017.

Registre-se que tais documentos estão sob sigilo legal, contudo órgãos de imprensa⁴ acessaram os processos e publicaram as informações, que serviram de base para o presente trabalho, ao lado do Relatório de Informação do DOJ.

Dos 78 executivos da Odebrecht, 15 admitiram ao Ministério público Federal brasileiro a prática de uma série de crimes em diversos países, dentro eles, Argentina, Brasil, Colômbia, Peru e Venezuela. No contexto da colaboração, eles revelaram fraudes em contratações públicas e financiamento ilegal de campanhas eleitorais com finalidade de financiar projetos de poder político que se coadunam com os interesses econômicos da empresa.⁵

Vejamos, panoramicamente, o *modus operandi* da Odebrecht nos países da América do Sul que mantinha operação relevante, a partir das informações e documentos reunidos pelos órgãos de imprensa e DOJ.

Começaremos pelo país que sedia a empresa.

Brasil

A Operação Lava Jato, força tarefa pluri-institucional que investiga, denuncia e julga, subdividida em fases, esquemas de corrupção que unia as principais construtoras do país à Petrobras, estatal petrolífera brasileira, apurou indícios de fraudes concorrenciais a licitações, irregularidades ao longo do cumprimento de contratos e até financiamento irregulares de campanhas, partidos e políticos perpetradas pela Odebrecht.

Na 23ª fase da Operação, batizada de Acarajé, a força tarefa prendeu cautelarmente Maria Lucia Tavares, então secretária de Marcelo Odebrecht, presidente da empresa. Com a prisão, a força tarefa concluiu que a empresa tinha criado um setor exclusivamente para fazer pagamentos ilegais para políticos e funcionários da Petrobras. O setor existia oficialmente no organograma da empresa e chamado de “Departamento de Operações Estruturadas”. Maria Lucia deu os detalhes de como funcionava e entregou planilhas com registros de repasses.⁶

⁴ O GLOBO (Brasil), IDL-Reporteros (Peru), La Nación (Argentina), Sudestada (Uruguai), Armando.info (Venezuela), La Prensa (Panamá) e Quinto Elemento Lab (México).

⁵ AMADO, Guilherme, op. cit.

⁶ BRASIL, Gioconda. Delações da Odebrecht: entenda o maior escândalo de corrupção do país. O GLOBO. Brasília. Disponível em < <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2017/04/delacoes-da-odebrecht-entenda-o-maior-escandalo-de-corrupcao-do-pais.html>>. Acesso em 22 de dezembro de 2017.

No final de 2016 a empresa assinou um acordo de leniência, instrumento previsto pela legislação brasileira anticorrupção acerca da responsabilização da pessoa jurídica, e aceitou devolver R\$ 6,8 bilhões. Concomitantemente, 78 executivos e ex-executivos da empresa, com funções diretivas em vários países da América do Sul, assinaram acordos de colaboração premiada, confessando os atos de corrupção em 12 países, metade deles na América do Sul.

Argentina

Entre 2007 e 2014, a empresa pagou US\$35 milhões em vantagens indevidas a agentes públicos argentinos, por meio de intermediários, valores relacionados a, pelo menos, três contratações públicas de infraestrutura que rendeu à empresa US\$278 milhões.⁷

Para uma ilustração mais concreta, agentes públicos do Ministério do Planejamento e da estatal Água e Saneamento Argentino (Aysa) receberam US\$ 14 milhões para que a Odebrecht ganhasse a licitação do projeto Água Potável Paraná de las Palmas, de limpeza de água para consumo humano, na capital.⁸

Colombia

Entre 2009 e 2014, a empresa pagou US\$11 milhões em vantagens indevidas a agentes públicos colombianos, valores relacionados a contratos que renderem à empresa mais de US\$50 milhões.⁹

No início de 2017, a Suprema Corte da Colômbia começou a avaliar se há indícios suficientes para abrir um “inquérito preliminar” contra quatro senadores e um deputado possivelmente beneficiados pelas operações irregulares.¹⁰

⁷ CAPERS, Robert L., WEISSMANN, Andrew, op cit., p. 18.

⁸ BARCA, Antonio Jiménez. Qué es el ‘caso Odebrecht’ y cómo afecta a cada país de América Latina. El País. Buenos Aires. Disponível em < https://elpais.com/internacional/2017/02/08/actualidad/1486547703_321746.html>. Acesso em 9 de dezembro de 2017.

⁹ CAPERS, Robert L., WEISSMANN, Andrew, op cit., p.23.

¹⁰ AMADO, Guilherme, op cit.

Equador

Entre 2007 e 2016, a empresa pagou US\$33.5 milhões em vantagens indevidas a agentes públicos equatorianos, valores relacionados a contratos que renderem à empresa mais de US\$116 milhões.¹¹

O vice-presidente do Equador, Jorge Glas, preso preventivamente, é suspeito de receber propina da Odebrecht para favorecer a empreiteira brasileira em contratos com o governo equatoriano.¹²

Segundo o periódico brasileiro O GLOBO, a operação corruptiva da empresa no Equador rendeu lucros milionários, permitindo que a empresa conquistasse projetos como a construção da Hidrelétrica Manduriaco, um contrato de US\$ 124,8 milhões; o projeto de irrigação Tránsito Daule Vences, um contrato de US\$ 190,9 milhões; a terraplanagem da Refinaria do Pacífico, de US\$ 299,9 milhões; a construção do Aqueduto La Esperanza, US\$ 259,9 milhões, e o Poliduto Pascuales-Cuenca, para transportar gasolina e diesel, de US\$ 369,9 milhões.¹³

Peru

Entre 2005 e 2014, a empresa pagou US\$29 milhões em vantagens indevidas a agentes públicos peruanos, valores relacionados a contratos que renderem à empresa mais de US\$143 milhões.¹⁴

Os colaboradores da Lava Jato, no Brasil, forneceram detalhes de operações de financiamento ilícitos de campanha. Na colaboração há ainda relatos de pagamentos de propina para que a Odebrecht conquistasse, além de dois trechos da Interoceânica, a linha 1 do metrô de Lima, o trecho no estado Callao da estrada *Vía Costa Verde*, uma estrada em Cusco, na região dos Andes, e outra no estrado Carhuaz.¹⁵

¹¹ CAPERS, Robert L., WEISSMANN, Andrew. op cit., p.29.

¹² BRIEGER, Pedro. Ecuador: detienen al vicepresidente Jorge Glas por corrupción en el caso Odebrecht. NODAL. Quito. Disponível em< <http://www.nodal.ec/2017/10/ecuador-detienen-al-vicepresidente-jorge-glas-corrupcion-caso-odebrecht/>>. Acesso em 20 de dezembro de 2017.

¹³ AMADO, Guilherme, op cit.

¹⁴ CAPERS, Robert L., WEISSMANN, Andrew, op cit., 34.

¹⁵ AMADO, Guilherme, op cit.

Venezuela

Entre 2006 e 2015, a empresa pagou US\$98 milhões em vantagens indevidas a agentes públicos venezuelanos e seus intermediários.¹⁶

Segundo as investigações do *DOJ* e Operação Lava Jato, Venezuela é o segundo país o qual a empresa mais converteu dinheiro em subornos e financiamento político ilegal, mormente para obter e manter contratos de obras públicas.¹⁷

A Odebrecht gozava da possibilidade de contratação direta junto ao governo venezuelano, sem necessidade de participar de concorrências conforme a legislação contratual pública venezuelana, que permite a contratação de uma empreiteira sem licitação, desde que haja um acordo de cooperação técnica com o país de origem da empresa. Brasil e Venezuela têm um termo de cooperação como este desde 1992. Deste modo a Odebrecht foi contratada para fazer, por licitação ou por contratação direta, 32 obras na Venezuela.¹⁸

Eis o panorama de atuação da Odebrecht na América do Sul, cuja gravidade exige uma homogeneidade normativa regional e efetiva em termos de regulação das relações entre empresas fornecedoras e poder público e regimes de responsabilização das mesmas, para uma eficaz proteção da integridade, da democracia e do desenvolvimento inclusivo na região.

3. Institucionalidade da união de nações sul-americanas

Com a considerável extensão da corrupção transnacional a partir da atuação de grandes empresas que atuam com finalidade de apropriar-se da agenda pública, bem ilustrada a partir do panorama do Caso Odebrecht em vários países da América do Sul, exsurge a reflexão sobre uma proteção transnacional da integridade, até mesmo multinível.

¹⁶ CAPERS, Robert L., WEISSMANN, Andrew, op cit., 36.

¹⁷ GARCIA, Jacobo. Los vínculos entre Maduro y Odebrecht que aceleraron la huida de la fiscal rebelde de Venezuela. El País. Ciudad de México. Disponível em <https://elpais.com/internacional/2017/08/19/america/1503172609_719210.html>. Acesso em 04 de dezembro de 2017.

¹⁸ AMADO, Guilherme, op cit.

Contudo, é preciso refletir sobre a necessidade de um órgão supranacional, tal como revela a experiência da União Europeia, capaz de fomentar, ou mesmo garantir, a partir de ferramentas concretas, um esforço regional, no contexto e limites da América do Sul, de proteção da integridade, mormente a partir de normas uniformes e eficientes relacionadas à prevenção e punição a fraudes nas contratações públicas.

Contudo, a história das relações na América do Sul é marcada pela desconfiança mútua, até hoje presente em diversas ocasiões. Desde os movimentos de independência do século XIX, a região fragmentou-se em muitos Estados num modelo de relação político-econômica marcado pelo isolamento recíproco, enquanto cada qual relacionava-se com potências europeias ou com os Estados Unidos.¹⁹

Após várias tentativas de aproximação regional desde os anos 50, mormente no campo comercial, no final da década de 2000 deu-se início a uma articulação de aproximação e relacionamento entre os países da América do Sul no mais diversos campos, com destaque para a política, energia, defesa, saúde e educação, criando-se, em 2008, a União das Nações Sul-americanas – UNASUL, como organização dotada de personalidade jurídica internacional, formada por 12 países: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela.²⁰

Segundo o tratado Constitutivo da UNASUL, seu objetivo é:

Artigo 2

Objetivo

A União de Nações Sul-Americanas tem como objetivo construir, de maneira participativa e consensual, um espaço de integração e união no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos, priorizando o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infraestrutura o financiamento e o meio ambiente, entre outros, com vistas a eliminar a desigualdade socioeconômica, alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia e reduzir as assimetrias no marco do fortalecimento da soberania e independência dos Estados.

¹⁹ SIMÕES, Antônio José Ferreira. Unasul: a maturidade da América do Sul na construção de um mundo multipolar. *Tem Mund.*, Fortaleza, v.4, n.7, jul/dez. 2008, p. 66.

²⁰ SIMÕES, Antônio José Ferreira. *op cit.*, p. 71.

A UNASUL tem um perfil diferente das outras iniciativas de aproximação e se aproxima mais de um instrumento de governança regional do que de uma iniciativa integracionista. Há uma ênfase na dimensão política, em convivência e complementada por diversas articulações com enfoques comerciais em vigor na América do Sul (aliança do Pacífico, Alba, Mercosul).²¹

Consta de seus objetivos específicos: (grifos nossos):

Artigo 3

Objetivos Específicos

A União de Nações Sul-americanas tem como objetivos específicos:

h) **o desenvolvimento de mecanismos concretos e efetivos para a superação das assimetrias, alcançando assim uma integração equitativa;**

q) a coordenação entre os organismos especializados dos Estados Membros, levando em conta as normas internacionais, **para fortalecer a luta contra o terrorismo, a corrupção, o problema mundial das drogas, o tráfico de pessoas, o tráfico de armas pequenas e leves, o crime organizado transnacional e outras ameaças**, assim como para promover o desarmamento, a não proliferação de armas nucleares e de destruição em massa e a deminagem;

Em que pese a descrição de objetivos programáticos, constata-se, da estrutura normativa constituída da UNASUL, conforme seu Tratado, que não há competência, nem ferramentas concretas, para uma tutela efetiva da integridade, tal como ocorre a União Europeia.

Avanço considerável do programatismo ao pragmatismo deu-se com o advento do Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo da UNASUL, assinado em novembro de 2010, na Cúpula de Georgetown. O Protocolo Adicional assegura uma estabilidade democrática aos países da região e cria a “cláusula democrática”, por meio da qual os Estados-membros reforçam o compromisso de promoção, defesa e proteção da ordem democrática interna e regional no âmbito da América do Sul.²²

²¹ FREITAS, Raquel Coelho de. A UNASUL e o papel da democracia nos países da América do Sul. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.1, 1º quadrimestre de 2016, p. 69.

²² FREITAS, Raquel Coelho, op cit., p. 81.

De acordo com o artigo 4º Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo da UNASUL, a norma será aplicada em caso de ruptura ou ameaça de ruptura da ordem democrática, de uma violação da ordem constitucional ou em qualquer situação que ponha em risco o legítimo exercício do poder e a vigência da ordem democrática estabelecida nas constituições dos países membros. Entre as medidas a serem adotadas estão a suspensão do direito de participar de órgãos relacionados ao processo de integração e, em casos mais extremos, o fechamento parcial ou total das fronteiras terrestres, incluindo a suspensão do comércio, do transporte aéreo e marítimo, das comunicações, do fornecimento de energia, e de serviços e suprimentos.

Portanto, em que pese a UNASUL representar um grande esforço de governança regional, com avanço significativo a partir do Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo da UNASUL, ainda não tem institucionalidade suficiente para uma proteção multinível da integridade no âmbito regional, tal como problematizado anteriormente.

A UNASUL, tal como constituída, não teria como impor aos estados membros a transposição de um a norma aos seus ordenamentos internos que uniformize-se, no âmbito regional, uma tutela mais efetiva da integridade.

No máximo, considerando a problematização anteriormente colocada, poderia a UNASUL atuar mediante instrumentos de *soft law* indutores de uma normatização regional, uniforme e eficiente, reguladora da contratação pública, sob constante observação.

Deste modo, empresas com modelos de negócios corruptófilos encontrariam na região ambientes bem regulados no que tange à contratação pública, impedindo, com efeito, casos de corrupção transnacionais como no caso Odebrecht.

4. Modelo transnormativo europeu e adaptações à realidade sul-americana

A União Europeia (UE), nascida da junção de três comunidades europeias já constituídas e em funcionamento: a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEa); após um longo processo de amadurecimento da integração, hoje, forma um organismo internacional diferenciado, *sui generis*, por lhe ser delegada

parte da soberania dos Estados-membros para que desenvolva os objetivos institucionais.²³

Esse ponto de distinção entre os organismos internacionais europeu e sulamericano é fundamental para compreender-se porque a fórmula europeia para uniformidade regional legislativa sobre determinadas matérias, mormente sobre governança, como no problema proposto neste trabalho, não pode ser simplesmente aplicada no âmbito sulamericano, exigindo severas adaptações.

A UE detém, portanto, parcela das soberanias dos seus Estados-membros, exercendo-a por meio da emissão de atos normativos dentro das competências estabelecidas no seu tratado constitutivo (TUE). Logo, os atos normativos da UE vinculam não apenas os Estados-membros, mas também seus respectivos cidadãos.²⁴

A realidade na UNASUL é oposta. Não há no âmbito da América do Sul experiências consolidadas de direito comunitário, transconstitucionalidade ou interconstituicionalidade. Ainda é muito arraigada a ideia de Soberania Constitucional clássica.

No âmbito da UNASUL não existe um órgão intergovernamental com poderes e atribuições como o Parlamento Europeu. As decisões tomadas no âmbito daquela entidade resultam da vontade nacional individualizada de seus componentes. As normas no âmbito sulamericano, ainda que sugeridas e fomentadas pela UNASUL, devem ser incorporadas ao ordenamento interno de cada Estado-membro através de processos legislativos próprios, internos e sem compulsoriedade.

Diferentemente, o modelo transnortativo europeu é classificado em direito primário e direito secundário. O direito primário é o direito fundante e constitutivo da UE, de hierarquia superior e fundamento de validade do direito secundário.²⁵

O direito secundário, de maior interesse a este estudo, derivado do direito primário, a partir das normas de competência estabelecidas por aquele, tem as seguintes fontes: os regulamentos, as decisões e as diretivas.

²³ BORGES, José Souto Maior. Curso de direito comunitário: instituições de direito comunitário comparado: União Europeia e Mercosul. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54.

²⁴ CÁRCOMO, Maria Tereza de Almeida Rosa. Manual de direito comunitário. 1ª Ed. São Paulo: Juruá, 2001, p.79.

²⁵ *Ibidem*, p. 84

O regulamento é diploma normativo que regula exhaustivamente uma dada matéria. Assim, são atos normativos classificados como de eficácia direta e aplicabilidade direta. As decisões, tais como os regulamentos, apresentam normação completa, suficiente. A diferença está no fato de que as decisões podem ser vinculativas a apenas um ou alguns dos Estados- membros.²⁶

As diretivas merecem uma análise mais verticalizada, pois seria o mecanismo transnormativo mais adequado à realidade sulamericana para uma normatização mais eficiente e uniforme em termos de contratação pública.

Trata-se de atos normativos que estabelecem objetivos a serem alcançados por meio de regulação jurídica a ser realizada pelos Estados-membros. Na definição do art. 288, terceira parte, TFUE: “A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.”²⁷

Assim, são atos normativos de aplicabilidade indireta, pois dependem de ato jurídico complementar a ser adotado pelos Estados-membros, interna e discricionariamente, mas sob os princípios gerais, as metas e os objetivos previamente definidos na diretiva.²⁸

Percebe-se que, diante do atual estágio do comunitarismo sulamericano e da ausência de órgãos como um Parlamento e o Tribunal de Justiça Europeus, capazes de, respectivamente, emitir normas vinculantes (ainda que de aplicabilidade indireta) e garantir compulsoriamente a observância das mesmas, as diretivas seriam o melhor mecanismo, ainda que com várias adaptações, para se estabelecer no âmbito sulamericano normas eficientes e uniformes sobre contratação pública.

Projetando-se o mecanismo das diretivas à realidade sulamericana, sabidamente não seria possível atribuir eficácia, ainda que indireta, a uma norma editada pela UNASUL, a ser posteriormente transposta aos países membros.

Contudo, por meio de instrumentos de *soft law*, a UNASUL, com o arcabouço institucional de hoje, poderia instituir uma diretriz, ainda que programática, mas uniforme e eficaz, a ser transposta aos 12 ordenamentos de seus países membros, garantidora de uma contratação pública mais impessoal, eficiente, competitiva e transparente.

²⁶ Ibidem, p.85.

²⁷ CÁRCOMO, Maria Tereza de Almeida Rosa, op cit., 85.

²⁸ Ibidem, p. 86.

Registre-se que, em 2012, o referido Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo da UNASUL levou à suspensão do Paraguai do bloco, revelando que o organismo pode ir além, em termos de cogência, para fomentar em seus Estado-membros modificações nos respectivos ordenamentos interno em nome da boa governança, em especial tratando-se de contratação pública.

Logo, verifica-se que, no âmbito sulamericano, não é possível uma proteção multinível da integridade, no estágio de comunitarismo que temos hoje. Contudo, nada impede que organismos intergovernamentais, como a UNASUL, fomentem uma integração no plano normativo para a construção de uma regulação regional, uniforme e eficiente sobre contratação pública.

5. Conclusões

O breve panorama do Caso Odebrecht, com sua operação ilícita em quase toda a América do Sul, revela, por indução, a incapacidade dos mais variados sistemas jurídicos sulamericanos em evitar fraudes a contratações públicas, prevenir e coibir a corrupção transnacional.

A proposta deste trabalho foi demonstrar a necessidade de uma regulação regional, uniforme e eficaz para a contratação pública, com foco na Corrupção Transnacional, que fosse capaz de ensejar uma proteção multinível da integridade, a partir do modelo transnormativo europeu.

Vimos, contudo, que dentre os esforços integrativos vigentes, o mais audacioso é a UNASUL, que, porém, está longe de prover uma proteção multinível da integridade, pela sua limitada institucionalidade e apego dos seus Estados-membros ao conceito de soberania clássico.

A UNASUL não é dotada de competências ou órgãos capazes de editar normas com eficácia e aplicabilidade aos seus Estado membros e, muito menos, aos seus indivíduos. Ademais, o organismo muito se distancia da natureza *sui generis* da UE, que assumira parcela de soberania de seus membros.

Restaria, ainda assim, à UNASUL, por meio de instrumentos de soft law, instituir uma diretriz, ainda que programática, mas uniforme e eficaz, a ser transposta voluntariamente aos 12 ordenamentos de seus países membros, garantidora de uma contratação pública mais impessoal, eficiente, competitiva e transparente, tal como a DIRETIVA 2014/24/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos.

Referências

- AMADO, Guilherme. *As revelações da Odebrecht na América Latina*. O GLOBO. Rio de Janeiro. Disponível em < <https://oglobo.globo.com/brasil/as-revelacoes-da-odebrecht-na-america-latina-21665147>>. Acesso em 04 de dezembro de 2017.
- BARCA, Antonio Jiménez. *Qué es el 'caso Odebrecht' y cómo afecta a cada país de América Latina*. El País. Buenos Aires. Disponível em < https://elpais.com/internacional/2017/02/08/actualidad/1486547703_321746.html>. Acesso em 04 de dezembro de 2017.
- BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário: instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- BRASIL, Gioconda. *Delações da Odebrecht: entenda o maior escândalo de corrupção do país*. O GLOBO. Brasília. Disponível em < <http://gl.globo.com/jornal-hoje/noticia/2017/04/delacoes-da-odebrecht-entenda-o-maior-escandalo-de-corrupcao-do-pais.html>>. Acesso em 04 de dezembro de 2017.
- BRIEGER, Pedro. *Ecuador: detienen al vicepresidente Jorge Glas por corrupción en el caso Odebrecht*. NODAL. Quito. Disponível em < <http://www.nodal.ec/2017/10/ecuador-detienen-al-vicepresidente-jorge-glas-corrupcion-caso-odebrecht/>>. Acesso em 04 de dezembro de 2017.
- CAPERS, Robert L., WEISSMANN, Andrew. *Information Crn^o16-643 (RJD) (T.18, U.S.C., §§371 and 3551 et seq.), USA x ODEBRECHT SA (F.#2016R00709)*, USDC-Eastern District of New York.
- CÁRCOMO, Maria Tereza de Almeida Rosa. *Manual de direito comunitário*. 1ª Ed. São Paulo: Juruá, 2001
- FREITAS, Raquel Coelho de. *A UNASUL e o papel da democracia nos países da América do Sul*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.1, 1º quadrimestre de 2016.
- GARCIA, Jacobo. *Los vínculos entre Maduro y Odebrecht que aceleraron la huida de la fiscal rebelde de Venezuela*. El País. Ciudad de México. Disponível em < https://elpais.com/internacional/2017/08/19/america/1503172609_719210.html> Acesso em 04 de dezembro de 2017.
- OECD (2014), *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil*, OECD Publishing. <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>
- SIMÕES, Antônio José Ferreira. *Unasul: a maturidade da américa do Sul na construção de um mundo multipolar*. Tem Mund., Fortaleza, v.4, n.7, jul/dez. 2008.

A luta contra a corrupção em tempos de globalização

The fight against corruption in globalization times

FLÁVIO SANT'ANNA XAVIER

Resumo: A etimologia do termo corrupção e sua evolução histórica não deveriam desembocar na idealização ou sacralização do ser humano. Cada indivíduo porta o bem o mal em permanente estado de conflito. O *homo sapiens* contém o *homo corruptus*. O *homo demens* é a forma mais completa porque abarca tal complexidade. Adotar esta natureza, própria da condição humana, prestigia os aspectos preventivos no combate à corrupção e afasta a pernicioso idealização desta luta, que se mostrou inglória até o presente. Máxime em tempos de globalização, onde as fronteiras e, principalmente, o Estado moderno se dissolveram, gerando certa perplexidade também na luta contra a corrupção. Quais seriam os atuais desafios, as vicissitudes e os impasses são alguns questionamentos lançados neste artigo, na perspectiva de ampliar o esforço original americano de sancionar as condutas reprováveis entre empresas e os agentes públicos e adequar tal esforço diante de nova ordem econômica, geradora de um mundo mais desigual, com aceleração da concentração de renda e enfraquecimento da democracia.

Palavras chave: *Corrupção; Etimologia; Globalização; Democracia.*

Abstract: The etymology of the term corruption and its historical evolution shouldn't lead to the idealization or sacralization of the human being. Each individual brings good and evil in a permanent state of conflict. *Homo sapiens* contains *homo corruptus*. *Homo demens* is the most complete form because it encompasses its complexity. To adopt this nature, about the human condition, is important to distinguish preventive aspects in the fight against the corruption and removes the pernicious idealization of this struggle, which has proved to be inglorious at this time. Especially in times of globalization, where the borders and, above all, the modern state was dissolved, generating some perplexity also in the fight against corruption. What would be the current challenges, vicissitudes and the impasses

are some of the questions posted in this paper, in the context of expanding the original american endeavor to punish the unacceptable forms of behavior in companies and about the civil servants, besides to adjust this effort in the face of a new economic order, causing a more unequal world, with an increased income concentration and a weakening of democracy.

Keywords: *Corruption. Etymology. Globalization. Democracy.*

1. Introdução

O traço comum dos estudos jurídicos sobre corrupção é o necessário mergulho à origem da palavra (etimologia) e o olhar histórico, rigor científico que sempre projetam luzes não só ao presente, mas que consiga tecer futuro promissor nesta seara.

Contudo, diante da velocidade frenética da globalização, onde o mundo se apresenta cada vez mais plano e uniforme, a mirada ao passado parece não ser suficiente, tamanha a atração deste mal humano, em escala e profundidade, nos dias atuais.

Talvez fosse o caso de perquirir nossa própria condição humana, ainda mais exposta às enormes e sedutoras tentações do mundo contemporâneo, onde nunca o dinheiro teve tanta mobilidade e importância, a ponto de questionar a própria palavra-conceito.

Também indagar o que é permanente e inovador neste terceiro milênio, onde as fronteiras nacionais começam a ruir – antiga utopia – na perspectiva do exame jurídico do combate desta praga diante desta nova conjuntura internacional.

Forças contraditórias, cujo exame na esfera jurídica parece exigir olhar panorâmico, com mirada noutros campos do conhecimento, e inovador, em especial pela inexorável perda de soberania dos Estados nacionais e seu poder regulatório.

Bem e mal. Condição humana e universalização. Passado e futuro. Direito e Economia. Globalização e aldeia. Desafios e perplexidade. Otimismo e pessimismo.

2. Homo sapiens, homo corruptus e homo sapiens demens

A etimologia do termo *corrupção* vem do latim, conjugação do intensificativo *com* mais *rumpere*, e, por sua vez, indica estragar, quebrar, partir, arrebentar. Seu ponto em comum é o desvio, desvirtuação, deterioração, decomposição física de algo, putrefação, modificação, adulteração das características originais, ensejando conceito até poético, por parte de FERREIRA FILHO: “é a explosão do âmago de um fruto, em razão de sua podridão interna” (2009, p. 17).

Não é objeto deste artigo aprofundar o exame filológico da expressão, mas sua etimologia parece indicar uma corrupção da sua origem, porque aponta para distância da própria condição humana, cujo andar exigível, em condições normais, seria a conduta ética, pura, altruísta, presente em cada ser.

Em tempos onde tudo é passível de corrupção talvez fosse o caso de se proteger a palavra, espécie de fortaleza nestes tempos difíceis, como advertiu RAMOS: “A palavra não foi feita para enfeitar, brilhar como ouro falso; a palavra foi feita para dizer”.

Soaria melhor, quem sabe, uma visão mais aproximada da escala humana e, portanto, menos idealizada e benfazeja, onde sua substância não se reduzisse ao bem como manifestação natural e o mal não fosse também valorado como excepcional degradação, sua podridão, deformação. Livre da religião e desta visão idealizada, erguendo mitos e espelhos que somente nos atrasa e enfraquece diante dos limites do *homo sapiens*, poderia ser mais revelador uma nova posição, capaz de admitir – dizer – que cada ser humano porta o gene do bem e do mal, ao mesmo tempo: em permanente conflito existencial.

Esta a proposição de OZ (2016, p. 17-18), ao abordar o fanatismo, cuja análise de toda útil ao se debruçar sobre a corrupção, ambas manifestações crescentes da nossa porção maléfica:

As ciências sociais tendem a atribuir a agressão ao sofrimento da infância, ou à crueldade da sociedade, ou ao colonialismo. Não existem atos malévolos, só crimes induzidos pelo trauma. Não existem pessoas más, só vítimas que se tornaram perpetradores.

Assim, sociólogos e psicólogos não reconhecem de todo a existência do mal. Mas eles estão errados: o mal existe. Teólogos, por outro lado, muitas

vezes reivindicam o mal como parte de seu campo de especialização. Mas estão errados também: quase todo ser humano reflete sobre o mal, e estamos profundamente fascinados por ele, quer o aceitemos ou não. A literatura sempre soube como somos curiosos a respeito do mal. Desde Caim, Medeia, Iago, Mefistófeles, Raskolnikov e o Patriarca de Garcia Márquez, todos eles nos intrigam, porque cada um de nós e todos nós carregamos um ou dois genes, ou um ou dois germes, do mesmo tipo dos que se apossaram desses monstros literários.

Deveríamos apenas especializar o conceito de *homo corruptus* na imensa e abrangente definição do *homo sapiens*, como sendo apenas um dos traços marcantes e constitutivos da condição humana, não para enfraquecer a luta necessária contra a corrupção, violência coletiva e nalguns casos lesa-humanidade, mas para sermos realistas, e, portanto, mais eficazes no seu combate.

Conhecedores dos nossos limites e imperfeições nos permitiria tecer mecanismos e instrumentos jurídicos capazes de evitá-la, tanto quanto possível, e aqui a principal consequência dessa pretensa revisão ontológica da corrupção, privilegiar a prevenção e não somente a repressão e o castigo.

Porque como já nos ensinou a incrível personagem de SHAKESPEARE (2009, p.38) – encarnação do próprio mal e uma das vilãs máximas da literatura – Lady Macbeth, é na tentativa que se manifesta a danação humana: “A tentativa, e não o ato, é o que nos aniquila.”

Somente valoriza o aspecto preventivo do combate à corrupção quem comunga e compreende nossa imperfeição humana, visão que, nem de longe, visa combater à religião, eis que na própria Bíblia já se antevia a maldade humana e no primeiro livro de Moisés, o Gênesis (6,7), assim se registrou, como recordado por BARROS JÚNIOR (1995, p.19):

Farei desaparecer da face da Terra o homem que criei, desde o homem até o animal, até os répteis e as aves do céu: porque me arrependo de tê-los feito. Este arrependimento decorreu porque o mundo dos homens estava corrompido, cheio de violência.

Talvez daí a percepção que a história da humanidade caminha com a corrupção. E já são mais de 2.000 anos de derrota! Embora seu registro mais antigo tenha ocorrido em Roma, uma das cidadelas fundadoras do

Ocidente, onde surgiu a Lei Cincia, que instituiu a ação de repetição, do valor pago indevidamente a um funcionário. OLIVEIRA (1991, p. 1) nos dá conta da denúncia oferecida por Cícero, que atuou como Advogado de Acusação:

No ano de 74 antes de Cristo, *Satius Albinus Oppianicus* teve a iniciativa de comprar dez jurados por 640 mil sestércios para não ser condenado no processo crime em que era acusado de ter mandado envenenar seu enteado por interesse de herança. Esse é o registro mais antigo da prática de corrupção no mundo e a denúncia foi feita pelo célebre Cícero, que atuou no processo como Advogado de Acusação.

Desde então a história apenas revela nossa real condição humana, talhada para o bem e a salvação, mas também o rastro da maldade, aí inserida essa chaga humana, a corrupção.

A necessidade de unir dois termos aparentemente antagônicos se mostra essencial para o exame e compreensão da realidade atual, marcada por conflitos de escala mundial e sem um consenso à vista.

Afasta-se da visão unilateral e reducionista do *homo corruptus* como sendo apenas uma das facetas do *homo sapiens*, visão dualista, ampla, como propugnada por MORIN (2011, p. 30) ao criticar a concepção antropológica de Marx, que também absolutizou outra das suas facetas (*homo faber*):

Nem o imaginário nem o mito faziam parte da realidade humana profunda: o ser humano era um *homo faber* sem interioridade, sem complexidades, um produtor prometeico empenhado em destituir os deuses e dominar o universo. Ao contrário, como haviam constatado Montaigne, Pascal, Shakespeare, Dostoiévski, o *homo é sapiens demens* – ser complexo, múltiplo, que contém em si mesmo um cosmo de sonhos e fantasmas.

Em especial PASCAL (2015, p. 238) e sua ideia de verdades convergentes e sua síntese perfeita do ser humano, espécie sensível e instável, sempre optando entre deus e o diabo, quase ao mesmo tempo, trilha de progresso e destruição, civilização e barbárie, bem e mal: “Grandeza, miséria. À medida que se tem luz, descobre-se mais grandeza e mais baixeza no homem”.

Far-nos-ia mais realista e aproximado da nossa própria condição humana compreender as imperfeições que todos portamos, aproximando tanto

quanto possível de nós mesmos o combate, que se exige amplo e transnacional, mas que também deve mirar em cada indivíduo.

3. A corrupção na globalização. desafios contemporâneos

Nos escombros da 2ª Grande Guerra a hegemonia americana impôs não somente a formação de organismos internacionais de concertação mas o dólar como moeda universal. Iniciava-se a era da globalização, também cultural através da padronização ocidental dos costumes e das manifestações artísticas.

Não por acaso teceu-se consenso que os americanos também foram os percussores do combate transnacional à corrupção, a partir do escândalo denominado “Watergate”, que redundou na edição do *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA), em 1977, como contextualizam PETRELLUZZI e RIZEK JÚNIOR (2014, p. 23/24):

O FCPA foi editado em 1977 e impõe às pessoas físicas e jurídicas por ele atingidas a proibição da prática de atos de corrupção ou o pagamento de propinas que atinjam ou beneficiem membros da administração pública de outros países. Foi o primeiro estatuto legal a criminalizar a conduta de subornar ou corromper agentes públicos estrangeiros. O FCPA permite a imposição de sanções monetárias elevadas às pessoas jurídicas que concorram para atos de corrupção, no valor de até 20 milhões de dólares por infração individualmente considerada, além das penas de prisão de até 20 anos para as pessoas naturais que comprovadamente atuarem contra os princípios defendidos pelo ato.

A criação do FCPA deu-se em momento histórico particular, quando veio a público, ainda em função da atuação do gabinete do Promotor Especial designado para a apuração do escândalo Watergate – que levará a renúncia do presidente norte-americano Richard Nixon, e do subcomitê de Corporações Multinacionais do Senado, presidido pelo Senador Frank Church –, que várias grandes empresas norte-americanas, entre elas a Exxon, a Northrop, a Lockheed, pagavam propinas a funcionários públicos estrangeiros. No caso da Lockheed, no período da Guerra Fria, haviam sido repassados a título de propina mais de 20 milhões de dólares para agentes públicos estrangeiros, em razão da compra de aeronaves e armamentos.

A crise sempre se transformando em parteira de avanços na História, num espiral de contrapontos, embora a causa para o nascimento deste marco legal não tenha sido, diretamente, o combate à corrupção e sim o discurso liberal da livre concorrência e desse Deus, aos capitalistas, denominado mercado.

O surgimento do primeiro diploma jurídico que, não obstante limitado ao território americano, dada sua hegemonia mundial na reconstrução europeia do pós-guerra, se espriava além das suas fronteiras.

E foi a pressão das próprias empresas americanas, em desvantagem diante das demais concorrentes nos crescentes negócios transnacionais, a mola para que os organismos internacionais passassem a exigir aos demais países sua adoção, também, nos marcos legais nacionais, internacionalizando, de forma indireta, o combate à corrupção. Estima-se que as empresas americanas perderam o equivalente a US\$ 11 bilhões em volume de negócios, ao longo de dois anos anteriores, para concorrentes que pagavam propinas (Comitê de Coordenação de Promoção de Comércio, 1996, 113).

Nenhum desiderato moral ou ético se constituiu na propulsão de exterminar, ou sancionar, as condutas reprováveis entre as empresas e o poder público dos países, mas da necessidade, puramente econômica, de impor a livre concorrência como a tábula rasa das relações econômicas no cenário internacional.

De modo que, desde a sua origem, não se tratou de combater, diretamente, este fenômeno reprovável, mas de estabelecer prática econômica capaz, ao menos em tese, de frutificar em ambiente da livre concorrência, espécie de mantra ilusório entre economias cada vez mais dependentes e sofrendo com grande concentração de capital.

Esta motivação, puramente econômica, ajudou a tecer uma rede de contradições e pressões entre os países desenvolvidos, que passaram a resistir à adoção deste mecanismo punitivo aos atos de corrupção.

Isto porque vários países, como França, Grã-Bretanha e Alemanha, além de não punir o pagamento de propina e o ato de corromper agentes públicos estrangeiros, ainda permitiam que despesas dessa natureza fossem legalmente descontadas, e contabilizadas, dos lucros de suas empresas, como bem captado por GLYNN, KOBRIN e NAÍM (2002, p. 46), autores que fazem parte do Davos Group, ligado ao Fórum Econômico Mundial:

Como seria de prever, Alemanha, França e Grã-Bretanha se opuseram vigorosamente ao esforço estadunidense nos bastidores, muito embora os britânicos tenham demonstrado a partir de então um maior apoio ao posicionamento dos Estados Unidos... A FCPA foi qualificada, por eles, de exercício ilegítimo sobre a extraterritorialidade, que buscava estender a lei dos Estados Unidos além da fronteira desse país. Os europeus também acusaram os Estados Unidos de tentar aplicar um código criminal internacionalmente uniforme através da OCDE, o que caracterizaria violação à soberania dos outros membros. Além disso, a Alemanha criticou a combinação entre tributação e moralidade, reflexo da filosofia tributária que lhe é própria.

E foi no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) onde tais tensões se desenvolveram, ora para espriar o FCPA para outras fronteiras ou para apor barreiras ao seu curso.

Num mundo onde as fronteiras eram visíveis, obviamente do ponto de vista geográfico e também com marcos legais estanques, esteio da soberania nacional e seu poder autônomo na esfera legislativa e judicial.

Essa tensão, porém, parece ter sido superada pela própria concentração e instantaneidade das relações econômicas, onde, nas palavras de NEGROPONTE (1995, p. 36) o comércio em “átomos” foi sendo substituído pelos *bits*. O valor que transita por essa rede virtual é quase incalculável: bem superior a US\$ 1 trilhão por dia, somente nas transações cambiais e dinheiro, tal como sempre o conhecemos – táctil –, que, paulatinamente, é substituído pelo *e-commerce* e a moeda eletrônica.

Pouco importa se os Estados passaram a adotar o modelo americano de combate à corrupção, através da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ainda que com variações desestimulantes, como o Reino Unido, que, através da edição do *UK Bribery Act* (2011) reconheceu atenuantes na sua aplicação no caso das empresas adotarem o sistema de *compliance*, hipótese que sua conduta não poderá sofrer qualquer sanção (*Section 7, 33*). O *compliance* afastando a responsabilidade objetiva e se transformando num grande negócio a ser explorado, de eficácia duvidosa no combate à corrupção dado seu potencial de escape à sanção legal.

Ou da Suíça, reconhecido destino de capitais que sempre se apegou no sigilo bancário como pretensão direito individual a ser protegido, pouco importando se proveniente do tráfico de drogas ou da corrupção, irmãos siameses do crime transnacional.

Tal internacionalização se mostra avassaladora a ponto de tornar praticamente inexistente o próprio conceito de Estado Nação, base da aplicação de convenções internacionais de combate à corrupção, pondo em xeque a própria existência do Estado moderno, como debatido de forma crua por BAUMAN e MAURO (2016, p. 20/21):

O Estado moderno era muito mais ambicioso. Ele buscava interferir em todos os aspectos da vida humana a fim de controlá-la, monitorá-la, registrá-la, regulamentá-la, administrá-la e gerenciar todos os setores da vida antes deixados à preocupação dos praticantes dessa vida. Devia parecer que a construção desse Estado proveria a tão necessária e desejada saída/fuga da condição de uma vulnerabilidade endêmica e sem perspectivas. O desejável era um Estado desenhado segundo o modelo de um jardim, inspirado na atitude do jardineiro: substituir a selva por uma harmonia pré-desenhada, o caos desinibido da espontaneidade pela ordem planejada e controlada. Daí o princípio do monopólio do Estado na aplicação da força ao qual você se refere (um monopólio aparentado com aquele do direito do jardineiro de classificar plantas como bem-vindas ou indesejáveis, que fornece às primeiras locais ensolarados, úmidos e férteis, favoráveis ao seu crescimento, ao passo que extermina as segundas)... Esse princípio estava no coração do postulado do Estado moderno de “soberania absoluta indivisível”. Max Weber moldou memoravelmente esse princípio como definição do Estado.

E dessa incapacidade resulta a grande perplexidade do momento atual de combate à corrupção em escala transnacional, onde as fronteiras desaparecem e a legislação que ancora sua penalização esbarra na grande volatilização das transações financeiras, cuja envergadura supera em muito o PIB de um número enorme de países e cada vez mais se verifica uma veloz, irreversível, concentração de renda num número cada vez menor de empresas.

As relações de consumo também evoluem para uma sociedade global onde cada ser humano é transformado num consumidor insaciável de mercadorias, cuja velocidade de inovação introjeta gene cada vez mais potente: a insatisfação e necessidade de eterna busca pelo novo, o atual.

Somos cada vez mais sociedade de consumidores, engrenagem de uma máquina movida a dinheiro, totem econômico cada vez mais glorificado e

cuja detenção se constitui em sinônimo de bem-estar e reconhecimento social imediatos.

Sociedade consumidora de voraz apetite, este totem denominado dinheiro ganha cada vez mais importância social e indutor de “felicidade”, se tornando campo fértil para que se acumule na mesma proporção desta necessidade, daí emulando enormemente a possibilidade de corrupção, individual e social.

A necessidade de consumo e o bem-estar que é capaz de gerar no homem do terceiro milênio nutre “caldo de cultura” propício à corrupção, conjuntura que também se retroalimenta das grandes inversões públicas na economia, em especial na infraestrutura, na tecnologia, na indústria militar, cujo desenvolvimento e contratação estão diretamente umbilicados à intervenção estatal.

De um lado a sede pelo consumo desenfreado e gerador de bem-estar social, do outro as grandes inversões públicas, numa ordem cujo fluxo de capitais se mostra não somente frenético, mas de enorme dimensão econômica.

Indaga-se então: qual seria a perspectiva do combate à corrupção nos tempos atuais? Quais suas vicissitudes e desafios?

A visão dialógica da nossa condição humana, as verdades convergentes de PASCAL e tantos pensadores e escritores, deveria se constituir no elo condutor de um novo paradigma desta luta.

Talvez a primeira questão seja a democracia. É verdade, como tantos economistas e juristas sustentam mundo afora, que praticar a democracia não nos torna imune à corrupção.

É possível que estejam corretos, mas também é necessário que se discuta que democracia se está a examinar.

Pesquisa divulgada em 14/12/2017 pelo projeto *World Wealth and Income Database* (WID, banco de dados coordenado por vários economistas, dentre eles THOMAS PIKETTY) mostra que os afortunados integrantes do grupo do 1% mais rico da população mundial ostentam, juntos, 20% da renda mundial; enquanto os 50% mais pobres restam cerca de 9% dos rendimentos planetários, patamar que se encontra estagnado neste patamar desde a década de 80 do século recém encerrado. Entre aqueles, contudo, a concentração agudizou-se de 16% para 22% em 2000, depois recuou para 20%.

Num mundo tão concentrado e com tendência a agudizar tal distorção o econômico parece estar sufocando a democracia e sem ela

praticamente se mostra impossível combater, minimamente, essa chaga humana.

Em especial quando tal concentração resulta na degradação do mundo do trabalho, como advertiu MAURO no seu diálogo com BAUMAN (2016, p. 36):

Nós conhecemos bem as cidades que durante os séculos XIX e XX pareciam construídas com as mesmas ferramentas usadas nas fábricas, como o mesmo know-how que depois deu origem a organizações políticas e não políticas, e finalmente levou aos partidos e sindicatos.

Menos de um século se passou e esse mundo de máquinas já foi subvertido – a ponto de Jeremy Rifkin ter certeza de que estamos caminhando para um mundo sem trabalho, pela substituição tecnológica e a automação robotizada que toma o lugar dos homens. O que está em jogo aqui não são apenas as consequências de graves transformações no trabalho, mas o próprio trabalho. “Em todo o mundo”, escreve Rifkin em *The Zero Marginal Cost Society*, 25% da força de trabalho adulta estava desempregada ou subempregada, ou desanimada e sem procurar trabalho em 2011. A Organização Internacional do Trabalho relata que mais de 202 milhões de pessoas estarão desempregadas em 2014 ... Se a taxa atual de deslocamento tecnológico no setor manufatureiro continuar, ... o emprego fabril, que era responsável por 163 milhões de empregos em 2003, provavelmente terá apenas uns pouco milhões de pessoas em 2040, marcando o fim do trabalho fabril em massa no mundo.

A adoção desse novo modelo econômico além de solapar o Estado moderno, capaz de agir diante dos males, inclusive da corrupção, nos destitui de todos nossos mecanismos tradicionais, como sindicatos, partidos e outros entes da sociedade civil, que se desorganiza e a passa a agir por impulso, quando não por instinto. Época de ressurgimento de tantos fantasmas, que pareciam já sepultados.

O futuro parece sombrio, mas é necessário resgatar a incrível capacidade de superação nesse movimento cíclico onde das crises nascem mudanças e progressos.

A luta pela democracia efetiva como grande antídoto à corrupção impõe a necessária implementação de políticas que evitem ou minorem a grande concentração de renda dos dias atuais que engendrem novos mecanismos de participação cidadã, seja na escala local e universal.

Pensar local e agir global. Pensar global e agir local, são consignas que se entrelaçam pela luta por um mundo melhor, onde as arenas tradicionais da decisão política também se mesclam.

Entender que os mecanismos internacionais não podem ostentar, tão-somente, o ponto de vista empresarial, das grandes transnacionais, e devem ensejar a participação da sociedade civil, dotando de máxima transparência o mundo dos negócios e sua relação com o público.

Mesmo a noção de público deva ser resgatada no seio destas organizações, a dotando de metas que a par de ensejar o progresso econômico contenham, concomitante, metas de combate à corrupção.

Exemplos como o do Brasil – imerso em grave crise estrutural de corrupção –, através da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, que torna inelegível o candidato a cargo eletivo que sofra algum tipo de condenação, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por crimes que atentem contra a probidade administrativa e a moralidade, ou de Portugal, que ao instituir o Conselho de Prevenção da Corrupção, criado pela Lei nº 54/2008, prevê planos de gestão de riscos de corrupção e infrações conexas aos órgãos dirigentes máximos das entidades gestoras de dinheiros, valores e patrimônios públicos, inclusive emitir parecer, a solicitação da Assembleia da República ou do Governo, acerca da elaboração ou aprovação de instrumentos normativos, internos ou internacionais, de prevenção ou repressão à corrupção ativa ou passiva, dentre outros aspectos.

Também importa a criação de mecanismos que aumentem a participação cidadã na aplicação dos recursos públicos em todas as esferas, denominados “Orçamentos Participativos”, a ampla publicação dos atos administrativos e a possibilidade de denúncias anônimas diante de eventuais irregularidades são medidas que dotam de ampla transparência a gestão e aplicação dos recursos públicos e instigam, propiciam, tal controle preventivo.

Movimentos que permitem a penalização das condutas em regra praticadas pelas pessoas jurídicas coletivas, inclusive sua despersonalização de modo a que as sanções também alcancem seus dirigentes e proprietários, a perda dos instrumentos e produtos do crime, o estabelecimento de base de dados sobre condenações de corrupção, a adoção de risco reputacional nas transações transnacionais, dentre outras medidas preventivas e de natureza transparente e cidadã.

Junto a elas permanecem atuais a luta pela sanção às práticas lesivas ao interesse público no seio dos ordenamentos nacionais, eliminando a possibilidade de contabilização do pagamento de propinas em outros países ou da adoção de *compliance* como excludente da aplicação de responsabilidade objetiva, ou mesmo a tentativa de separar o público do privado, consignas que desde a origem, desde Roma, pretendem punir o comportamento humano e social ensejador da corrupção.

Medidas que se deve somar a um novo modelo econômico capaz de deter a concentração de renda e incentivar o mundo do trabalho de modo a diminuir as desigualdades regionais, tecendo um ambiente multilateral favorável ao bem-estar e ao progresso.

4. Conclusão

Toda ilusão é uma fuga. O ser humano, desde sempre, porta o gene do bem e do mal numa luta que determina sua existência e condição. Estamos sempre num abismo e convivem em nós estes elementos antagônicos e nossa trajetória cruza estes dois extremos, às vezes de modo quase simultâneo. É assim nossa condição humana, afortunada e desafortunadamente.

Olhar para dentro deveria permitir que enxergássemos o mal, a corrupção, em nós mesmos. Principalmente nos tempos atuais, de imensa crise espiritual, onde a evolução tecnológica de um lado gera imenso bem-estar, mas também carrega consigo um rastro de grande miséria e empobrecimento espiritual; de mal-estar.

Somente os ingênuos são otimistas diante desses novos tempos; mal eles sabem que nunca o ser humano se encontra tão isolado, solitário, carente e entristecido.

Nesta terrível crise espiritual a corrupção avança enormemente com a sua maior atração: a possibilidade de enriquecimento fácil e desbragado, abrindo-se a porta de um mundo novo, onde se compra tudo e sendo alvo de admiração pela possibilidade de ilimitada acumulação material.

Vasto mundo de ostentação e carência.

A luta contra a corrupção é a sina da derrota do ser humano. Mudam-se as leis e os costumes e sempre a confusão entre o público e o privado, este submetendo aquele com o poder do dinheiro. Muito dinheiro.

Pensar local e agir global. Agir local e pensar global. Dotar de máxima transparência os atos administrativos e tecer rede de participação cidadã na aldeia e no vasto mundo. Não há progresso humano que não seja erguido na desgraça ou na derrota. É nelas que crescemos, evoluímos, mesmo que ziguezagueando.

Se a economia carrega a democracia ao abismo há de resistirmos e construirmos nova democracia, onde os organismos locais ou transacionais não representem apenas os mercados e suas leis selvagens, mas o interesse público e aqueles ideais altruístas que ainda teimam em permanecer no ideário humano.

Uma nova ordem econômica, calcada no freio da concentração da riqueza e na promoção da multilateralidade, forma inclusiva de bem-estar social.

Pode ser tudo uma grande e irrealizável quimera, mas a existência também é dada a soluções imprevistas e desvios desconcertantes, nada é programado *a priori*, e tudo é uma grande aventura.

Referências

- BARROS JÚNIOR, Mario, *A fantástica corrupção no Brasil*, São Paulo: Edição do Autor, 1995, p.19.
- BAUMAN Zygmunt, MAURO, Ezio, *Babel, Entre a Incerteza e a Esperança*, Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Corrupção e Democracia*, palestra proferida no 10º. Encontro Nacional de Direito Constitucional, O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política, Associação Brasileira dos Constitucionalistas Instituto Pimenta Bueno, São Paulo: Jurídico Atlas, 2001.
- GLYNN, Patrick; KOBRIN J. Sthepen; NAIM, Moisés, *A Corrupção e a Economia Global*, ELLIOT, Kimberly Ann (Organizadora), Brasília: Editora UNB, 2002.
- MORIN, Edgar, *A Minha Esquerda*, Porto Alegre: Sulina, 2011.
- NEGROPONTE, Nicholas, 1995, *apud* GLYNN, Patrick; KOBRIN J. Sthepen; NAIM, Moisés, *A Corrupção e a Economia Global*, ELLIOT, Kimberly Ann (Organizadora), Brasília: Editora UNB, 2002.
- PASCAL, Blaise, *Pensamentos*, São Paulo: Folha de São Paulo, 2015.
- PETRELLUZZI, Marco Vinicio e RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman, *Lei Anticorrupção, Origens, Comentário e Análise da Legislação Correlata*, São Paulo: Saraiva, 2014.

- OLIVEIRA, Edmundo, *Crimes de Corrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, *apud* MATTOS ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes, *Corrupção na Era da Globalização*, Ed. Juruá.
- OZ, Amós, *Como Curar um Fanático*, São Paulo: Companhia das Letras, 3ª ed., 2016.
- SHAKESPEARE, William, *Macbeth*, Trad. Beatriz Viégas-Faria, Porto Alegre, L&PM POCKET, 2000.
- SPINOZA, Benedictus, *Obra Completa I, (Breve) Tratado e Outros Escritos*, Org. J. GUINSBURG, NEWTON CUNHA e ROBERTO ROMANO, São Paulo: Perspectiva, 2014.
- RAMOS, Graciliano (1953/1911) *Memórias do Cárcere*. Linhas tortas. Encontrado no site: <<http://graciliano.com.br/site/obra/memorias-do-carcere-1953/>>).
- Agência Globo. *No Mundo, 1º mais rico detém 20% da renda. Brasil é ainda mais desigual*. Disponível em <<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/12/no-mundo-1-mais-rico-detem-20-da-renda-brasil-e-ainda-mais-desigual.html>>. Acesso em 29/01/2018.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010*. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com a Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.
- PORTUGAL. *Lei nº 54/2008*. Cria o Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC).

Os efeitos dos acordos de leniência celebrados pelo ministério público federal: análise da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Agravo de Instrumento 50239726620174040000¹

SUSANA LUCINI²

Resumo: Em ação civil pública proposta pela União Federal em face de servidores, diretores executivos e empresas acusados da prática de atos de improbidade administrativa em contratos públicos firmados pela PETROBRÁS, decidiu-se pela indisponibilidade dos bens de um dos conglomerados empresariais envolvidos nos ilícitos apurados no âmbito da “Operação Lava-jato”. Sobreveio, contudo, acordo de leniência firmado entre o Ministério e este mesmo conglomerado, o qual trouxe em seu bojo a impossibilidade de restrições patrimoniais dos signatários como uma dentre as vantagens, para o infrator, pela realização da avença. O presente artigo de revisão apresenta os debates jurídicos travados no bojo dessa ação civil pública de improbidade administrativa a respeito da legitimidade para a realização de acordos de leniência no âmbito da administração pública federal e busca analisar as decisões proferidas e válidas até o momento no tocante aos efeitos de acordos de leniência firmados pelo Ministério Público sem a participação de todos os órgãos elencados nas leis de regência.

Palavras-chave: *Acordo de leniência. Lei de Improbidade Administrativa. Lei Anticorrupção.*

¹ Artigo apresentado para a conclusão do curso “Mecanismos de Controle e Combate à Corrupção na Contratação Pública”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa no período de 29/11/2017 a 03/11/2017, na cidade de Lisboa, Portugal.

² Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Procuradora Federal, membro da Advocacia-Geral da União desde 09/2011, Coordenadora da Divisão de Cobrança e Recuperação de Créditos da Procuradoria Federal no Estado do Paraná.

Abstract: In a class action filed by the Brazilian Federal Government against servants, executive officers and companies accused of practicing acts of administrative impropriety in public contracts signed by PETROBRÁS, it was decided that the assets of one of the business conglomerates involved in the illegal activities of the “Operação Lava-jato”. There was, however, a leniency agreement signed between the Public Ministry and this same conglomerate, which brought with it the impossibility of those signatories’ property restrictions as one of the advantages, for the offender, of the performance of the agreement. This review article presents the legal debates in the context of this class action about administrative improbity regarding the legitimacy for the realization of leniency agreements within the scope of the federal public administration and seeks to analyze the decisions handed down and valid until the moment regarding the effects of leniency agreements signed by the Public Prosecutor’s Office without the participation of all the bodies listed in the regency laws.

Keywords: *Agreement of leniency. Law of Administrative Improbity. Anti-Corruption Law.*

1. Introdução

A “Operação Lava-jato”, denominação utilizada pela Polícia Federal Brasileira para identificar a maior operação de combate à corrupção e ao crime de lavagem de dinheiro, dentre outros ilícitos, já realizada no Brasil, trouxe à tona inúmeras discussões acerca da existência, na legislação brasileira, de mecanismos de combate à corrupção que se revelassem eficazes ao mister ao qual se propunham.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o artigo 37 traz expressa previsão acerca da responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa. Nos termos desse dispositivo, as ações de improbidade administrativa serão punidas com sanções que compreendem a suspensão de direitos políticos, a indisponibilidade dos bens, a perda da função pública e o ressarcimento ao patrimônio público, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo de ação penal porventura cabível.

Em decorrência deste dispositivo, a Lei 8.429/1992, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa, e mais recentemente a Lei 12.846/2013, denominada de Lei Anticorrupção, buscam combater a prática de atos

lesivos ao patrimônio público, mediante a responsabilização de pessoas físicas e jurídicas nas esferas cível e administrativa, esta última considerada um marco no combate à criminalidade econômica organizada, por prever com bastante rigor a responsabilidade das pessoas jurídicas envolvidas na prática de atos de corrupção.

No âmbito da legislação relativa à ordem econômica, a Lei Antitruste – Lei 8.884/94, inseriu no direito brasileiro importante mecanismo de combate à corrupção e à livre concorrência, dispondo sobre o acordo de leniência. Essa lei foi mais recentemente revogada e os seus dispositivos relativos ao programa de leniência substituídos pelas previsões da novel Lei 12.529/2011.

Em direito penal, é importante ressaltar os tipos previstos no Código Penal em que são retratadas práticas que podem ser denominadas corruptas (artigos 317 e 333), assim como os artigos 327 e 337, os quais trazem definições para o âmbito do Direito Penal, como a de funcionário público. Além disso, a Lei 8.666/90, que trata de crimes em processos licitatórios e contratos administrativos, a Lei 12.683/12 (lei de lavagem de capitais), e a Lei 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas), entre outras, tipificam condutas que caracterizam práticas de atos de corrupção, revelando-se importantes mecanismos de combate a esta prática na seara legislativa penal brasileira.

Há, ainda, dois diplomas internacionais muito relevantes quando se está a tratar de combate à corrupção: a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, ratificada pelo Decreto Presidencial 4410, de 07.10.2002; e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, da qual o Brasil é signatário desde a ratificação, em 1º.10.2006. Ademais, a Convenção Multilateral de Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, promulgada em 29.08.2016, apresenta-se com um dos grandes marcos da cooperação internacional no combate aos ilícitos tributários.

Esta grande estrutura legislativa aqui relatada, além de estar tendo sua efetividade testada diuturnamente por conta dos escândalos de corrupção que assolam o país, especialmente no tocante à condenação dos corruptores e à recuperação do patrimônio público desviado – veja-se as disputas jurídicas e midiáticas entre Ministério Público, Advocacia Privada e Poder Judiciário –, possui em seu bojo aparentes antinomias no que tange à sua aplicabilidade, especialmente quando são contrapostos os delitos civis e administrativos previstos na Lei de Improbidade Administrativa, na Lei Anticorrupção e na Lei Antitruste, as sanções aplicáveis a cada espécie,

a responsabilização da pessoa jurídica e a legitimidade para a aplicação dessas sanções e para a definição e recuperação dos ativos desviados em atos lesivos ao patrimônio público, através de soluções consensuais no âmbito administrativo, pré-processual.

Com base nesse arcabouço legislativo e nos dados colhidos na investigação da operação lava-jato, a União Federal, através do seu órgão de representação, a Advocacia-Geral da União, ajuizou ações civis públicas de improbidade administrativa em face das pessoas físicas e jurídicas que tiveram práticas ilícitas apuradas no âmbito da operação lava-jato.

Em uma dessas demandas (ACP 5025956-71.2016.404.7000), colocou-se em aparente antinomia as disposições da Lei Anticorrupção (doravante denominada LAC) e da Lei de Improbidade Administrativa (doravante denominada LIA), especialmente no tocante à possibilidade de acordo de leniência em relação a dano patrimonial objeto de ação de improbidade e à competência para a realização desse tipo de avença.

A proposta deste artigo é fazer uma análise, ainda que rasa, dada a limitação do espaço, da discussão que se travou na Ação Civil Pública 5025956-71.2016.404.7000, proposta pela União em face das empresas envolvidas no desvio do patrimônio da PETROBRÁS (Sociedade de Economia Mista Petróleo Brasileiro S/A) perante a 1ª Vara Cível da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, e das decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau e pelos desembargadores do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em sede de Agravo de Instrumento, sopesando, à luz das decisões proferidas até a conclusão deste artigo, as atribuições de cada órgão da administração pública federal direta e indireta, assim como do Ministério Público Federal, na aplicação das sanções civis e administrativas previstas na legislação acima referida, assim como na atuação para o ressarcimento do patrimônio público degradado, bem como as soluções jurídicas encontradas pelo Poder Judiciário para afastar as antinomias aparentemente existentes.

2. Um breve relato da ação civil pública de improbidade administrativa objeto de estudo

Inicialmente, para contextualizar e melhor adequar a análise que se propõe a fazer neste artigo, cumpre-se fazer um breve relato – não aos moldes de relatório de decisão judicial – do processo judicial objeto deste estudo.

A União, através do seu órgão de representação, a Advocacia-Geral da União, ajuizou, em 30.05.2016, ação civil pública de improbidade administrativa em face de pessoas físicas (agentes públicos) e jurídicas envolvidas em um dos braços da Operação Lava-Jato, em que objetiva a condenação dos réus ao ressarcimento dos danos materiais causados pela atuação de Cartel formado pelas empresas e do proveito econômico por eles obtido decorrente de obras realizadas em duas refinarias e dois gasodutos da PETROBRÁS, quais sejam, a Refinaria Getúlio Vargas (REPAR), Refinaria Abreu e Lima (RENEST), Gasoduto Pilar-Ipojuca e Gasoduto GLP Duto Urucu-Coari.

Calculada em provas e documentos obtidos nas investigações levadas a cabo pela Polícia Federal e em decisões judiciais já proferidas nas ações criminais propostas pelo Ministério Público Federal, assim como nos fatos relatados em acordos de colaboração premiada, a União busca demonstrar na petição inicial a existência de atos de improbidade administrativa, a formação de Cartel entre as pessoas jurídicas envolvidas (“ajuste prévio entre as empreiteiras para, em conluio com agentes públicos, afastar qualquer concorrência real para as contratações com a empresa petrolífera”³) e, para esses contratos específicos, um desvio de patrimônio público (superfaturamento de obras e propina) em valor estimado de R\$ 1.533.745.705,42 (um bilhão, quinhentos e trinta e três milhões, setecentos e quarenta e cinco mil, setecentos e cinco reais e quarenta e dois centavos), requerendo sejam os réus condenados a ressarcir o dano apurado.

Requeru a União, também, a condenação dos réus pessoas físicas e jurídicas ao pagamento de multa civil equivalente a três vezes o dano material apurado, ou seja, em valor superior a quatro bilhões de reais, assim como das pessoas físicas agentes públicos envolvidos às penalidades previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92 (LIA).

Depois do ajuizamento do feito, sobreveio Acórdão do Tribunal de Contas da União (nº 2.109/2016), em que se apurou desvio de mais de dois bilhões de reais em dois, dos três contratos objeto da Ação Civil Pública em questão, razão pela qual a União requereu, como medida cautelar preparatória à satisfação do objeto final da ação, a decretação da indisponibilidade dos bens dos réus, tendo por fundamento jurídico os artigos 7º, da Lei 8.429/92, e os artigos 294, 300 e 301 do Código de Processo Civil.

³ Petição Inicial da ACP 50259567120164047000, pág. 62.

Em histórica decisão permeada por fundamentos jurídicos, fáticos e históricos⁴ o juiz Federal Friedmann Anderson Wendpap decretou, em novembro de 2016, a:

indisponibilidade de todos os bens imóveis das pessoas jurídicas rés no Brasil e no exterior; (...) indisponibilidade de metais e pedras preciosas, obras de arte, antiguidades, objetos raros, titularizados pelas empresas rés; (...) a indisponibilidade de veículos titularizados pelas empresas e que não se prestem à execução do objeto social, tais como barcos, aviões, automóveis para passageiros de valor superior a cem mil reais.

Determinou-se, ainda, o depósito mensal de parte do faturamento das empresas rés, a fim de acautelar o pagamento do dano já apurado e dos futuros valores que porventura venham a ser detectados como desviados também no decorrer da ação de improbidade.

O Ministério Público Federal, em sua promoção nos autos, noticiou a existência de acordo de colaboração premiada com alguns dos réus pessoas físicas e de acordos de leniência com réus pessoas jurídicas, dentre os quais a ODEBRECHT S/A, em que foram aplicadas sanções pecuniárias que se sobreporiam à condenação requerida pela União na Ação Civil Pública (compromisso de pagamento de oito bilhões e quinhentos e doze milhões de reais, dos quais 97,5% serão destinados aos entes e entidades públicas

⁴ Do corpo da decisão interlocutória extrai-se, por exemplo, o seguinte: “As cilhas tempranas do dever jurídico e moral de restituírem ao País a riqueza que subtraíram em jocosas transações servirão para denotar que não quedarão como potro folgazão que foge da baía e troteia como se nada houvera acontecido, gazeando enquanto as vítimas do dano laboram para construir boa-fé nas relações políticas, econômicas e jurídicas. A confiança é virtude social ensejadora da prosperidade. A contrição de quem pecou é parte do comportamento que se espera no caminho da redenção. O Padre Antônio Vieira dizia que no nascimento somos filhos de nossos genitores e na ressurreição, de nossas obras. Esse é o iter exigível de quem se acumpliciou para o aluimento da democracia. As pessoas físicas e jurídicas que participaram da ruína ética do País têm o dever cívico de obrar pela edificação. O Brasil institucionalista deve se afirmar ante o Brasil patrimonialista. O Brasil que sonha assemelhar-se às democracias europeias, distanciando-se das tragicômicas republiquetas que perpetuam a miséria, deve dizer que a honestidade no trato dos bens públicos é direito fundamental da cidadania. Os acionistas minoritários da Petrobrás tiveram seus direitos humanos (art. 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos) conspurcados pela ilicitude que drenava os recursos da empresa para o enriquecimento de oligarcas políticos e empresariais enquanto empobrecia milhares de vítimas inscientes e incapazes de se defender.”

lesadas) e que, permanecendo a indisponibilidade dos bens, estaria ocorrendo *bis in idem*, pois as empresas signatárias do acordo de leniência estariam sendo duplamente responsabilizadas financeiramente pelo mesmo evento danoso, assim como havia, no acordo, cláusula impeditiva da cobrança de outras sanções aos então colaboradores.

Instaurou-se, no feito, um debate acerca dos efeitos dos acordos de leniência firmados pelo MPF com as pessoas jurídicas envolvidas nos ilícitos apurados no âmbito da “Operação Lava-jato” no tocante ao ressarcimento dos danos causados ao erário, sustentando a União a impossibilidade de extensão “de modo automático e obrigatório aos demais órgãos da União (AGU, CGU, TCU) [d]as condições e valores acordados nas negociações por ele conduzidas de modo isolado”, pois “nenhum destes órgãos participou efetivamente das negociações ou pôde influenciá-las de modo decisivo e por isso mesmo não se vincularam aos termos em que elas foram concluídas” (excerto extraído de petição protocolada nos autos em referência).

O juiz de primeiro grau, entendendo que o Ministério Público, ao firmar o acordo de leniência, age visando o interesse primário da Administração Pública Federal e que, portanto, manter o bloqueio dos bens da referida pessoa jurídica implicaria negar eficácia ao acordo celebrado “por mera dissidência entre órgãos que compõem o Estado em si (unitariamente concebido)”, assim como porque o valor pactuado excederia o montante informado pela União a título de dano a ser ressarcido na ação de improbidade, revogou a medida cautelar de decretação de indisponibilidade de bens das empresas do Grupo Odebrecht.

Em face dessa decisão, a União interpôs agravo de instrumento (AI 5023972-66.2017.4.04.0000) e o Tribunal Regional Federal da 4^a região, em julgamento realizado em 22.08.2017, reformou a decisão de primeiro grau e, sob o fundamento de que, para plena validade e eficácia do acordo de leniência firmado entre o Ministério Público Federal e o Grupo Odebrecht haveria necessidade de “re-ratificação” no âmbito administrativo pelos demais entes interessados, quais sejam, a Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União e o Tribunal de Contas da União, manteve o bloqueio dos bens do grupo⁵ e a penhora de parte do faturamento das empresas réis.

⁵ Antes, porém, em 29.05.2017, ao receber a petição inicial de agravo de instrumento, o Des. Fed. Fernando Quadros da Silva havia concedido efeito suspensivo ao agravo, sob o

A decisão não é definitiva, pois ainda estão pendentes de julgamento os embargos de declaração opostos pelo MPF e pela empresa interessada.

Eis, portanto, o embate surgido a partir dos fatos constantes dos autos e que cercam a figura do acordo de leniência: qual é a autoridade competente para firmar acordo de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal? O acordo de leniência pode ser entabulado exclusivamente pelo Ministério Público Federal? Há autorização legislativa que o legitime? Há antinomia entre as determinações legais da LIA e da LAC no que tange às sanções aplicáveis às pessoas físicas e às pessoas jurídicas de direito privado? A decisão tomada pelo TRF4 neste caso, até o momento, revela-se adequada à solução da controvérsia instalada?

Tentaremos responder a essas perguntas no decorrer deste artigo, a partir das conclusões lançadas pelo Tribunal na decisão proferida.⁶

fundamento de que a LIA não admite acordo em relação ao seu objeto e que, portanto, o acordo de leniência seria inválido para os fins buscados na ação de improbidade, o que será abordado adiante.

⁶ DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI ANTICORRUPÇÃO. MICROSSISTEMA. ACORDO DE LENIÊNCIA. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINADA.

1. A Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção (LAC) estatuiu sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de natureza privada pela prática de atos contrários aos interesses do Poder Público e sua administração, tanto nacionais quanto estrangeiras.

2. O Acordo de Leniência pressupõe como condição de sua admissibilidade que a pessoa jurídica interessada em fazê-lo manifeste *prima facie* sua disposição, reconhecendo expressamente a prática do ato lesivo, cessando-o e prestando cooperação com as investigações, além de reparar integralmente o dano causado.

3. O Acordo de Leniência é uma espécie de colaboração premiada em que há abrandamento ou até exclusão de penas, em face da colaboração na apuração das infrações e atos de corrupção, justamente para viabilizar maior celeridade e extensão na quantificação do montante devido pelo infrator, vis-a-vis a lesão a que deu causa, ao tempo em que cria mecanismos de responsabilização de co-participantes, cúmplices normalmente impermeáveis aos sistemas clássicos de investigação e, por isso, ocultos. Esse o objetivo da norma e sua razão de ser, tendo por pano de fundo, obviamente, o inafastável interesse público.

4. Enquanto a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) busca, primordialmente, punir o agente público ímprobo, alcançando, eventualmente, o particular, a Lei Anticorrupção (LAC) tem por objetivo punir a pessoa jurídica envolvida em práticas corruptas, podendo também,

em sentido inverso, identificar agentes públicos coniventes, levando-os, por consequência, para o campo de incidência da LIA.

5. Não há antinomia abrogante entre os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.249/1992 e o artigo 1º da Lei nº 12.846/2013, pois, naquela, justamente o legislador pátrio objetivou responsabilizar subjetivamente o agente ímprobo, e nesta, o mens legislatoris foi a responsabilização objetiva da pessoa jurídica envolvida nos atos de corrupção.

6. No entanto, há que se buscar, pela interpretação sistemática dos diplomas legais no microsistema em que inserido, como demonstrado, além de unicidade e coerência, atualidade, ou seja, adequação interpretativa à dinâmica própria do direito, à luz de sua própria evolução.

7. Por isso, na hipótese de o Poder Público não dispor de elementos que permitam comprovar a responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção, o interesse público conduzirá à negociação de acordo de leniência objetivando obter informações sobre a autoria e a materialidade dos atos investigados, permitindo que o Estado prossiga exercendo legitimamente sua pretensão punitiva.

8. Nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LAC e a impeça, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais graves do que determinados atos de improbidade administrativa, como por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito.

9. Esse o contexto que levou o legislador a prestigiar o acordo de leniência tal como hoje consagrado em lei, quando abrandou ou excluiu sanções à pessoa jurídica que, em troca de auxílio no combate à corrupção, colabora com as investigações e adota programas de compliance e não reincidência na prática de atos corruptivos, desde que confirmada a validade do acordo de leniência.

10. A autoridade competente para firmar o acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal é a Controladoria Geral da União (CGU).

11. Não há impedimentos para que haja a participação de outros órgãos da administração pública federal no acordo de leniência como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União, havendo, portanto, a necessidade de uma atuação harmônica e cooperativa desses referidos entes públicos.

12. O acordo de leniência firmado pelo Grupo Odebrecht no âmbito administrativo necessita ser re-ratificado pelo ente competente, com participação dos demais entes, levando-se em conta o ressarcimento ao erário e a multa, sob pena de não ensejar efeitos jurídicos válidos.

13. Enquanto não houver a re-ratificação do acordo de leniência, a empresa deverá permanecer na ação de improbidade, persistindo o interesse no bloqueio dos bens, não porque o MP não pode transacionar sobre as penas, mas porque o referido acordo possui vícios que precisam ser sanados para que resulte íntegra sua validade, gerando os efeitos previstos naquele ato social.

14. Provido o agravo de instrumento para determinar a indisponibilidade de bens das empresas pertencentes ao Grupo Odebrecht.

3. Acordo de leniência

Algumas considerações sobre a figura do acordo de leniência são importantes para a contextualização do objeto deste estudo.

O acordo de leniência é utilizado no direito brasileiro para definir “acordos celebrados entre a Administração Pública e particulares envolvidos em ilícitos, por meio dos quais estes últimos colaboram com a investigação e recebem em benefício a extinção ou redução das sanções a que estariam sujeitos por tais atos ilícitos” (SANTOS, 2014).

Para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o acordo de leniência é “uma espécie de colaboração premiada em que há abrandamento ou até exclusão de penas, em face da colaboração na apuração das infrações e atos de corrupção”, objetivando celeridade na persecução penal e na recuperação dos danos causados ao patrimônio público pela prática dos atos ilícitos.

Importado do direito norte-americano, foi introduzido oficialmente no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei 10.149/2000⁷ que, ao reformar parcialmente a Lei 8.884/1994, a qual visava o combate de práticas ilícitas contra a ordem econômica, previu a possibilidade de a União, através da Secretaria de Direito Econômico, firmar acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas que fossem infratoras à ordem econômica e que colaborassem com as investigações, resultando na extinção da pretensão punitiva do Estado ou a redução das penalidades que eventualmente fossem devidas.

Um ano mais tarde, a Lei Antitruste (12.529/2011) revogou a legislação anterior e atribuiu expressamente ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (autarquia pública federal) a competência para, no âmbito da administração pública federal, celebrar os acordos de leniência de forma irrestrita, com a possibilidade de extinção da punibilidade ou redução de sanções administrativas, inclusive no âmbito penal.

Também a Lei 12.846/2013, denominada de Lei Anticorrupção, trouxe em seu bojo a figura do acordo de leniência, com algumas peculiaridades relevantes em relação ao que vinha disposto na Lei Antitruste. Em que pese a restrição de paginação deste artigo, reputa-se importante a transcrição do artigo 16, da referida lei, para os fins aos quais o artigo se propõe:

⁷ Após oito anos da já vigente lei de improbidade administrativa, portanto.

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

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

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

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

I – a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II – a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III – a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparando, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

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

§ 3º O acordo de leniência não exige a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. 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.

A redação do artigo não poderia ser mais clara: na atuação direta para o combate à corrupção, compete à autoridade máxima de cada órgão ou entidade da administração pública federal firmar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos ilícitos e, no âmbito do Poder Executivo Federal, essa autoridade é a Controladoria-Geral da União. Diz a lei, ainda, que o acordo de leniência não eximirá a pessoa jurídica da responsabilidade de reparar integralmente o dano causado ao patrimônio público do ente lesado.

Embora a redação do artigo seja clara, o Ministério Público Federal vem firmando acordos de leniência sem a participação do órgão legalmente legitimado e tampouco da Advocacia-Geral da União e do Tribunal de Contas, gerando embates semelhantes ao que se apresenta no processo em estudo.

4. Responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas de natureza privada na lei anticorrupção e na lei de improbidade

Importante também apontar que as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas administrativa, civil e criminalmente pela prática de atos ilícitos e a Lei de Improbidade Administrativa já trazia essa previsão no artigo 3º.

Em que pese o foco da LIA ter sido a responsabilização do agente público ímprobo (assim como a Lei da Ação Popular visava exclusivamente a reparação do dano), a possibilidade de atingir aquele que mesmo não sendo agente público induza ou concorra para a prática do ato ou dele tenha se beneficiado, induz à responsabilização de terceiros que tenham participado do ato de improbidade, sendo eles pessoas físicas ou jurídicas.

Nesse contexto, não houve inovação legislativa na Lei Anticorrupção quando previu a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas envolvidas na prática de atos ilícitos ao patrimônio público, tanto que expressamente fez ressalva às sanções previstas na LIA, no sentido de que

umas não excluem as outras⁸. A inovação ficou por conta da possibilidade de ajuizamento de ação de ressarcimento de danos independentemente da existência de um ato de improbidade praticado por agente público, assim como na ampliação das sanções aplicáveis à pessoa jurídica.

A LIA previu, apenas, as seguintes sanções para a pessoa jurídica que concorre para a prática de ato ímprobo (que cause ou não lesão ao patrimônio público): a perda dos bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio em decorrência da improbidade, o ressarcimento integral do dano resultante e a proibição de contratar com o Poder Público, receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (artigo 12).

O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência no sentido de que as sanções previstas na LIA não são propriamente penas aplicáveis à pessoa jurídica, senão meramente a obrigação de reparar o dano causado, no sentido de que “o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado” (RESP 1184897).

Já a LAC é mais abrangente, pois toda a sua redação é dedicada integralmente à responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. Na esfera administrativa, prevê sanção pecuniária de até 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica infratora. Na esfera judicial (cível), estão previstos: perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos; além da obrigação de reparar integralmente o dano.

São, de fato, sanções propriamente ditas e independem da identificação de ato de improbidade que tenha sido praticado por agente público.

⁸ Art. 30. ‘A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I – ato de improbidade nos termos da Lei nº 8.249, de 2 de junho de 1992; (...)’

5. Antinomia entre os artigos 1º e 2º da Lei 8.249/92 e o artigo 1º da Lei 12.846/2013 – a lei anticorrupção e a lei de improbidade administrativa

É possível dupla punição pelas leis de improbidade e anticorrupção? Há antinomia entre as responsabilizações previstas nas referidas leis? Para responder a essas e às outras questões já postas, faz-se necessária a inserção propriamente dita na decisão proferida nos autos de agravo de instrumento 5023972-66.2017.4.04.0000, ponto de interesse para esse artigo.

Os artigos 1º e 2º da LIA e o artigo 1º da LAC enunciam os atos sujeitos às sanções nelas previstos. Na primeira, “os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional”; na segunda, “atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”, quaisquer atos, portanto, não apenas aqueles qualificados como de improbidade administrativa.

Na decisão em comento, considerando a realização do acordo de leniência pelo MPF no curso da Ação de Improbidade proposta pela União, mas fora dela e sem a participação dos órgãos previstos na lei, questionou-se acerca da compatibilidade entre as sanções aplicáveis a um fato que é, ao mesmo tempo, ato de improbidade e ato de corrupção, portanto, sujeito a acordo de leniência no âmbito administrativo, regulamentado pela LAC, e ação civil pública de improbidade administrativa na esfera judicial, em que há vedação de acordo, transação ou composição e cujas sanções são aplicáveis também à pessoa jurídica participante do ato de improbidade.

A desembargadora federal relatora do agravo, Dra. Vânia Hack de Almeida, menciona em sua decisão que diferentemente das esferas penal e administrativa, em que as sanções são independentes umas das outras, os atos de corrupção e atos de improbidade, quando restritos ao âmbito administrativo, não admitem dupla punição, pois esse sancionamento “na seara administrativa ao mesmo agente e em razão de um mesmo delito tipificado tanto como corrupção quanto improbidade, configura bis in idem”, o que é expressamente vedado em nosso ordenamento jurídico.

Diz a desembargadora, contudo, citando Nicolao Dino⁹, que a Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretada como parte integrante

⁹ A Colaboração Premiada na Improbidade Administrativa: Possibilidade e Repercussão Probatória. In *A Prova no enfrentamento à Macrocriminalidade*, Org. Daniel de Resende

de um microsistema legislativo de combate à corrupção, composto também pelas Leis 12.850/2013, 12.529/2011 e 12.846/2013 e que portanto, nessa condição, devem guardar unicidade e harmonia entre si, cabendo ao operador do direito compatibilizar as diversas disposições nelas contidas para lhes garantir efetividade na aplicação das sanções em face dos atos de corrupção.

Concluiu a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, nesse contexto, não haver “antinomia abrogante entre os artigos 1^o e 2^o da Lei nº 8.429/1992 e o artigo 1^o da Lei nº 12.846/2013, pois, naquela, justamente o legislador pátrio objetivou responsabilizar o agente ímprobo, e nesta, o *mens legislatoris* foi a responsabilização objetiva da pessoa jurídica envolvida nos autos de corrupção”¹⁰.

Há, contudo, que serem compatibilizadas as atuações dos órgãos responsáveis pela aplicação de sanções derivadas de uma ou da outra lei, para que não haja invasão de competência e invalidação de atos salutares para o atingimento do interesse público, qual seja, a recuperação do dano material causado por atos de improbidade que, ao fim e ao cabo, são também atos de corrupção.

6. Da legitimidade para o acordo de leniência no âmbito do poder executivo federal e os efeitos jurídicos do acordo celebrado pelo ministério público à luz da decisão do TRF4

Muito embora, como visto acima, de acordo com a Lei 12.846/2013, a legitimidade para a celebração desse acordo é da Controladoria-Geral da União¹¹, o ponto nodal do processo judicial que suscitou o estudo proposto neste artigo foi o fato de o Ministério Público Federal, no decorrer da ação de improbidade proposta pela União, ter firmado com as empresas do

Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz, Editora JusPodvium, Salvador-Bahia, 2015, p. 457

¹⁰ Outro debate, que não diz respeito especificamente à discussão proposta neste artigo, liga-se à antinomia entre a LIA e a LAC no que tange à responsabilização objetiva da pessoa jurídica pelo ato de corrupção, pois alguns autores sustentam que a LIA já era suficientemente clara ao dispor sobre a responsabilidade subjetiva, sendo que o ilícito é rigorosamente o mesmo. Neste sentido escreveu Mauro Roberto Gomes de Mattos, em artigo publicado em 01.05.2015.

¹¹ Artigo 16, §10.

grupo ODEBRECHT acordos de leniência, nos quais se fez constar cláusula prevendo o compromisso do MPF em requerer o levantamento das ordens de bloqueio de bens da empresa, a fim de não intervir no cumprimento do pagamento da indenização acordada.

Em um primeiro momento, o relator responsável pelo recebimento do agravo no Tribunal Regional Federal, Des. Fed. Fernando Quadros da Silva (que não se manteve relator porquanto havia assumido a função por conta das férias do relator principal), concedeu efeito suspensivo ao agravo, sustentando que o acordo de leniência firmado pelo MPF não era válido e que, portanto, o bloqueio feito inicialmente e posteriormente revogado em decorrência do pacto firmado entre a empresa e o MPF deveria ser mantido.

Na oportunidade, a decisão foi assim fundamentada:

Ocorre que o art. 17, §1º, da Lei 8.429/1992 veda a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

A intenção do legislador foi vedar a aplicação direta das sanções previstas no artigo 12 do mencionado diploma legal (Émerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. *Improbidade Administrativa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002). Contudo, não existe impedimento ao estabelecimento de condições, por meio de transação, no que se refere à forma de reparação do dano, estando seu alcance restrito ao ressarcimento ao erário, que deve ser integral, não alcançando as demais sanções previstas na lei, inclusive no que se refere à multa civil, bem como não inviabilizando o ajuizamento ou prosseguimento da ação de improbidade.

Neste aspecto, o Acordo de Leniência deveria restringir-se a promover o integral ressarcimento ao erário, isso porque o direito patrimonial em questão é de ordem indisponível, sendo certo que o acordo não pode dispor a respeito das demais sanções de natureza civil, previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992.

A decisão, contudo, embora tecnicamente perfeita, pois aplica irrestritamente as normas que dispõem sobre a impossibilidade de acordo, transação ou conciliação nas ações de improbidade e a ilegitimidade do MPF para os acordos de leniência, não se coaduna com a noção, vista acima, de um microsistema de combate à corrupção formado pelas legislações já citadas, dentre as quais se incluem a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção.

Com efeito, o acordo de leniência vem se revelando, especialmente no âmbito da “Operação Lava-Jato”, importante mecanismo de combate à corrupção, no sentido de que permite maior agilidade na apuração das infrações, na produção de provas fundamentais para as investigações, aptas a comprovarem a prática dos atos ilícitos, assim como possibilita a identificação de outros envolvidos nestes ilícitos. Os acordos de leniência e os acordos de colaboração premiada, na “Operação Lava-Jato”, foram fundamentais para a efetividade na coleta das provas e na celeridade na apuração dos ilícitos criminais e identificação de empresários e políticos envolvidos no escândalo.

Não se demonstrava adequada, portanto, do ponto de vista sistêmico, a decisão que meramente afastava o acordo de leniência firmado pelo Ministério Público Federal por rigorismo legal, ou seja, por uma interpretação literal dos dispositivos de lei aplicáveis ao caso concreto. Era preciso compatibilizar o acordo de leniência e a proposta do Ministério Público Federal com os objetivos da União com a propositura da ação de improbidade, quais sejam, a punição dos agentes ímprobos e o ressarcimento dos danos causados à PETROBRÁS pelas ações concatenadas e delituosas dos réus desta ação civil pública.

A União, em suas manifestações nos autos, buscou demonstrar a necessidade de visão sistêmica dos mecanismos de combate à corrupção, pois defendeu a eficácia limitada do acordo de leniência firmado pelo MPF com a empresa causadora de lesão ao erário, ou seja, ao mesmo tempo em que sustentou a existência do acordo e a importância da sua celebração, buscou também defender uma espécie de eficácia limitada a este acordo, pela ausência de legitimidade do MPF e diante da ausência de participação da UNIÃO e da PETROBRÁS na avença, através da CGU. Para a União, o acordo somente poderia ter eficácia entre as partes signatárias, ou seja, não remanesceria ao MPF competência para requerer o desbloqueio da indisponibilidade de bens determinada na ação de improbidade. Para a plena validade dos seus efeitos, ele teria de ser obtido apenas após sua celebração perante a CGU.

É compreensível a manifestação ambígua da União, reconhecendo a existência e a validade dos acordos celebrados pelo MPF, mas propondo a limitação dos efeitos às partes signatárias, pois a importância do acordo para o levantamento de provas robustas na “Operação Lava-Jato” e para a recuperação do patrimônio público desviado em propinas e superfaturamento

de obras públicas não pode ser ignorada pela União e tampouco pela PETROBRÁS, ao fim e ao cabo, maior interessada na apuração das ilicitudes e na recomposição dos danos materiais causados ao longo de tantos anos de corrupção. Isso porque o referido acordo, além de ter propiciado a revelação de outros ilícitos praticados pela própria empresa, impôs o pagamento de multa na ordem de mais de seis bilhões de reais.

Diante desse impasse, a decisão da relatora do agravo de instrumento ora estudado, que foi seguida por unanimidade pelos demais integrantes da Terceira Turma do TRF4, ao buscar decidir definitivamente o feito, trouxe uma terceira via de interpretação ao condicionar a eficácia do acordo de leniência celebrado pelo MPF com a ODEBRECHT a uma espécie de re-ratificação pela CGU, fundamentando-se em interpretação sistemática de todas as leis que compõem o microsistema de combate à corrupção.

Nesse sentido, assim pontuou a Des. Fed. Vânia Hack de Almeida:

Há que se considerar, entretanto, que a assertiva – vedação de transação, acordo ou conciliação em ação de improbidade – era perfeitamente justificável à época da edição do diploma legislativo – 1992. Inadmissível, naquele momento, frente ao direito positivo de então, sequer cogitar-se de qualquer forma de negociação entre autoridades e réus ou suspeitos. Por outro lado, a interpretação isolada do dispositivo também poderia levar a conclusão similar.

No entanto, há que se buscar, pela interpretação sistemática dos diplomas legais no microsistema em que inserido, como demonstrado, além de unicidade e coerência, atualidade, ou seja, adequação interpretativa à dinâmica própria do direito, à luz de sua própria evolução.

Também é essa a lição de Fredie Didier Junior e Daniela Santos Bonfim¹², para os quais as soluções negociadas são uma novidade no sistema jurídico brasileiro, que vêm sendo construídas ao longo dos anos e que culminaram com a edição do novo CPC de 2015, o “código das partes”. Os autores defendem que a proibição de negociação na Lei de Improbidade Administrativa era um reflexo da proibição na esfera penal. Assim, se até mesmo na esfera penal foram ampliadas as possibilidades de negociação inclusive para extinção

¹² A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 17, n. 67, jan/mar 2017

de punibilidade (transação penal e suspensão condicional do processo, inseridas com a Lei 9099/95, e colaboração premiada, consagrada na Lei 12.850/2013), há amplo espaço para permitir negócios jurídicos, soluções consensuais, também no âmbito das ações de improbidade administrativa.

Ressaltando a importância do acordo de leniência como importante mecanismo de combate à corrupção, arrematou a desembargadora relatora a questão ao proclamar ser incoerente, em um mesmo sistema jurídico, admitir-se, “de um lado, a transação na LAC” e impedir, “de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa, como por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito”.

Sem declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade do dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa que veda a celebração de acordo e tampouco a sua incompatibilidade, mas, sim, a necessidade de interpretação sistêmica e porque não dizer histórica e teleológica das normas aplicáveis, coadunando-a com os demais preceitos do microsistema de combate à corrupção, o TRF4 manteve o acordo de leniência firmado pelo MPF com a ODEBRECHT, mas fixou algumas condicionantes.

Com efeito, havia ainda a necessidade de superar o dispositivo legal que atribui à Controladoria-Geral da União, e não ao MPF, a competência para a celebração do acordo de leniência.

Conforme consta da decisão em estudo, em regra, as competências são distribuídas com vistas ao propósito a que se destinam as soluções consensuais previstas na legislação anticorrupção. Nesse contexto, considerando que o acordo de leniência é uma solução de âmbito administrativo, a autoridade competente para celebrá-lo deve integrar a Administração Pública; já o acordo de colaboração premiada, porque tem efeitos criminais e alcança as pessoas físicas envolvidas, deve ser celebrado pelo Ministério Público, titular da ação penal.

Em ambos os casos, contudo, a participação de todos os órgãos que sentirão os reflexos do acordo é de extrema importância para a sua eficácia, segundo interpretação dada pelo TRF4. No acordo de leniência, cuja competência no âmbito federal é da CGU, há necessidade de participação, para “responsabilização única e integral”, da participação da Advocacia-Geral da União, do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

Nesse sentido, tendo em vista ter sido o acordo de leniência com o Grupo Odebrecht celebrado exclusivamente pelo MPF, concluiu a relatora pela

existência de vício, qual seja, a ausência de participação dos órgãos federais diretamente interessados na solução consensual da controvérsia – AGU, CGU e TCU, não possuindo plena validade e eficácia, por lhe faltarem requisitos de ordem formal. Entretanto, dada sua importância, não poderia ser, de imediato, declarado nulo de forma absoluta, mas, sim, proposta a sua ratificação pelos demais órgãos interessados, especialmente pela autoridade competente para firmá-lo, nos termos do §10 do artigo 16 da LAC.

Com isso, “afasta-se a nulidade absoluta do negócio jurídico também em respeito ao princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, conforme acima mencionado. O acordo de leniência firmado não pode ser uma armadilha para a empresa que recebe o lenitivo” (excerto do já citado voto da relatora).

Com essas conclusões, a Terceira Turma do TRF4 manteve o bloqueio dos bens da ODEBRECHT até que se faça a ratificação do acordo pelos órgãos legitimados, seja apurado o montante efetivamente devido pela empresa em decorrência dos ilícitos praticados, bem como efetuados os pagamentos aos quais comprometeu-se a infratora.

O julgamento, contudo, não findou, pois a solução adotada pelo TRF4, de condicionar a eficácia e plena validade do acordo de leniência à ratificação pelos órgãos acima referidos¹³, suscita a possibilidade de, uma vez não havendo a concordância desses entes, ser reconhecida a nulidade do acordo de leniência firmado pelo MPF.

Por essa razão, o órgão ministerial opôs embargos declaratórios, alegando ser a ratificação do acordo de leniência pela AGU, CGU e TCU um ato discricionário, portanto, de voluntariedade própria de cada órgão, não podendo o MPF interferir na tomada de decisão. Isso poderá resultar, segundo o MPF, caso não haja a ratificação exigida pelo TRF4, na nulidade do acordo, colocando em risco “inúmeras ações (judiciais e extrajudiciais)

¹³ O acórdão exarado pelo TRF4 foi assim ementado: “12. O Acordo de Leniência firmado pelo Grupo Odebrecht no âmbito administrativo necessita ser re-ratificado pelo ente competente, com participação dos demais entes, levando-se em conta o ressarcimento ao erário e a multa, sob pena de não ensejar efeitos jurídicos válidos. 13. Enquanto não houver a re-ratificação do acordo de leniência, a empresa deverá permanecer na ação de improbidade, persistindo o interesse no bloqueio de bens, não porque o MP pode transacionar sobre as penas, mas porque o referido acordo possui vícios que precisam ser sanados para que resulte íntegra sua validade, gerando os efeitos previstos naquele ato negocial.”

desencadeadas a partir das informações e documentos obtidos com o acordo firmado com o Grupo Odebrecht”¹⁴.

Há interpretação doutrinária¹⁵ no sentido de que a teoria dos poderes implícitos e o artigo 129, IX, da Constituição Federal, atribuiriam ao órgão a competência para firmar o acordo de leniência, dada a sua função precípua de defesa dos interesses e do patrimônio públicos.

O MPF, contudo, fundamenta sua competência para firmar acordos de leniência igualmente na necessidade de interpretação sistêmica do microsistema legislativo de combate à corrupção e da defesa do patrimônio público e da probidade administrativa formado pela legislação já exaustivamente citada neste artigo. Considerando que o Ministério Público é titular da ação penal e também da ação de improbidade, bem como que, para o MPF, o acordo de leniência é um instrumento de investigação, não faria sentido retirar-lhe a competência para a celebração dessa solução consensual.

A questão, portanto, está ainda pendente de uma solução definitiva pelo Poder Judiciário. Até a conclusão deste artigo, o TRF não havia julgado os embargos de declaração opostos pelas partes e, portanto, não se pronunciou definitivamente sobre a validade dos acordos de leniência firmados pelo Ministério Público Federal sem a participação da administração pública cuja competência foi destinada pela Lei 12.846/2013. Ademais, sabe-se que, em questões jurídicas de grande complexidade, a última palavra acaba sendo sempre do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação, até o momento, em acordos de leniência, é inexistente.

7. Conclusão

O novel microsistema legislativo composto pelas Leis Antitruste, Lei de Improbidade Administrativa, Lei Anticorrupção, Lei da Colaboração

¹⁴ Petição de embargos declaratórios do MPF, evento 69 dos autos 50239726620174040000, pág. 6.

¹⁵ A teoria dos poderes implícitos significa, basicamente, que “quem pode o mais, pode o menos”. Nesse sentido, se o Ministério Público Federal possui poderes para promover ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, inclusive e expressamente quanto à probidade administrativa (Lei 75/93, artigo 6º, XIV), possui também atribuição para exercer outras funções que decorram desse múnus constitucional, entre as quais estaria a competência para firmar o acordo de leniência (NUNES, 2017).

Premiada, bem como por diversos atos nacionais e internacionais dos quais o Brasil é signatário ou comprometeu-se a observar, exige soluções inéditas a serem adotadas pelo Poder Executivo, no âmbito do seu Tribunal de Contas, da Controladoria-Geral, da Advocacia Pública, pelo Poder Judiciário, na solução das controvérsias jurídicas postas em análise, e pelo Ministério Público.

A análise da ação de improbidade administrativa e das decisões nela proferidas pelos juízes singulares e pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região revela a necessidade de construção não só de jurisprudência sobre o tema, mas, acima de tudo, de soluções consensuais envolvendo as empresas envolvidas com a prática de atos de corrupção e os órgãos direta ou indiretamente interessados em ressarcir os danos causados por esses atos, buscando mecanismos eficazes ao combate dessa prática tão lesiva ao patrimônio público e ao regular desenvolvimento e evolução da nossa sociedade.

A mídia noticia que o MPF já firmou dez acordos de leniência com empresas envolvidas na “Operação Lava-Jato”, nos quais as dez empresas signatárias confessaram os crimes dos quais foram partes e denunciaram outras pessoas físicas e jurídicas, obtendo, com isso, descontos nas multas aplicadas e a promessa de isenção de ações judiciais em face dos mesmos atos¹⁶.

A atuação do Ministério Público Federal ao celebrar acordo de leniência sem a competência prevista em lei, ademais, atuando contra expressa disposição em sentido contrário, em que pese a robustez dos argumentos que sustentam sua legitimidade, igualmente pode colocar em risco a efetividade da medida e todas as ramificações dela decorrentes, especialmente as investigações e ações penais surgidas das provas coletadas nestes acordos.

É preciso, portanto, solução rápida para o debate, sob pena de serem anulados importantes acordos já realizados e que tanto contribuiriam para a solução de ilícitos praticados no âmbito de contratações pública.

Com efeito, não haverá eficácia na aplicação dos mecanismos de combate à corrupção na contratação pública colocados à disposição na legislação brasileira e nos acordos internacionais se os órgãos responsáveis pela fiscalização, investigação e apuração de ilegalidades não atuarem conjuntamente,

¹⁶ <https://www.conjur.com.br/2017-ago-22/ministerio-publico-nao-acordos-leniencia-decide-trf>

construindo meios adequados e efetivos de atuação ao serem identificadas essas práticas abusivas e corruptivas.

Referências Bibliográficas

- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR. Relatora: Des. Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 23.08.2017. Disponível em: < https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txt_valor=50239726620174040000&sel_origem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=0f273f084a53495cf4718889f976d620&txtPalavraGerada=gDxs&txtChave=>. Acesso em: 11 jan 2017.
- DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475.
- DINO, Nicolao. A Colaboração Premiada na Improbidade Administrativa: Possibilidade e Repercussão Probatória. In A Prova no enfrentamento à Macrocriminalidade, Org. Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz, Editora JusPodvium, Salvador-Bahia, 2015.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do conflito da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/13) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), no que pertine a responsabilidade da pessoa jurídica privada – antinomia jurídica. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53348&seo=1>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- NUNES, Leandro Bastos. A competência do Ministério Público para firmar acordo de leniência. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 158, mar 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18570&revista_caderno=4>. Acesso em 12 jan 2018.
- SANTOS, José Anacleto Abduch. Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção/ José Anacleto Abduch Santos, Mateus Bertoncini, Ubirajara Custódio Filho. – 1ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Participação de empresas do mesmo grupo econômico nas licitações e a tutela da concorrência

Economic group participation and the competition principle in public contracts

VIVIANE VASCONCELOS FALCÃO FERRAZ

Resumo: O presente artigo aborda a relação entre os impedimentos à participação na licitação pública e o princípio da concorrência. A participação do maior número possível de concorrentes é essencial para a obtenção da proposta mais vantajosa, mas o Estado tem o dever de reprimir condutas anticoncorrenciais dos licitantes. Pretende-se demonstrar que a vedação prévia à participação de empresas componentes de grupo econômico ou com sócios em comum numa mesma licitação viola o princípio da concorrência.

Palavras-Chave: *Contratação Pública; Princípio da Concorrência; Impedimentos; Grupo Econômico.*

Abstract: This article talks about the relationship between impediments to participation in public bidding and the competition principle. The participation of as many competitors as possible is essential to obtain the most advantageous proposal, but the State has the duty to suppress anticompetitive practices perpetrated by bidders. We intend to demonstrate that the restriction of economic group's participation in public procurement violates the competition's principle.

Keywords: *Public procurement; Competition Principle; Impediments; Economic group.*

1. Introdução

A violação à concorrência nas licitações públicas é um tema muito discutido ultimamente no Brasil, especialmente em face das diversas denúncias de corrupção e conluio em contratações da Petrobras, embora seja um problema recorrente no mundo todo¹. Apesar de a corrupção e o conluio despertarem mais interesse na mídia, algumas condutas do próprio Estado podem provocar desequilíbrios no mercado e restrições à concorrência nas contratações, tanto condutas ativas do ente público, enquanto adquirente de bens e serviços, quanto condutas omissivas ao não reprimir algumas atitudes anticoncorrenciais das empresas participantes.

Restrições indevidas à concorrência acarretam prejuízo para toda a sociedade, pois não se alcança a melhor proposta possível. A conexão entre o direito da concorrência e o direito das contratações públicas se fortaleceu na União Europeia, que consagrou o princípio da concorrência como preceito basilar das contratações públicas. No Brasil, alguns doutrinadores defendem que o princípio da concorrência está implícito no ordenamento e deve reger as contratações públicas.

Em face da aplicação do princípio da concorrência, deve-se buscar sempre uma concorrência real ou efetiva, o que pode exigir a imposição de alguns limites às condutas dos próprios licitantes, quando puderem representar uma frustração à competitividade. Nesse contexto, há uma preocupação quanto à participação individual de empresas integrantes de grupo econômico ou com sócios em comum numa mesma licitação.

Pode-se argumentar que a coincidência de sócios ou o fato de dois concorrentes serem parte num grupo econômico impediria uma disputa real entre essas empresas e facilitaria os ajustes entre eles, pois seria privilegiado o interesse do grupo. É importante avaliar, contudo, se a Administração pode restringir previamente a participação individual de empresas integrantes de grupo econômico ou com sócios em comum numa mesma licitação,

¹ Carvalho (2016) faz questão de destacar que não se trata de um problema exclusivo de países em desenvolvimento, mas sim que “*ocupa juristas e economistas ao redor do mundo, sendo um campo próprio para estudos interdisciplinares entre as duas referidas ciências*”. Da mesma forma, Moniz (2016) afirma que, “*já em 2011, a União Europeia reconheceu a inexistência de disposições específicas que, no âmbito da contratação pública, estabelecessem medidas quanto à prevenção e repressão de conflitos de interesse, bem como de combate à corrupção e ao favorecimento*”.

com fundamento numa mera situação de perigo, ou se essa conduta estatal representa uma violação indevida ao princípio da concorrência.

2. O princípio da concorrência e os impedimentos à participação na licitação

A restrição indevida à competitividade é uma preocupação sempre presente nas licitações públicas, mas o Direito Administrativo não refletia muito sobre a relevância econômica das contratações públicas² e o papel do Estado no funcionamento do mercado fornecedor.

Como destaca Carvalho (2016), não parecia relevante para os doutrinadores e legisladores do Direito Administrativo evitar que as normas sobre contratações públicas produzissem desequilíbrio no mercado, tanto em decorrência de atos diretos do próprio órgão adjudicante quanto pela eventual conduta omissiva de não proibir práticas anticoncorrenciais dos licitantes.

A aproximação do Direito da Concorrência com o Direito Administrativo foi intensificada após a formação da União Europeia, diante da percepção de que não haveria um mercado comum europeu, com a consagração dos princípios comunitários da igualdade e da livre circulação, se as contratações públicas continuassem regidas pelas normas de cada país, que normalmente privilegiavam as empresas nacionais³.

O princípio geral da concorrência nas contratações públicas foi consagrado nas diversas gerações de diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, tendo o princípio sido delineado pela Advogada-Geral Stix-Hackl, em julgamento no Tribunal da União Europeia em 2004, sob duas acepções, tanto para evitar o abuso de posição dominante na relação entre as empresas concorrentes quanto entre elas e o órgão estatal adjudicante (RODRIGUES, 2015, p. 333-335).

² No Brasil, foram realizados 775.688 processos de compra entre os anos de 2012 a 2017, ao custo total de R\$ 320.725.050.435,94, incluindo Administração Federal Direta e Indireta, conforme informações do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão no sistema “Painel de Compras”, disponível em: <http://paineldecompras.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=PaineldeCompras.qvw&host=QVS@17-0112-b-ias04&anonymous=true>. Acesso em 14 jan. 2018.

³ Cf. SILVA, 2013, e RODRIGUES, 2015.

Na Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014, atualmente em vigor na matéria de contratos públicos, observa-se referência ao princípio em diversos pontos, a exemplo dos itens 1, 31, 49, 50, 59⁴, 74 do preâmbulo, bem como do art. 18^o, n^o 1⁵, do art. 24^{o6}, e do art. 65^o, n^o 2. Por sua vez, o Código de Contratos Públicos de Portugal menciona expressamente a obrigatoriedade de ser respeitado o princípio da concorrência na formação e na execução dos contratos públicos, conforme art. 1^o-A, n^o 1.

Na concepção mais tradicional, o princípio da concorrência se consagra quando uma quantidade razoável de concorrentes participa da licitação e há uma efetiva disputa entre eles, permitindo que o Estado obtenha a proposta mais vantajosa possível, com o melhor custo-benefício.

Em tese, quanto maior o número de concorrentes, também é menor a probabilidade de existir alguma combinação entre eles, o que pode

⁴ “(59) Os mercados dos contratos públicos da União têm vindo a registar uma forte tendência para a agregação da procura pelos adquirentes públicos, a fim de obter economias de escala, incluindo a redução dos preços e dos custos das transações, e de melhorar e profissionalizar a gestão dos contratos públicos. É possível cumprir este objetivo concentrando as aquisições em função do número de autoridades adjudicantes envolvidas ou do volume e valor dos contratos ao longo do tempo. Contudo, a agregação e a centralização das aquisições deverão ser atentamente acompanhadas para evitar a concentração excessiva do poder de compra e situações de conluio e para preservar a transparência e a concorrência, bem como as oportunidades de acesso ao mercado para as PME”.

⁵ “1.As autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada.

Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos”.

⁶ “Os Estados-Membros asseguram que as autoridades adjudicantes tomem as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de contratação, de modo a evitar qualquer distorção da concorrência e garantir a igualdade de tratamento de todos os operadores económicos.

O conceito de conflito de interesses engloba, no mínimo, qualquer situação em que os membros do pessoal da autoridade adjudicante ou de um prestador de serviços que age em nome da autoridade adjudicante, que participem na condução do procedimento de contratação ou que possam influenciar os resultados do mesmo, têm direta ou indiretamente um interesse financeiro, económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no contexto do procedimento de adjudicação”.

configurar uma maior vantagem econômica para o Estado. Tanto assim que o princípio da concorrência passou a ganhar relevância “*porque, ao potenciar o aparecimento da melhor proposta, a concorrência propicia a adequada aplicação dos recursos públicos, garantindo a economicidade e a proteção do interesse público financeiro subjacente à pretensão da instituição do mercado único*” (SILVA, 2013).

Ana Raquel Gonçalves Moniz defende que a concorrência é um princípio transpositivo, que informa o Direito Administrativo Português como um todo, e se transforma em objetivo a ser alcançado nas contratações públicas:

“O princípio da concorrência constitui o pano de fundo do alcance a conferir, em matéria de contratação pública, aos demais princípios, em especial, à igualdade de tratamento e não discriminação, e à transparência; ou, se preferirmos, este princípio confere unidade de sentido às várias soluções constantes das diretivas. (...) A concorrência assume-se, pois, como o objetivo último a atingir pela prolação das diretivas da contratação pública e pela consequente harmonização das legislações nacionais; nas palavras do Tribunal de Justiça, “[as directivas em matéria de concursos públicos] têm em vista (...) favorecer o desenvolvimento de uma concorrência efectiva nos domínios que se inserem nos âmbitos de aplicação respectivos e enunciam critérios de adjudicação dos concursos tendentes a garantir tal concorrência”, dirigindo-se a eliminar eventuais riscos de favoritismo.

(...) Nesta medida, a abertura à concorrência representa um fator de legitimação jurídica da adjudicação da vantagem (designadamente económica) que a celebração de um contrato público necessariamente envolve para um determinado operador de mercado”. (MONIZ, 2016)

Não obstante, o princípio da concorrência também deve ser enxergado de forma mais ampla, para que o Estado não contribua no desvirtuamento da concorrência ao escolher quais bens e serviços pretende adquirir, em que quantidade e de que forma e quais pessoas podem concorrer (RODRIGUES, 2016).

A adoção de comportamentos restritivos à competitividade pelo próprio Estado, de forma indevida, representa conduta tão danosa quanto a corrupção e o conluio entre os licitantes⁷. Contudo, o Estado também não pode

⁷ “Além da corrupção e das condutas de cerceamento da concorrência perpetradas pelos particulares, há ainda uma terceira forma típica de mácula à competitividade nos certames. Trata-se da geração de

ser omissa e deixar de colocar limites a algumas condutas dos particulares quando elas possam representar risco à isonomia e à competitividade no certame, pois o princípio da concorrência também deve incidir sobre as relações horizontais entre os licitantes.

Carvalho (2016) destaca a existência de diversos estudos das Organizações das Nações Unidas – ONU e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE sobre a restrição à concorrência em licitações e as constantes recomendações para que se incentive o aumento do número de potenciais concorrentes, tendo em vista que limitações indevidas à competitividade podem representar real prejuízo financeiro para o órgão adjudicante, violando os princípios da economicidade e da eficiência consagrados na Constituição Federal de 1988.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 limitou a exploração direta da atividade econômica pelo Estado às situações essenciais à segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, em face do princípio da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica⁸. Para aquisição de bens ou contratação de serviços, o Estado precisa recorrer aos fornecedores do mercado privado, devendo seguir um procedimento licitatório estabelecido em lei que assegure a isonomia entre os concorrentes consagrada no art. 37, XXI, da Constituição de 1988.

A licitação tem como uma das finalidades a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública contratante, como está expresso no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, que instituiu as normas para licitações e contratos da Administração Pública no Brasil. Assim, como deve garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, o Estado não pode, de forma injustificada, conceder tratamento discriminatório a um único concorrente apenas para alcançar esse objetivo de uma contratação vantajosa (FURTADO, 2016, p. 348).

Na busca da proposta mais vantajosa, portanto, é importante para o Estado incentivar a participação do maior número possível de concorrentes, para que a disputa entre eles possa levar a uma diminuição do custo do

distorções concorrenciais pelo próprio Estado, deliberada ou inadvertidamente. Com efeito, as próprias regras licitatórias, se elaboradas acriticamente, são capazes de acarretar distorções na dinâmica do mercado e limitar a concorrência” (CARVALHO, 2016).

⁸ Cf. art. 170, IV e parágrafo único, e art. 173, *caput* e § 1º, III, da Constituição.

produto ou serviço, reduzindo o dispêndio de recursos públicos e trazendo benefícios para a toda a sociedade.

Mesmo na ausência de menção expressa na Lei nº 8.666/1993, diversos doutrinadores entendem que o princípio da concorrência também está presente no direito brasileiro. Victor Aguiar de Carvalho defende que o princípio da concorrência é fundamental nas contratações públicas, “*servindo como verdadeiro norte hermenêutico, a prestigiar interpretações jurídicas que favoreçam a competição em tais procedimentos*” (2016).

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho denomina-o como princípio da competitividade, que visa “*possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível*” (2010, p. 268) e deriva do princípio da igualdade.

Com fundamento no princípio da concorrência, deve-se privilegiar o aumento do número de licitantes, mas não é possível permitir a participação de pessoas que, “*teoricamente, teriam condições diferenciadas com flagrantes benefícios*” (BITTENCOURT, 2017, p. 145). Em razão disso, a Lei nº 8.666/1993 elenca algumas pessoas que estão impedidas de participar da licitação⁹, pois sua participação seria uma violação ao próprio princípio da concorrência.

Destacam-se dois tipos de impedimentos básicos no art. 9º da Lei nº 8.666/1993: a) a pessoa física ou jurídica autora do projeto básico ou executivo não poderá participar da execução da obra ou da prestação do serviço; b) o servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pelo certame não pode participar da licitação. Tais impedimentos

⁹ “Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I – o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

(...)

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação”.

se aplicam mesmo no caso de vínculo indireto, tanto entre o autor do projeto e o dirigente do órgão ou membro da comissão de licitação, quanto entre o autor do projeto e a empresa responsável por executar os serviços, o que, na prática, corresponde a uma desconsideração da pessoa jurídica¹⁰.

Esses impedimentos à participação na licitação visam prevenir situações de conflito de interesse, determinando que não poderá concorrer quem possui relações pessoais com os servidores públicos responsáveis pela decisão de adjudicação ou com o autor do projeto, para que não recebam alguma vantagem indevida.

Outro impedimento está previsto no art. 33, inciso IV¹¹, da Lei nº 8.666/1993, que veda a participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente, baseando-se na regra implícita de que uma empresa não pode apresentar mais de uma proposta na mesma licitação.

Impedimentos similares aos dos arts. 9º e 33, IV, da Lei nº 8.666/1993, são encontrados no Código de Contratos Públicos de Portugal, no art. 1º-A, nº 3 e 4, art. 54º, nº 2, e art. 55º, nº 1, alínea i). Esses impedimentos são decorrentes dos princípios da proposta ou candidatura única e da livre associação dos concorrentes, considerados subprincípios do princípio da concorrência no Direito Português (BRITO, 2011). O subprincípio da proposta única se verifica em face da proibição de que membros de um agrupamento candidato ou concorrente sejam candidatos ou concorrentes, isoladamente ou em conjunto, no mesmo procedimento. Por sua vez, o subprincípio da livre associação dos concorrentes estabelece limites à

¹⁰ Para Marçal Justen Filho, embora a regra no ordenamento jurídico brasileiro seja a diferenciação entre a pessoa jurídica e a dos seus componentes, de forma que situações relativas ao sócio não sejam estendidas à pessoa jurídica, “a aplicação rigorosa desses princípios poderia acarretar frustração à eficácia de outros postulados fundamentais ao sistema. Suponha-se que o projeto seja elaborado por pessoa física, sócia de uma pessoa jurídica, e que essa última pretenda participar da licitação. A aplicação mecânica do princípio da distinção entre a pessoa jurídica e seus sócios conduziria a reconhecer-se o direito de a sociedade participar da licitação. Isso reduziria, de modo sensível, a eficácia da regra moralizadora do art. 9º, inc. I” (2005, p. 121).

¹¹ “Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...)

IV – impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;”

possibilidade de a Administração restringir o agrupamento de candidatos no certame.

Com fundamento nos princípios da moralidade e da isonomia, a legislação brasileira decidiu afastar preventivamente o concorrente nas situações descritas nos arts. 9º e 33, IV, da Lei nº 8.666/1993, para prevenir o risco de que essas relações pessoais possam vir a comprometer a isonomia da licitação, sob o argumento de que *“a simples potencialidade do dano é suficiente para que a lei se acautele”* (JUSTEN FILHO, 2005, p. 120).

Como o afastamento no direito brasileiro é preventivo, não se justifica uma interpretação ampliativa¹² desses impedimentos à participação nos certames licitatórios. Não obstante, é relativamente comum encontrar, em decisões do Tribunal de Contas da União – TCU, o apontamento de indícios de irregularidade por violação ao art. 9º da Lei nº 8.666/1993 que não se encaixam na literalidade da norma. Podemos citar como exemplo desses supostos indícios de irregularidade a participação individual de empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, bem como de empresas com sócios em comum ou cujos sócios possuem relação de parentesco.

3. A participação de empresas de grupo econômico na mesma licitação

É importante destacar que não há proibição expressa na Lei nº 8.666/1993¹³ à participação individual de empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, com sócios em comum ou com sócios com relação de parentesco na mesma licitação. Na ausência de previsão legal, deve-se questionar se a vedação prévia da participação dessas pessoas na licitação não representaria uma violação indevida ao princípio da concorrência.

¹² Ao tecer comentários sobre o § 4º do art. 9º da Lei nº 8.666/1993, Bittencourt defende que a restrição não pode alcançar parente de servidor que não seja membro da comissão de licitação, tendo em vista que *“tal fato não caracteriza indício suficiente de conluio. A restrição caracterizaria, portanto, restrição à competitividade, que é terminantemente vedada pela Lei”* (2017, p. 146).

¹³ Tampouco há previsão desse tipo na Lei nº 10.520, de 17/07/2002, que criou a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, ou na Lei nº 12.462, de 04/08/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Esse tema passou a ser mais discutido no Brasil em razão de uma recomendação expedida pelo Tribunal de Contas da União¹⁴ ao atual Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para que fosse desenvolvido, no sistema de pregão eletrônico, um alerta ao pregoeiro quando empresas com sócios em comum apresentassem lances para um mesmo item.

A recomendação do TCU foi expedida sob a alegação de que a participação de empresas com sócios em comum poderia caracterizar indício de conluio com o intuito de fraudar a licitação, reduzindo seu caráter competitivo, razão pela qual seria importante uma notificação ao pregoeiro para tentar identificar situações suspeitas. Com base nessa recomendação, alguns órgãos públicos começaram a incluir em seus editais de licitação cláusula vedando a participação simultânea de empresas com sócios comuns, o que é questionável.

A pessoa jurídica tem existência distinta dos seus membros, portanto, o fato de duas empresas possuírem sócios em comum ou pertencerem a um mesmo grupo econômico não poderia configurar um empecilho à participação de ambas numa mesma licitação, justamente por serem pessoas jurídicas diferentes. Não se aplica ao caso o impedimento do art. 33, IV, da Lei nº 8.666/1993.

No âmbito das contratações públicas, porém, há preocupação de que eventuais vínculos entre empresas licitantes, a exemplo do controle ou da coligação, facilitem ou estimulem uma combinação prévia de propostas para que uma delas seja a vencedora do certame ou, no mínimo, violem a regra do sigilo da proposta¹⁵.

A manutenção do sigilo da proposta até a data da sessão de licitação representa uma exceção ao princípio da publicidade que rege a Administração Pública e existe justamente para que os licitantes ofereçam a melhor oferta possível, por desconhecerem os demais concorrentes e suas propostas.

¹⁴ “9.3. recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MP) que: (...) 9.3.2. promova alterações no sistema Comprasnet:

9.3.2.1. para emitir alerta aos pregoeiros sobre a apresentação de lances, para o mesmo item, por empresas que possuam sócios em comum, com vistas a auxiliá-los na identificação de atitudes suspeitas no decorrer do certame que possam sugerir a formação de conluio entre essas empresas, em atenção ao art. 90 da Lei nº 8.666/1993;” (TCU, Acórdão nº 1.793/2011 – Plenário, Processo 011.643/2010-2, Relator Ministro Valmir Campelo, Data da sessão: 06/07/2011)

¹⁵ O art. 3º, § 3º da Lei nº 8.666/1993 determina que o conteúdo das propostas será mantido em sigilo até a data da sua abertura.

Rodrigues (2015, p. 365) defende que a formação de cartéis ou a colusão entre os licitantes pode ser facilitada quando são divulgados detalhes do critério de adjudicação ou das propostas apresentadas.

Para Rigolin (2013), porém, evitar-se uma potencial violação ao sigilo da proposta não pode ser o único fundamento para reduzir o número de licitantes aptos a concorrer na licitação, quando *“guardar o sigilo das propostas é um direito do licitante contra a Administração Pública, direito esse que lhe é dado pela lei em atenção a seu interesse privado e particular, (...), porém jamais constitui qualquer dever do licitante”*.

Embora as empresas se reúnam em grupos econômicos para atuar de forma conjunta no mercado, não é possível defender, apenas por analogia à vedação do art. 33, IV, da Lei nº 8.666/1993 e para garantir o sigilo da proposta, a impossibilidade de participação simultânea numa licitação, como esclarecem MARQUES NETO e CUNHA (2013):

“Absolutamente nada autoriza a creditar que restaria pela regra do inciso IV do artigo 33 também inviabilizada a participação de empresas distintas, mas integrantes de um mesmo grupo econômico. Como dissemos acima, vige entre nós a regra da personalidade da sociedade empresaria, a qual não se confunde com a de seus sócios. Portanto, ainda que haja duas ou mais empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico (inseridas em uma relação de controle, de coligação ou mesmo possuindo controlador comum), todas elas devem ser tratadas como sociedades empresariais distintas.

(...)

Tudo isto serve para dizer que a competitividade, como (i) vetor obrigatório que predica o maior número possível de licitantes acometendo ao certame, agregado ao (ii) respeito à regra que diz serem as pessoas jurídicas distintas das de seus sócios e (iii) ao comando hermenêutico que estabelece que as regras restritivas devem ser interpretadas restritivamente, torna do ponto de vista jurídico absolutamente frágil a pretensão de se vedar a participação nas licitações de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Sim, pois se os três elementos acima são verdadeiros, seria certamente anticompetitivo pretender vedar sem justificativa razoável o ingresso no certame de licitantes aptos a bem executar o futuro contrato. Restringir-se-ia injustificadamente a competitividade da licitação com base em uma analogia indevida, sob um pretexto fático irrazoável, e que geraria apenas prejuízos ao interesse público”.

PEREIRA JR. e DOTTI (2016) também argumentam que o simples fato de as empresas serem coligadas ou com sócios em comum “*não são, por si só, suficientes para frustrar o caráter competitivo ou a quebra do sigilo das propostas*”.

Em algumas decisões mais antigas¹⁶, o TCU sancionou empresas com sócios em comum participantes de uma mesma licitação, mas nesses precedentes estava presente alguma situação de simulação de competição ou de fraude à licitação e a modalidade licitatória era o convite.

Numa licitação na modalidade tomada de preços, houve declaração de inidoneidade para participar de licitação com a Administração Pública Federal, pelo TCU¹⁷, de duas empresas que possuíam um sócio em comum, diante do pressuposto de que o sócio saberia previamente o teor das propostas das duas concorrentes, o que viola o princípio da isonomia entre os participantes, “*na medida em que as empresas – cujos sócios são comuns – possuem informações preponderantes para vencer a licitação que não são disponibilizadas aos outros participantes, caracterizando-se, dessa maneira, em um clássico caso de informação assimétrica*”, como destacou o voto do Ministro Relator Marcos Bemquerer. Contudo, a situação fática que ensejou a sanção é mais complexa, pois o sócio das empresas também era casado com a Secretária Municipal de Finanças e Tesoureira do Município promotor do certame, de forma que é possível enquadrar a situação na vedação do art. 9º, III, e §§ 3º e 4º da Lei nº 8.666/1993, além de terem sido detectadas fraudes na licitação.

É possível confirmar que o TCU não adotou a tese da possibilidade de impedimento prévio à participação de empresas de grupo econômico ou com sócios em comum ao analisarmos as decisões proferidas pela Corte a partir de 2012. No Acórdão nº 2.589/2012 – Plenário¹⁸, o Ministro Relator Augusto Nardes ponderou que deve ser avaliado, no caso concreto, quais os efeitos da participação de empresas com sócios em comum na licitação e no resultado obtido, verificando-se se houve um real prejuízo à isonomia, ao sigilo das propostas e à concorrência. A mesma linha de impossibilidade

¹⁶ Citamos como exemplo os Acórdãos nº 140/2010, 1.279/2010 e 2.502/2010, todos do Plenário.

¹⁷ TCU, Acórdão nº 1.694/2011 – Plenário, Relator Ministro Marcos Bemquerer, Tipo de processo: Tomada de Contas Especial, Processo nº 025.422/2008-5, Data da Sessão: 22/06/2011.

¹⁸ TCU, Acórdão nº 2.589/2012 – Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes, Tipo de processo: Prestação de Contas, Processo nº 028.458/2011-7, Data da Sessão: 26/09/2012.

de vedação prévia foi adotada nos Acórdãos nº 1.448/2013 e 721/2016, ambos do Plenário.

O Tribunal de Contas da União ressalva, no entanto, a impossibilidade de empresas geridas por sócios em comum ou com relação de parentesco entre eles serem as únicas três empresas participantes de convite, para que não sejam afrontados os princípios da competitividade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa¹⁹. Isso porque, na modalidade licitatória de convite, a Administração escolhe e convida um mínimo de três interessados entre as empresas do ramo, de forma que o número de concorrentes é bastante restrito e deve existir um mínimo de três propostas válidas.

Por outro lado, a inclusão no edital de tomada de preços de restrição à participação de empresas credenciadas que mantenham entre si vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, familiar ou financeira foi considerada irregular pelo TCU, por potencial restrição à competitividade, no Acórdão nº 1.301/2015 – Plenário²⁰, justamente porque não há um limite ao número de potenciais participantes nesse tipo de certame.

Da mesma forma, no Acórdão nº 2.803/2016 – Plenário²¹, o TCU não considerou irregular a participação em pregão de empresas do mesmo grupo econômico e com sócios com relação de parentesco, por ausência de vedação legal e por não ter havido prejuízo à competitividade, pois onze empresas participaram da fase de lances e houve real competição entre

¹⁹ Nesse sentido, o Acórdão nº 1.047/2012 – Plenário (Relatora Ministra Ana Arraes, Tipo de processo: Representação, Processo nº 005.037/2009-7, Data da Sessão: 02/05/2012) e o Acórdão nº 2.771/2011 – Segunda Câmara (Relator Ministro Augusto Sherman, Tipo de processo: Tomada de Contas Especial, Processo nº 009.267/2006-0, Data da Sessão: 03/05/2011).

²⁰ “9.3. dar ciência ao Município de Nilo Peçanha/BA das seguintes irregularidades consideradas potencialmente restritivas à competitividade das licitações:

9.3.1. a vedação à participação de empresas que se apresentem representadas por credenciados que mantenham entre si vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, familiar ou financeira, em licitação na modalidade tomada de preços, não se coaduna à jurisprudência deste Tribunal, devendo tal ocorrência, em cada caso concreto, ser verificada em conjunto com as demais informações, com vistas a auxiliar na identificação de atitudes suspeitas que possam sugerir eventual conluio entre os licitantes;” (TCU, Acórdão nº 1.301/2015 – Plenário, Tipo de Processo: Representação, Processo 005.374/2015-4, Relator Ministro Augusto Sherman, Data da Sessão: 27/05/2015).

²¹ TCU, Acórdão nº 2.803/2016 – Plenário, Relator Ministro André de Carvalho, Tipo de processo: Representação, Processo nº 035.784/2015-6, Data da Sessão: 01/11/2016.

cinco delas durante o período aleatório. Nessa decisão, o Ministro Relator André de Carvalho defendeu que *“a própria dinâmica da disputa de lances tende a acirrar a competitividade entre as licitantes, conduzindo à seleção da proposta mais vantajosa, de sorte que a demonstração da fraude à licitação passa pela evidenciação do nexo causal entre a conduta das empresas com sócios em comum ou em relação de parentesco e a frustração dos princípios e dos objetivos da licitação”*.

Não é possível presumir que empresas de um mesmo grupo econômico irão atuar em conluio, combinando as propostas previamente. A simples participação de empresas com vínculos entre si, por si só, não configuram ilegalidade e somente deve ser considerada irregular quando puderem alijar outros potenciais participantes ou simular uma competição.

O art. 90 da Lei nº 8.666/1993 pune o ajuste ou a combinação com o intuito de fraudar ou frustrar a concorrência, mas a fraude não pode ser presumida. Da mesma forma, é necessário comprovar o ato do licitante que frustra ou fraudava o caráter competitivo de procedimento licitatório público, mediante ajuste ou combinação, para configuração do ato lesivo à administração pública nacional mencionado no art. 5º, IV, “a”, da Lei nº 12.846, de 1º/08/2013, conhecida como Lei Anticorrupção.

Como essa preocupação do efeito das condutas estatais sobre a concorrência ainda é bastante insipiente no Direito Administrativo Brasileiro, pode ser bastante útil a experiência de outros ordenamentos jurídicos, em especial o Direito Português.

No Código de Contratos Públicos Português, não há vedação à participação simultânea de empresas do mesmo grupo societário ou com sócios entre si, mas existe uma previsão genérica de que não poderão concorrer entidades abrangidas por conflitos de interesses que não possam ser eficazmente corrigidos por outras medidas menos gravosas (art. 55º, nº 1, k, e nº 2). Também consta a determinação de serem excluídas propostas que revelem a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência, com obrigatória comunicação à Autoridade da Concorrência (art. 70º, nº 2, alínea “g” e nº 4)²².

²² Ao comentar uma decisão do TCA Sul que determinou a exclusão de propostas de duas sociedades apenas por pertencerem ao mesmo grupo econômico, Brito apresenta alguns questionamentos sobre o art. 70º, nº 2, al. g): “o problema que aqui se coloca é tão só o seguinte: deve esta norma ser entendida como uma norma de perigo ou uma norma de resultado? Basta a existência de uma relação de coligação, ou é necessário demonstrar, em concreto, que essa

Ao se deparar com um caso de participação de empresas com sócios em comum em concurso público, o Tribunal de Contas Português recusou visto ao contrato por cerceamento do princípio da concorrência, com base nas razões apresentadas no Acórdão N.º 23/2013, de 30/09/2013, da 1ª Seção/SS²³, que apresenta um resumo do posicionamento da Corte sobre a matéria:

“Só um processo contratual vinculado a uma dimensão concorrencial efetiva, em todas as suas etapas, de modo a salvaguardar o princípio da igualdade e também da transparência pode concretizar o interesse público subjacente à contratação pública. Porque é este interesse público, nas suas várias dimensões, que consubstancia a finalidade de um procedimento concursal.

(...)

Nesse sentido, e já com relevância para a matéria em apreciação nos presentes autos, há que atentar na dimensão da garantia da concorrência nos casos em que estamos em presença de concorrentes que se inserem em sociedades integrantes de um mesmo grupo.

Trata-se, neste âmbito, de relevar os riscos existentes a nível do respeito dos princípios que subjazem à contratação pública, máxime os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, quando se apresentam no processo esse tipo de sociedades, tendo em conta a estreita ligação que existe entre elas.

(...)

No que respeita à jurisprudência europeia do TJUE, o acórdão Assitur, de 19 de maio de 200 é a decisão que tem marcado a jurisprudência sobre a matéria, ainda que não tenha pretensões de abarcar todas as situações e sobretudo dar resposta a todos os problemas. Salienta-se, deste acórdão e com relevância, a questão da direção unitária das empresas (ou do grupo de empresas) como elemento indiciador claro de uma situação que evidencia a existência de perturbação da concorrência.

Sublinhe-se que segundo o acórdão, quando *«a relação de domínio entre as empresas afectadas não tem qualquer incidência sobre o comportamento destas no*

relação faz prova plena do conhecimento mútuo antecipado, por parte dos concorrentes em causa, das respectivas propostas?” (BRITO, 2011).

²³ A decisão foi proferida no Processo n.º 1061/2013 e mantida pelo Acórdão n.º 15/2014 – PL, de 14/10/14, proferido no recurso n.º 17/2013.

âmbito de tais processos» não parece haver colisão com as regras da concorrência. Importante é que, ainda segundo aquela jurisprudência, «saber se a relação de domínio em causa teve influência sobre o conteúdo respetivo das propostas apresentadas pelas empresas envolvidas no âmbito de um mesmo concurso (...). A constatação de tal influência, independentemente da forma que assuma, basta para que essas empresas sejam excluídas do processo em questão».

(...)

A integridade de um procedimento deve impedir que a influência ou o conhecimento das propostas de outro concorrente se torne afinal numa aparente concorrência. (...)

Do exposto decorre que a empresa adjudicatária teve necessariamente conhecimento das condições contratuais de outra empresa concorrente”.

Constata-se na decisão acima que não foi punida a mera participação de empresas com sócios em comum, mas sim o fato delas terem prévio conhecimento mútuo das propostas, o que provoca um desequilíbrio na concorrência. Não há um afastamento prévio das candidaturas, mas sim a determinação de exclusão posterior das propostas se identificada alguma situação de violação ao princípio da concorrência.

Os principais argumentos utilizados nas decisões do Tribunal de Contas do Brasil e de Portugal são coincidentes. A Administração não pode limitar previamente a participação de empresas do mesmo grupo econômico ou com sócios em comum numa licitação, não apenas pela ausência de previsão legal, mas também porque essa conduta configura uma restrição indevida ao princípio da concorrência.

Embora seja considerado mais eficaz adotar condutas prévias para redução de práticas anticoncorrenciais do que as punir posteriormente²⁴, as restrições à concorrência devem ser evitadas para que o Estado possa obter a proposta mais vantajosa possível.

Caso identifiquem a presença de licitantes com vínculos entre si, os membros da comissão de licitação devem ficar atentos ao comportamento

²⁴ “Como escrevem ANDERSON e KOVACIC, a poupança nos recursos financeiros públicos com a redução de práticas anti-concorrenciais em contratos públicos é muito superior ao orçamento anual de entidades reguladoras da concorrência, estimando-se que a redução em 1% das práticas de colusão naqueles mercados possa permitir acomodar o orçamento total das entidades reguladoras” (RODRIGUES, 2015, p. 346).

deles, para tentar identificar indícios de práticas nocivas à concorrência e de atuação combinada, a exemplo da apresentação de propostas sombra, que podem ser definidas como aquelas entregues apenas para tentar demonstrar o interesse de um maior número de empresas e dissimular a combinação prévia (RODRIGUES, 2015, p. 359). É relevante nessa análise, também, verificar se houve a participação de outros licitantes no certame além daqueles pertencentes ao grupo econômico ou com sócios em comum.

Quando identificar alguma combinação entre essas empresas do mesmo grupo econômico com o intuito de prejudicar a concorrência, seja por indício ou prova material, é que a Administração Pública tem o dever de excluí-las do certame (REIS, 2014).

Exemplos de indícios ou provas do conluio entre as empresas com vínculos entre si pode ser o envio de propostas assinadas pelo mesmo representante ou sócio, com valores muito próximos e coincidência de texto ou incorreções textuais. Em resumo, situações que demonstrem o prévio conhecimento das propostas por esses licitantes e um acerto quanto a detalhes relevantes, como preço e especificação do objeto.

4. Conclusão

As regras sobre contratação pública devem ser interpretadas de forma a respeitar o princípio da concorrência, não sendo possível criar cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo da licitação. Deve-se permitir a participação do maior número possível de concorrentes numa licitação, para que o Estado possa obter a proposta mais vantajosa, atendendo ao interesse público, ao princípio da eficiência e ao princípio da concorrência.

Assim, os impedimentos à participação somente serão legítimos quando tiverem por objetivo prevenir situações de conflitos de interesse que realmente concedam uma posição privilegiada a alguém, provocando desequilíbrio na relação entre os candidatos e frustrando a concorrência.

A participação simultânea de empresas componentes de grupo econômico ou com sócios em comum numa mesma licitação não pode ser vista *a priori* como uma situação de conflito de interesse ou de quebra de isonomia. Essas empresas são pessoas jurídicas distintas, que não podem ser confundidas com as pessoas dos seus sócios, e que devem possuir

funcionamento autônomo e capacidade técnica e financeira própria quando atuam em conformidade com o ordenamento jurídico.

Como o legislador não incluiu essa situação como uma das hipóteses de impedimento contidas nos arts. 9º e 33, IV, da Lei nº 8.666/1993, não cabe ao administrador realizar uma interpretação extensiva e inserir uma cláusula no edital proibindo a participação de empresas do mesmo grupo econômico ou com sócios em comum, pois estará violando o princípio da concorrência.

Não obstante, como esses vínculos entre empresas controladas ou coligadas podem facilitar uma combinação prévia ou a quebra do sigilo das propostas, é dever da Administração Pública investigar sempre que identificar indícios de atuação conjunta e de simulação de competição. Quando a conduta desses licitantes, durante o certame, demonstrar a ausência de competitividade real e a caracterização de eventual conluio é que as propostas deverão ser excluídas e aplicadas as penalidades devidas às empresas pela conduta fraudulenta.

Referências Bibliográficas

- BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da Lei nº 8.666/93 totalmente atualizada*. 9ª edição revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BRITO, Miguel Nogueira de. *Os Princípios Jurídicos dos Procedimentos Concurrais*. Lisboa: 2011. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1024-2234.pdf>. Acesso em 30 jan. 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. rev., ampl. e atualizada até 31/12/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Victor Aguiar de. Restrições à concorrência em contratações públicas: uma preocupação global. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, ano 8, nº 14, p. 115-140, janeiro/junho 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240834>>. Acesso em: 11 jan. 2018.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. rev., e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11^a ed. São Paulo, Dialética, 2005.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Licitação pública e competitividade: sobre a viabilidade de participação de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, mar./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=92556>>. Acesso em: 11 jan. 2018.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Princípios da contratação pública nas novas diretivas da União Europeia. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 9-42, fev./ago. 2016.
- PEREIRA JR., Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Os impedimentos nos contratos administrativos acautelam a gestão pública? *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 178, p. 60-75, out. 2016.
- REIS, Luciano Elias. Licitantes com Sócios em Comum em Uma Mesma Licitação: Possibilidade Ou Ilicitude? *Revista Síntese de Direito Administrativo – RSDA Nº 107 – Novembro/2014*, Parte Geral, Doutrina. Disponível em: <[http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=default.htm\\$vid=BDR:SP2](http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=default.htm$vid=BDR:SP2)>. Acesso em 11/01/2018.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. Empresas do Mesmo Grupo Econômico, ou Pertencentes a Parentes entre Si, Podem Disputar a Mesma Licitação. *Revista SÍNTESE Licitações, Contratos e Convênios Nº 17*, Out-Nov/2013, PARTE GERAL – Doutrina. Disponível em: <[http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates\\$fn=default.htm\\$vid=BDR:SP2](http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?f=templates$fn=default.htm$vid=BDR:SP2)> Acesso em 11 jan. 2018.
- RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2015.
- RODRIGUES, Nuno Cunha. O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública, *in* ESTORNINHO, Maria João (Coord.). *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: ICJP / CIDP, 2016. Disponível em <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/9030/view>. Acesso em 19 jan. 2018.
- SILVA, Fabiane Tessari Lima da. A tutela da concorrência no âmbito do Direito Comunitário e a modificação objetiva dos contratos públicos no Código dos Contratos Públicos português (CCP). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97660>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

O fortalecimento da transparência dos atos da administração pública como meio garantidor da efetividade do controle social

Strengthening transparency of acts of the public administration as a mean to guarantee the effectiveness of social control

ANTONIO WALDIR DOS SANTOS CONCEIÇÃO

Resumo: Este artigo pretende abordar a necessidade de facilitação dos meios de acesso a informações relacionadas com atos da Administração Pública, como forma de possibilitar um melhor controle por parte da sociedade. Serão abordadas algumas das principais dificuldades na efetivação da necessária participação dos cidadãos nas atividades de controle social, com destaque para a falta de conhecimentos, decorrente da má qualidade do ensino público, e a falta de informações em geral, que cria obstáculos até para quem tem uma boa condição educacional. Serão apresentadas duas sugestões de mudança legislativa. Uma delas é relacionada com os atos de registro de empresas, a cargo das juntas comerciais, partindo-se da constatação de que é muito frequente o uso de empresas fantasmas para a prática de crimes de corrupção, entre outros, e atos de improbidade. A outra sugestão diz respeito à necessidade de se coibir a simulação de sessões das comissões de licitação, um fenômeno muito proximamente ligado aos desvios de recursos por meio de superfaturamento, direcionamento de resultados, entrega parcial de produtos, compras em excesso e atos similares, sempre danosos ao erário e relacionados com fraudes a licitações.

Palavras-chaves: *transparência; controle social; combate à corrupção; improbidade.*

Abstract: This article intends to address the need to facilitate the means of access to information related to acts of public administration, as a way to

promote better control by society. Some of the main difficulties in achieving the necessary participation of citizens in social control activities will be analyzed, especially the lack of knowledge due to the poor quality of public education and the lack of information in general that creates obstacles for those who have a good educational condition. Two suggestions for legislative change will be presented. One of them is related to the acts of registration of companies, in charge of the Commercial Boards, starting from the finding that the use of ghost companies for the practice of crimes of corruption and acts of improbity is very frequent. The other suggestion concerns the need to curb the simulation of bidding committee sessions, a phenomenon very closely linked to the diversion of resources through over-invoicing, targeting of results, partial delivery of products, over-purchases and similar acts, always damage to the treasury and related to frauds to licitations.

Keywords: *transparency; social control; fight against corruption; improbity.*

1. Introdução

O propósito deste trabalho é discutir as dificuldades e obstáculos opostos a uma atuação efetiva do cidadão no que se refere à fiscalização e ao controle da Administração Pública. Buscar-se-á, aqui, entender os motivos que levam a um evidente descompasso entre o grau de indignação dos brasileiros diante da corrupção e dois fenômenos congêneres – o desperdício e o mau uso de recursos, e a adoção de posturas que possam alterar o quadro vivenciado no País.

Tem-se a impressão de que os brasileiros acreditam que os protestos de rua e a insatisfação manifestada nas redes sociais serão capazes de desenvolver nos maus administradores um repentino sentimento de vergonha ou patriotismo, levando-os a cessarem as suas condutas danosas ao interesse público. Ao revés disso, em verdade, o que se observa é que, como tais posturas da sociedade ocasionam um sentimento de dever cumprido, do tipo “fiz a minha parte”, o fenômeno acaba sendo um elemento acomodador, garantindo ao corrupto a conveniente tranquilidade para delinquir.

Um olhar mais atento à postura da população permite ver que o que de fato ocasiona a letargia não é a crença inocente de que o grave quadro se reverteria com as atitudes até agora predominantemente adotadas, mas sim, por um lado, o total desconhecimento da realidade dos fatos, e, por

outro, nos meios sociais menos protegidos, em que, apesar de quase não haver protestos, os males da corrupção são imediatamente sentidos, uma total incapacidade de reagir. Ambas as situações serão descritas e analisadas mais detidamente ao longo deste trabalho.

É muito clara a diferença das normas que buscam prevenir a ocorrência de desvios de conduta nos contratos da administração no Brasil e em países europeus, por exemplo. O rigor das regras brasileiras é bem maior, como consequência da alta incidência de atos ilícitos praticados nesse campo, o que acaba ocasionando uma necessária, porém excessiva, burocratização da Administração Pública, daí, ainda, decorrendo prejuízos e interrupções de serviços. Tais prejuízos nem de longe se assemelham, em tamanho, ao que adviria de um rigor menor nas regras de contratação. Fato é, no entanto, que mesmo com regras duras, os ilícitos acontecem frequentemente, e uma das razões para isso reside na falta de transparência, na recusa silenciosa quanto ao fornecimento de informações para que o cidadão passe a agir, colaborando imprescindivelmente com os órgãos de controle, internos e externos. O outro fator relevante é a predominante falta de interesse da sociedade pela adoção de medidas concretas contra a corrupção.

Para suprir a carência de informação, serão apresentadas neste trabalho duas sugestões de alteração legislativa plenamente capazes de reverter, com rapidez, o grave quadro.

2. O controle social no Brasil contemporâneo

As conhecidas mobilizações da sociedade em diversas cidades brasileiras, intensificadas a partir de 2012, e que alcançaram o seu ápice a partir das manifestações de 2013, fizeram a população acordar para a necessidade de participação do cidadão no controle dos atos da Administração Pública. É natural que sejam relacionados diversos problemas da Administração Pública, especialmente aqueles em que existe, ou se alega, falta de recursos, à prática da corrupção. As cifras bilionárias e a forma como se escancara a conduta delitiva impressionaram as pessoas.

O brasileiro comum, aquele que não tem uma vivência profissional frequente com os órgãos do Estado, e que deles só se aproxima para resolver pendências burocráticas ou buscar serviços, desconhecia os fatos na dimensão em que foram e seguem sendo expostos, e que passaram a

assombrá-lo, especialmente em função do patamar que, aos seus olhos, a corrupção havia alcançado no País.

As principais motivações desses grandes eventos, já então articulados nacionalmente e com significativo sucesso nas grandes cidades, eram as notícias da prática de corrupção por membros dos Poderes Executivo e Legislativo integrantes das diversas agremiações partidárias, ou de alguma forma a uma delas vinculados, e os pedidos de afastamento ou de aplicação de outra forma de sanção contra os infratores de tão caros princípios como os que eram gravemente feridos.

Não faltaram, como que a se pretender justificar o descalabro, os que providencialmente esclareceram que aquelas práticas já se faziam presentes na gestão pública havia décadas, chegando o advogado Mário Oliveira Filho a afirmar, em entrevista a diversas redes televisivas, que todos sabiam que nem sequer um paralelepípedo é colocado em uma rua sem que trafegue dinheiro ilícito, sob a forma de propina, para os administradores públicos¹.

Nada obstante o evidente exagero do causídico, sua fala serviu para ilustrar um cenário real e catastrófico em que o Brasil vive, qualificado por muitos como de corrupção endêmica.

A primeira ressalva relevante a ser feita diante do sentimento de que foi tomado o povo brasileiro, então ciente de muitos dos fatos que haviam ocorrido, é que aquilo que se noticiava era apenas o que havia sido descoberto. Apesar de se estar, naquela oportunidade, a tratar de atos relacionados a grandes obras de engenharia ou a gigantescos contratos de fornecimento de material, que envolvem vultosos recursos financeiros, é sabido que a maior parte dos desvios de recursos ocorre no âmbito dos Municípios, onde a própria falta de qualificação do cidadão impede a existência ou a efetividade do controle social.

Outra ressalva diz respeito aos montantes e percentuais mencionados nas matérias jornalísticas. Há, como havia, diversas menções a percentuais de 0,5%, 1% e, quando grandes, 2%, do valor dos contratos, destinados a partidos ou pessoas físicas, muitas vezes pela interposição de empresas fantasmas, daquelas que não possuem empregados ou sede em funcionamento. Na

¹ Disse ele, textualmente: “O empresário, se porventura faz alguma composição ilícita com político para pagar alguma coisa, se ele não fizer isso não tem obra. Pode pegar qualquer empreiteirinha e prefeitura do interior do país. Se não fizer acerto [com políticos], não coloca um paralelepípedo no chão”.

escala bilionária isso era impressionante por se estar tratando de milhões de reais ou de dólares, mas os valores divulgados estavam bem aquém do prejuízo causado ao erário. É que além da propina, há que se considerar o valor pago às empresas contratadas, normalmente superfaturado com larga folga.

Apenas para se fazer uma comparação de valores, é oportuno citar o exemplo da Refinaria Abreu e Lima, em construção, mas já em operação parcial, no litoral Sul de Pernambuco. Orçada inicialmente em 2,3 bilhões de dólares, teve o seu contrato aditado algumas vezes, chegando a 20,1 bilhões de dólares, sem que, na verdade, tenha-se certeza de quando ocorrerá a sua conclusão, mas já sendo a refinaria mais cara da história, em todo o mundo. Projetada para processar 230 mil barris de petróleo por dia, opera parcialmente, e apenas com 100 mil barris, por não estar ainda concluída. Por outro lado, a maior refinaria do mundo, construída em Jamnagar, na Índia, e que tem capacidade para processar 1,2 milhão de barris de petróleo por dia, foi construída por 6 bilhões de dólares. Com produção cinco vezes maior que a brasileira (ainda assim considerando-se a capacidade projetada), seu custo foi menor que um terço do desta, tendo sido a obra construída em 36 meses. A Abreu e Lima, com construção iniciada há mais de onze anos, não tem previsão real de conclusão.

Na matéria intitulada “A corrupção nos municípios”, veiculada na página eletrônica de “O Estado de São Paulo” em 13/08/2016, que faz alusão a uma pesquisa feita nos dados de auditorias realizadas entre 2006 e 2010, pela Controladoria Geral da União, em 840 municípios, há o registro de que “a corrupção nos municípios se concentra nas áreas de saúde (houve irregularidades em 19% das ordens de serviços analisadas) e educação (17,5%)”.

Complementando e corroborando a informação acima, matéria contida no Portal Rota do Sertão, veiculada em 02/01/2016, com o título “CGU: Municípios mais pobres, maior corrupção”, relaciona a alta frequência da prática da corrupção ao IDH dos municípios².

É intuitiva a conclusão de que, sendo a educação e a saúde os principais alvos dos desvios, isso repercute no IDH, assim como impeça a qualificação da sociedade para que possa exercer o seu papel de fiscalização. Há, pois,

² O texto informa: “No indecoroso ranking da Controladoria-Geral da União de municípios investigados ou punidos por corrupção, uma lamentável constatação: A maioria dessas cidades encontra-se nos vergonhosos baixos Índices de Desenvolvimento Humano (IDH).”

um círculo vicioso, tendendo a manter a comunidade sempre vítima da sua omissão, sendo esta causada exatamente pela falta de recursos para a promoção de educação pública de qualidade.

Vê-se, pois, pelo exposto, que mesmo nas classes mais abastadas não se tem informação suficiente para que a indignação, e daí a ação, tome a proporção devida. Fica claro, ao mesmo tempo, que a mesma corrupção que desvia recursos é a causadora da desqualificação educacional nas classes menos favorecidas.

Somente a efetividade da transparência pública poderá mudar o quadro descrito, fazendo com que os cidadãos das grandes urbes sejam estimulados a uma atuação concreta, resultando, também nos rincões mais distantes, na melhoria da fiscalização. Para que essa consequência se efetive, é necessário que a atuação da sociedade não se circunscreva aos limites do seu município, mas sim, com o uso da comunicação facilitada pelos meios eletrônicos, que, por exemplo, o morador de São Paulo possa agir ao detectar que o dinheiro da merenda escolar em uma pequena cidade sertaneja está sendo desviado.

3. A necessidade de ampliação da acessibilidade aos dados empresariais

O princípio da publicidade é um dos mais importantes, entre os que norteiam a Administração Pública brasileira, para que se torne efetivo o controle dos atos de gestão dos órgãos e entidades públicas. O Brasil vive um momento especial, a partir do despertar da sociedade para a possibilidade de intervir diretamente na prevenção dos atos de corrupção e na reparação dos danos causados ao interesse público por condutas ilícitas.

É fato conhecido de todo operador do Direito que atua no combate à corrupção, assim como da maioria da população brasileira, atenta que está ao triste noticiário atual, que em boa parte dos casos de corrupção, especialmente os de grande repercussão, por comprometerem valores mais vultosos, há uma ou mais empresas envolvidas na prática delituosa que têm como endereço terrenos baldios, pequenas construções vazias e até endereços residenciais ou de pequenos comércios em que o próprio morador ou ocupante desconhece a existência do registro empresarial. É o que se pode ver na maior parte das reportagens que tratam de superfaturamento, simulação de compras ou inexecução de obras.

É muito frequente a utilização de empresas fantasmas e empresas em que figuram como sócios cidadãos que efetivamente não têm ligação com a atividade desempenhada por elas, e que muitas vezes sequer sabem que ocupam tal posição no mundo empresarial, para o cometimento de crimes contra a Administração Pública e outros ilícitos. Além da falsidade da condição de sócios daqueles que são registrados como donos e dirigentes das empresas, elas normalmente têm em seus registros cadastrais endereços fictícios.

Tais ocorrências podem facilmente ser evitadas, se for permitido ao cidadão o livre acesso à informação quanto à existência formal de empresas em endereço próximo ao da sua residência, de maneira que ele possa conferir a veracidade dos dados atinentes aos aspectos externos e públicos. Somente quem mora na localidade, seja um pequeno município, seja uma rua ou bairro de uma grande metrópole, terá condições de comparar o que consta do registro comercial público com a realidade posta aos olhos de todos. Assim, em sendo permitido a qualquer cidadão, sem a necessidade de cadastramento ou utilização de senha, que ele lance em campo de busca o CEP³ de onde reside, e assim possa verificar a lista de empresas ali sediadas, estará sendo dado um largo passo no controle social.

Não se quer dizer aqui que haja empecilho ao acesso aos dados das empresas. A novidade aqui proposta reside em utilizar o CEP como argumento de pesquisa. Se o objetivo é descobrir empresas que de fato não existem ou não funcionam, evidentemente não há como saber antes o nome ou CNPJ dela sem que se tenha um ponto de partida.

Bem verdade, e até confirmando o perfeito cabimento da proposta aqui apresentada, que na página eletrônica da maior parte das juntas comerciais do Brasil é simples e gratuita a consulta dos dados empresariais, bastando para isso ter o CNPJ, o nome e às vezes até mesmo outra informação da empresa. O que se propõe, no entanto, não é consultar os dados a partir de uma informação conhecida da empresa, mas sim identificar quais empresas apontaram, na junta comercial, determinado endereço como seu. Como se sabe que não é feita uma visita para conferência ou confirmação do endereço declarado, somente o cidadão, morador da região, é que pode contribuir com a identificação dessa fraude, cujo cometimento é imprescindível para a prática de algumas modalidades de ilícitos contra a Administração Pública.

³ Código de Endereçamento Postal

A mudança proposta se constitui em uma eficaz homenagem aos princípios da transparência, publicidade e moralidade, permitindo aos cidadãos saberem, sem que seja necessária a sua identificação, quais empresas mantêm, ao menos formalmente, endereço em sua rua, bairro ou cidade, e assim poderão colaborar com os órgãos de controle, apontando inconsistências registraes em relação à realidade, nem sempre aferíveis pelas juntas comerciais no momento em que recebem as informações declaradas pelos representantes das empresas. A medida levará benefícios aos órgãos de registro, na medida em que permitirá que todo cidadão interessado colabore para o aperfeiçoamento da fidedignidade das informações levadas aos seus bancos de dados.

No campo específico do combate à corrupção, em sendo identificada a anormalidade deverá a informação ser levada ao conhecimento do Ministério Público, que poderá ao mesmo tempo notificar a junta comercial, para que proceda a verificações e adote providências, e consultar a Administração Pública acerca da execução de contratos ou da participação em licitações por parte daquela empresa, ou, ainda, consultar outros órgãos de controle acerca da existência de processos em andamento envolvendo-a.

O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, regulado pela Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, tem como uma de suas finalidades dar publicidade aos atos jurídicos das empresas mercantis (art. 1º, inciso I). Não por acaso, é legalmente garantido a qualquer pessoa, sem necessidade de provar interesse, o direito de consultar os assentamentos existentes nas juntas comerciais, sendo autorizada cobrança apenas pelas certidões (art. 29 da lei 8.934/94).

O que busca esta proposta não é suprimir a necessidade de obtenção de certidões. Os dados básicos das empresas já são acessíveis através de consulta gratuita na internet, mas tal verificação somente é possível para quem tenha outros dados para busca, a exemplo do nome ou CNPJ. Ora, uma empresa existente apenas em papel, e muitas vezes constituída meramente para fornecer notas fiscais falsas, evidentemente não ostenta em sua sede uma placa com seu nome. Apenas permitindo-se ao cidadão verificar as empresas registradas com endereço em sua vizinhança será possível fortalecer o controle social em relação a este sutil aspecto, esquecido pela maioria dos órgãos de controle, nada obstante a inconsistência ser fato comum nas apurações, auditorias e ações judiciais.

Ao descobrir que “existe” em sua rua ou cidade uma empresa da qual nunca ouviu falar, ou cuja sede não corresponde à realidade, e decidindo o cidadão comum levar aos órgãos de controle a informação suspeita, permite-se, inclusive, suspender a execução de contratos que eventualmente nem estejam ainda ocasionando os futuros e inevitáveis danos ao erário.

A exigência de formulação de requerimento com a identificação do interessado, prática comum nas juntas comerciais, configura meio intimidatório, impedindo o cidadão de colaborar no controle da Administração Pública, que, na quase totalidade das vezes, é cliente única de empresas que só existem no papel, e não fisicamente.

O objeto da proposta ora apresentada já foi implementado na junta comercial do Estado de São Paulo, porém de forma incompleta e defeituosa, o que pode ser conferido no link <https://www.jucesponline.sp.gov.br/BuscaAvancada.aspx>, não servindo para os propósitos aqui expostos, em face da complexidade da forma como os dados são expostos. Especialmente nas regiões empresariais ou de maior concentração populacional, a pesquisa por CEP na página da Jucesp resulta em centenas de resultados, sendo necessário abrir um a um para que seja feita a lista de endereços. Isso quase que inviabiliza a utilização pelo cidadão comum, representando um irrisório avanço. Como o propósito é tornar mais transparente e acessível a informação, é preciso que o retorno da busca contenha uma coluna com os endereços.

A implementação da ferramenta aqui proposta permitiria uma gigantesca contribuição a ser dada pelos cidadãos, e, ao mesmo tempo, não demandaria investimentos ou alteração da estrutura dos sítios eletrônicos das juntas comerciais, uma vez que já é possível a qualquer cidadão efetuar a busca a partir dos argumentos CNPJ ou NIRE⁴, como pode ser visto, exemplificativamente, no link <http://www.certidaoonline.juceb.ba.gov.br/certidao/publico/consultanireempresa>, quando são oferecidos, em resposta, as seguintes informações: Nome Empresarial, NIRE/CNPJ, Situação / Status, Natureza Jurídica, Capital Social, Capital Integralizado, Data do Ato Constitutivo, Data do Início das Atividades, Logradouro, Complemento, Número, Bairro, CEP, Município e Objeto Social.

⁴ Número de Identificação do Registro de Empresas, normalmente composto por 11 dígitos.

Resta demonstrado que os dados são acessíveis a todas as pessoas, não se podendo falar em sigilo de informações, e que não há cobrança pelas informações. O que há, como dificultador do acesso, é apenas a exigência de uma informação (o CNPJ ou o nome da empresa, por exemplo) da qual não dispõe o cidadão interessado em exercer o controle social. Nunca é demais lembrar que essa atividade atende ao interesse público, e não o do indivíduo, devendo ser permanentemente estimulada.

A proposta de alteração normativa ora apresentada não gera qualquer tipo de custo para sua implementação, e muito menos irá subtrair das juntas comerciais o direito de cobrar pelas certidões relativas às informações cadastrais, na forma da legislação vigente, limitando-se, aliás, como dito, às mesmas informações disponibilizadas no sítio eletrônico por outros argumentos de busca.

Apresenta-se, a seguir, minuta de projeto de lei atinente à proposta:

“PROJETO DE LEI Nº, DE 2018

Acrescenta dois parágrafos ao artigo 29 da Lei no 8.934, de 1994.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Ficam acrescentados ao artigo 29 da Lei no 8.934, de 1994, os dois parágrafos seguintes:

“Art. 29 (...)

§ 1º As juntas comerciais deverão manter em suas páginas na internet campo para pesquisa aberta e gratuita a ser feita por qualquer cidadão a partir do argumento CEP (Código de Endereçamento Postal), permitindo-se o acesso, no mínimo, aos seguintes dados:

- a) Nome Empresarial;
- b) Nome de fantasia
- c) NIRE/CNPJ;
- d) Situação / Status;
- e) Natureza jurídica;
- f) Capital Social;
- g) Capital Integralizado;
- h) Data do Ato Constitutivo;

- i) Data do Início das Atividades;
- j) Endereço completo;
- k) CEP;
- l) Município;
- m) Objeto Social.

§ 2º O retorno da pesquisa mencionada no parágrafo anterior deverá apresentar a lista de empresas com endereços no sufixo indicador de distribuição do CEP correspondente à busca, contendo, em primeiro plano, no mínimo, endereço, nome empresarial e nome de fantasia.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”

A providência aqui sugerida tem sido defendida já há algum tempo por alguns cidadãos, com destaque para o Auditor-Fiscal Federal Luiz Otávio da Rosa Borges, residente em São Paulo (SP). Segundo relatos seus, há uma grande resistência em sua implementação, na medida em que essa mudança criaria dificuldades insuperáveis para a continuidade de algumas práticas comuns no Brasil. Nada obstante predominar a imediata e declarada aceitação da ideia quando da sua apresentação, inclusive em algumas juntas comerciais, encontra uma inexplicável resistência, e ainda não foi implementada. Daí a apresentação da presente sugestão de alteração normativa.

É importante frisar que enquanto não ocorrer a alteração na lei federal acima mencionada, a mesma medida pode ser adotada por meio de lei ou decreto estadual, por ato normativo da junta comercial, ou até mesmo por simples decisão dos seus gestores, já que não implica na violação ou criação de direito específico. Se perdurar o desinteresse das juntas comerciais, os gestores municipais poderão alternativamente implementar a ideia em sua esfera de competência. Basta, para isso, editar norma (decreto, por exemplo) que atribua a uma secretaria o dever de criar e atualizar mensalmente uma lista com os nomes, endereços e os demais dados das empresas ali sediadas, em ordem de endereço, por logradouro, e disponibilizá-la na página oficial do município na internet. É recomendável, neste caso, destacar com cores ou fontes diferentes, as alterações feitas na lista (inclusões de empresas ou mudanças de endereço), de forma a facilitar a verificação pelo cidadão.

4. Implementação de uma maior transparência para os atos das comissões de licitação

A segunda proposta para fortalecer o controle social por meio da ampliação da transparência dos atos da administração diz respeito às sessões das comissões de licitação. É público e notório, a julgar pelo que consta dos processos em que são apuradas irregularidades em licitações, que muitas comissões não se reúnem efetivamente, ou não registram adequadamente as ocorrências das sessões, de maneira que suas atas não retratam a realidade dos fatos. Esta circunstância pode parecer pouco relevante, principalmente quando se presume que os atos foram praticados em conformidade com as regras em vigor.

A realidade, no entanto, é que em boa parte dos processos licitatórios alguns dos integrantes de comissões de licitação, quando não todos, desconhecem totalmente as ocorrências do certame, sendo utilizadas as suas assinaturas apenas para darem ar de legalidade aos atos, como se se estivesse somente a cumprir uma formalidade sem razão. Tal contexto, no entanto, esvazia o propósito da lei e abre margem para a prática de toda sorte de irregularidades, sendo que, em algumas vezes, a situação foi criada exatamente com esse propósito.

É muito frequente que integrantes das comissões de licitação aleguem em suas defesas, quando figuram como réus em ações de improbidade ou criminais, que eram instados a aporem suas assinaturas nas atas sem que tivessem efetivamente participado da sessão, sendo não raro procurados em casa para tal ato, acrescentando, em boa parte das vezes, que o praticavam por temerem represálias, e em outras, por acreditarem na seriedade do seu chefe e dos demais participantes da comissão.

Esse descompasso entre o que de fato ocorreu e o que normalmente é registrado nas atas ocasiona grandes danos ao erário, ou, no mínimo, um grande risco, evidentemente não pretendido pela administração, e, ao mesmo tempo, impede a responsabilização dos servidores envolvidos, já que, diante da alegação de participação meramente formal e simbólica, surge a dúvida na autoridade judiciária ou administrativa, conduzindo-a à improcedência da ação judicial ou ao arquivamento do processo administrativo em relação ao alegante.

A institucionalização, em aproveitamento dos recursos tecnológicos grandemente popularizados, de meio seguro de registro, que não substituirá

a ata, mas garantirá a sua fidedignidade, coibirá condutas ilícitas frequentemente praticadas em processos licitatórios, desestimulando, com seu efeito didático, a prática de atos lesivos ao interesse público.

Propõe-se, pois, que todas as unidades administrativas que realizem processos licitatórios efetuem a transmissão ao vivo, podendo se dar através de sistema gratuito, e gravação em vídeo (imagem e som) das sessões das comissões de licitação, juntando aos autos o arquivo de gravação em meio eletrônico, e disponibilizando-o em área específica do sítio do ente público na internet, com pastas e caminhos acessíveis e intuitivos, mantendo-o, ainda, em arquivo, para fornecimento de cópia aos interessados e para outras eventualidades, prevenindo-se a administração quanto ao risco de perda dos registros. Não se trata de eliminar ou substituir o registro em ata escrita, mas de facilitar o controle social, sem prejuízos a outras formas de registro.

A disponibilização dos registros de imagem e som em página institucional da entidade pública permitirá aos cidadãos o efetivo controle dos atos da administração, especialmente em setor tão sensível quanto é o da seleção de contratantes. Para tanto, o cidadão não precisará comparecer à sala onde estiver ocorrendo a sessão, o que o livrará do constrangimento intimidador, que habitualmente o mantém afastado do cotidiano da Administração Pública. Ademais, a medida aqui proposta, protetiva da moralidade pública e consagradora da transparência, permitiria um registro mais fidedigno das eventuais intercorrências do processo licitatório, assegurando maior proteção à Administração, aos membros das comissões e aos participantes do certame.

A proposta ora apresentada será capaz de dar mais confiabilidade aos processos licitatórios, resultando em considerável economia para o erário, e permitirá aos licitantes e às pessoas em geral uma melhor defesa dos seus interesses. Poderá, inclusive, o interessado, verificar o que ocorreu na sessão em momento posterior à sua realização, sem que lhe seja garantida, evidentemente, devolução de prazo para impugnações ou outras medidas.

É importante frisar, por fim, que o nível de transparência aqui sugerido não gera qualquer tipo de custo adicional para sua implementação, haja vista o valor irrisório de um meio físico para gravação, e o fato de que todos os entes federativos têm site institucional. Inexistindo tal espaço na internet, o que muito remotamente se cogita, podem os próprios órgãos de controle responsáveis pela análise das contas disponibilizá-lo. No que

se refere à transmissão ao vivo, há diversas páginas que oferecem gratuitamente esse serviço.

Enquanto que hoje, no cenário vivido pela Administração Pública, é razoável aceitar os argumentos de defesa de quem mostra que possuía razões para acreditar no presidente da comissão de licitação, e por isso assinava os documentos, no modelo aqui proposto será necessária uma verdadeira encenação para que os malfeitos se perpetrem, afastando a possibilidade de se acolher indevidamente a inocência de eventuais envolvidos em atos ilícitos. Evidentemente o que se busca não é a constituição de prova contra os servidores, ou externar prévia crença em sua culpabilidade, mas sim dificultar a prática de atos ímprobos como os que com tão grande frequência são praticados em detrimento do erário e do cidadão. O simples fato de se saber observado servirá de elemento desestimulador de condutas afastadas dos princípios que regem a administração, e criará nos servidores uma maior preocupação com a adoção de medidas tendentes a garantir a lisura do certame.

A medida aqui proposta prescinde da edição de lei em sentido formal. Pode ser estabelecida pelos chefes dos poderes (no caso do Poder Executivo por meio de decreto), ou até por outras autoridades, por meio de portaria, por exemplo, vez que não viola qualquer norma existente, servindo, muito ao contrário, para reforçar a efetividade de diversos princípios da Administração Pública. Resta evidente, no entanto, que é muito mais aconselhável que se promova uma alteração legislativa, a fim de que haja maior garantia de continuidade, e dificuldade para revogações oportunistas. Ou seja, a medida perdurará, independentemente de quem esteja à frente da gestão.

5. Conclusão

O cenário, por demais conhecido por todos aqueles que mantêm algum tipo de vínculo com a Administração Pública em nosso País, no que se refere à acessibilidade das informações públicas, evidencia, mesmo em tempos de valorização da cidadania, uma grande dificuldade para os cidadãos na obtenção de dados para o exercício do controle social. Não se encontra ainda, a Administração Pública brasileira, no desejado patamar de respeito à sociedade, mostrando-se necessário, portanto, a adoção de medidas facilitadoras como as aqui propostas.

De implementação simples e de baixíssimo custo, ambas as providências permitirão ao cidadão uma atuação a ser levada a efeito a partir do seu próprio lar, sem a necessidade de deslocamentos, esperas por documentos, ou risco de confrontos. Tais fatores certamente representam alguns dos motivos para o alheamento de boa parte dos brasileiros em relação ao tema.

Apresentadas as sugestões, caberá agora aos cidadãos empreender esforços coletivos, de forma organizada e articulada, para convencer os bons administradores a colocá-las em prática, independentemente de ostentarem a condição de lei, gerando, a partir daí, pelo efeito do exemplo, a adesão de outros. Também compete ao bom legislador adotar medidas em sua esfera de competência. Não somente produzindo as normas, mas provocando os administradores a seguirem o necessário caminho da ampla transparência para o bom exercício do controle social.

Referências

- A corrupção nos municípios. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 13 ago 2016. Disponível em <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-corrupcao-nos-municipios,10000069077>>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.
- BARROS Filho, Clóvis de e PRAÇA, Sérgio. *Corrupção: parceria degenerativa*. Campinas: Papirus 7 Mares, 2014.
- BRASIL. *Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. [S.I.]: Brasília, 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.
- BRASIL. *Lei nº 8.934/94, de 18 de novembro de 1994*. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis. [S.I.]: Brasília, 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8934.htm>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.
- BRASIL. *Lei nº 12.527/11, de 18 de novembro de 2011*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. [S.I.]: Brasília, 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.
- CHIZZOTTI, Antonio e outros. *O Combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. 5ª Ed. São Paulo: 24X7 Cultural, 2012.

- CORIA, Hector Emilio. CGU: Municípios mais pobres, maior corrupção. *Rota do Sertão*. Olho d'Água das Flores, 2 jan 2016. Disponível em <<http://rotadosertao.com/noticia/76173-cgu-municipios-mais-pobres-maior-corrupcao> 2 jan 2016>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.
- GHIZZO NETTO, Affonso. *Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- GOMES, Luiz Flávio. Corrupção e sistema eleitoral clientelista. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4264, 5 mar. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/36786>>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.
- GUARDA, Adriana. Refinaria Abreu e Lima, em Suape, é a mais cara do mundo. *Jornal do Commercio*. Recife, 17 set 2017. Disponível em <<http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/economia/pernambuco/noticia/2017/09/17/refinaria-abreu-e-lima-em-suape-e-a-mais-cara-do-mundo-307069.php>>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.
- MOREL, Marco. *Corrupção, mostra a sua cara*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2012.
- REIS, Márlon. *O nobre deputado. Relato chocante (e verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira*. Rio de Janeiro: LeYa, 2014
- VOITCH, Guilherme. Não se faz obra pública no Brasil sem acerto, diz advogado de lobista. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 19 nov 2014. Disponível em <<http://m.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1550471-nao-se-faz-obra-publica-no-brasil-sem-acerto-diz-advogado-de-lobista.shtml>>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.

Mecanismo de controle e combate à corrupção na contratação pública: fim das indicações políticas nos tribunais de contas

Control and Corruption Mechanism in Public Procurement: End of Political Indications in the Courts of Accounts!

WELLINGTON VILELA DE ARAÚJO

Resumo: O presente trabalho se propõe apresentar duas contribuições fundamentais sobre o tema “Mecanismo de Controle e Combate à Corrupção na Contratação Pública”: primeiro, demonstrar a existência de influência política na escolha e na atuação de conselheiros e ministros dos 34¹ Tribunais de Contas no Brasil. Nesta parte, é fácil perceber, através dos casos concretos apresentados, que é grave o estreito vínculo mantido e cultivado entre muitos dos membros nomeados para estes Tribunais de Contas e as forças políticas responsáveis pelas suas nomeações. Tudo isto resulta, pois, que a falta de independência dos colegiados dos tribunais de contas compromete a boa governança em todo o território brasileiro! Em um segundo momento, após fazer breve comparação com o Tribunal de Contas de Portugal quanto à forma de composição, este estudo reforça a necessidade de aprovação, de forma urgente, da **Proposta de Emenda à Constituição 329/2013**, a qual, dentre outras, propõe alteração na forma de composição dos Tribunais de Contas no Brasil. Em conclusão, portanto, busca-se demonstrar que mudanças nas regras de composição e de funcionamento destes Tribunais de Contas devem ser implementadas de forma extremamente urgente como mecanismo de controle e combate à corrupção na contratação pública no Brasil.

Palavra-chave: *Tribunais de Contas no Brasil; fim das indicações políticas!*

¹ No total, são 34 Tribunais distribuídos por todo o Brasil: 27 Tribunais de Contas estaduais, 2 Tribunais de Contas **municipais**, 4 Tribunais de Contas dos Municípios e o Tribunal de Contas da União;

Abstract: The present paper proposes to present two fundamental contributions on the theme “control mechanism and fight against corruption in public procurement”: first, to demonstrate the existence of political influence in the choice and performance of counselors and ministers of the 34 Brazilian courts of law. In this part, it is easy to see from the concrete cases presented that the close and sustained bond between many of the members appointed to these courts of law and the political forces responsible for their appointments is serious. All of this results, therefore, that the lack of independence of the members of the courts of law compromises good governance in all Brazilian states! In a second moment, after a brief comparison with the Court of Auditors of Portugal on the form of composition, this study reinforces the need for approval, as a matter of urgency, of the Proposed Amendment to the Constitution 329/2013, which, among others, proposes a change in the composition of the Audit Courts in Brazil. In conclusion, therefore, it is tried to demonstrate that changes in the rules of composition and operation of these Courts of Accounts must be implemented in an extremely urgent way as a mechanism of control and fight against corruption in public contracting in Brazil.

Keyword: *Courts of Accounts in Brazil; end of political indications!*

1. Introdução

Inicialmente, antes de abordar o tema específico, vamos refletir um pouco sobre corrupção, seus conceitos, ocorrências e formas de combate. Pois bem. Diz a História que, no ano VI a.C., o estadista ateniense da Grécia Sólon anulou alguns dos excessos que marcavam as punições anteriormente normatizadas por Drácon. Além disso, reformulou os direitos dos primogênitos no repasse das heranças e empreendeu o fim da escravidão por dívidas. Ao mesmo tempo, anulou alguns tipos de hipoteca e devolveu as terras de proprietários em dívida.

Sólon estava mesmo disposto a perdoar todas as dívidas das pessoas com entes público e privados. O nobre propósito, como dito acima, era evitar que pessoas se tornassem escravas, caso não honrassem seus contratos, como era costume na época. Entretanto, e é aqui que reside o problema, antes de adotar as medidas legislativas para perdão de dívidas, contou a amigos e a pessoas próximas. Estes amigos, se aproveitando da informação privilegiada,

pegaram grandes empréstimos e compraram terras. O resultado disto? Após a lei de Sólon perdoar as dívidas, estes amigos se enriqueceram...

O exemplo acima nos mostra que estes procedimentos de se aproveitar de amizades com o poder para se beneficiar do dinheiro público não são de hoje, ao contrário, existem desde há muito tempo. Nos últimos anos no Brasil, a “Operação Lava-Jato” inaugurou uma nova etapa histórica no combate à corrupção. O Ministério Público Federal e a Polícia Federal, com base nas bem-sucedidas delações premiadas, têm realizado um trabalho de extremo profissionalismo e eficiência contra estes ataques e verdadeiros saques às contas públicas. Há que se reconhecer por parte da Sociedade brasileira a importância deste trabalho, pois a fraude e corrupção são grandes obstáculos ao progresso do Brasil e de qualquer outro país.

A propósito, de acordo com o relatório de 2016 da organização não governamental (ONG) **Transparência Internacional**, mais países caíram do que subiram no índice, demonstrando a necessidade urgente de ação. Em 79.^o lugar, o Brasil está entre os que mais perderam posições nos últimos cinco anos de ranking. Grandes casos de corrupção, como o da Petrobras e Odebrecht, mostram como o conluio entre empresas e políticos subtrai das economias nacionais bilhões de dólares que foram e são canalizados para beneficiar poucos às custas de muitos.

“Esse tipo de corrupção sistêmica e em larga escala viola os direitos humanos, impede o desenvolvimento sustentável e alimenta a exclusão social”, observa a entidade. No entanto, diz a Transparência Internacional, o Brasil demonstrou em 2016 que, por meio do trabalho independente de agentes da lei (Ministério Público Federal e a Polícia Federal), é possível punir aqueles que antes eram considerados intocáveis.²

No que diz respeito ao tema específico, os diversos Tribunais de Contas têm como função fundamental realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos federativos e federados da Administração Pública direta e indireta, estando sujeitas a esta fiscalização as empresas públicas e sociedades de economia mista. **A questão é: como esperar dos Tribunais de Contas uma fiscalização efetiva e isenta tendo em vista o estreito vínculo mantido e cultivado entre muitos dos membros nomeados para estes e as forças políticas responsáveis**

² www.transparency.org/cpi2016

pelas suas nomeações? Pergunta-se: há independência dos colegiados dos Tribunais de Contas?

Respostas a estas indagações é o que se propõe este breve trabalho. Como se verá ao final, a conclusão à que se chega é que, infelizmente, o modelo apresentado na Constituição Federal brasileira, através dos artigos 71 a 75, deve ser atualizado, conforme Proposta de Emenda à Constituição 329/2013.

2. Desenvolvimento

I – Corrupção. Conceito. Consequências para a sociedade

Por onde se vai se vêem os efeitos da corrupção no Brasil! Ruas esburacadas, lixo por toda parte, crianças perambulando em cidades sem estrutura adequada de esgoto, escolas caindo aos pedaços, professores e policiais com salários baixos e, pasmem, não raro com os pagamentos atrasados...

A corrupção é um dos sintomas mais graves da desgovernança. Tem forte impacto desagregador e desmoralizador no tecido social em virtude de frustrar a realização dos direitos humanos, da democracia, do Estado de Direito.³ A verdade é que nunca como hoje houve uma vontade tão generalizada de combater a corrupção e o crime organizado, se não para conseguir a sua total eliminação, pelo menos par reduzir substancialmente a sua capacidade para fazer o mal. Na feliz reflexão do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Aires de Brito, a luta contra a corrupção não será vencida por *knockout*, através de apenas um golpe certo e mortal. Não! A vitória contra a corrupção virá por pontos, em um combate longo e sofrido.

Assim, o fim da indicação política para os Tribunais de Contas tem o nítido propósito de contribuir com a diminuição do problema da corrupção. Em outros termos, busca-se a **implementação de atitudes preventivas que possam minimizar os riscos e consequências advindas desse danoso processo de penetração insidiosa da criminalidade junto à estrutura**

³ Jonatas Eduardo Mendes Machado, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

governamental e política dos Estados.⁴ Trata-se de modalidade de corrupção endógena que envolve funcionários públicos e autoridades do mais alto escalão. Este quadro de infiltração da criminalidade no Estado é extremamente danoso, inclusive gera uma crise de desconfiança da população para com as instituições públicas.

Chama-se a atenção para o fato de que **o fenômeno da corrupção se beneficia de condições favoráveis.** O que quer isto dizer? Podemos apontar que as oportunidades e os riscos configuram fatores de gravidade e potenciais meios de instrumentalização do crescimento de práticas corruptivas. As oportunidades dizem respeito à existência de brechas, fissuras nos aparatos judiciais, econômicos, administrativos, principalmente de controle etc, os quais podem propiciar sua maior incidência; enquanto os riscos são atinentes ao grau de imunidade (blindagem) que apresentam determinados atores sociais à impunidade que geram sanções que não correspondem à gravidade dos fatos.⁵ Destarte, esse binômio **oportunidade/risco** acaba por se traduzir em fórmula matemática para conformação dos atos de corrupção.⁶

Nesta linha, sabe-se que a atuação de redes ilícitas de criminosos busca, de todas as formas, cooptar agentes públicos para tarefas ilícitas e prejudiciais ao bom andamento da Administração. Este tipo de ação gera uma grave e perturbadora insegurança globalizada. **O certo é que indicação política para órgão de controle de contas coloca toda a sociedade em situação de vulnerabilidade e de insegurança extrema!**

Ainda com relação à indicação política para órgão de controle de contas e a situação de vulnerabilidade e de insegurança extrema para a sociedade, importante ressaltar a Resolução da ONU de número 66/290, na qual os Estados-Membros acordaram sobre o conceito de segurança humana. Trata-se “do direito das pessoas a viverem em liberdade e com dignidade, livres da pobreza e do desespero, e a dispor de iguais oportunidades para desfrutar de todos seus direitos e a desenvolver plenamente seu potencial humano”⁷. E por que se fala em liberdade neste tema de corrupção? Simples,

⁴ Flavio Cardoso Pereira, Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal; Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Goiás.

⁵ Idem.

⁶ Idem

⁷ Parágrafo 143 do Documento Final da Cumpre 2005, Resolução 60/1 da Assembleia-Geral

pois, a liberdade está relacionada à resistência ao medo. Medo este que pode inclusive estar ligado à proliferação da corrupção e à consequente autuação violenta e desleal de organizações criminosas de caráter transnacional, voltadas à prática de delitos de natureza grave e de destacada repercussão social.⁸

Insistindo ainda sobre tema da insegurança, segundo as Nações Unidas, a corrupção consiste em patologia grave que apresenta um amplo espectro de consequências corrosivas para a sociedade. Fulmina a democracia e o Estado de Direito, promovendo violações contínuas aos direitos humanos, vez que distorce os mercados, diminuindo a qualidade de vida cidadã. A indicação política para órgão de controle de contas contribui para esta erosão das instituições democráticas, gerando um forte sentimento de apatia na sociedade civil diante da classe política, redundando na perda de confiança nos governos e no sistema como um todo.⁹

II – Influência política na escolha e na atuação de conselheiros e ministros dos Tribunais de Contas no Brasil. Consequências. Casos de corrupção envolvendo os Tribunais de Contas dos Estados

À semelhança do Tribunal de Contas da União, os Tribunais de Contas estaduais fiscalizam os gastos e julgam as contas do governo estadual. Pois bem. O que uma investigação derivada da Operação Lava Jato mostrou é que os conselheiros no Rio de Janeiro recebiam propina justamente para não fazer seu trabalho direito. Presos, o ex-presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Jonas Lopes e seu filho fizeram um acordo de colaboração com o Ministério Público Federal. Lopes confessou que ele e os colegas recebiam dinheiro sujo para permitir que a corrupção corresse solta em obras da **Copa e da Olimpíada**, entre outras. **Segundo Lopes, ele e os colegas conselheiros receberam propina de 1% do valor de**

⁸ Flavio Cardoso Pereira, acerca das principais características de atuação da criminalidade organizada, *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. Curitiba: Jurá, 2013. P. 127-130.

⁹ Vide SAMPÓ, Carolina. *Corrupción y debilidades institucional: factores de inseguridad*. In: ENCUESTRO NACIONAL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS. VII, 2004 Buenos Aires, 2004. www.ieeri.com.ar/actividades/docs. Acesso 2017.

obras executadas pelo governo do Rio de Janeiro entre 2007 e 2014. Propina a conselheiros do TCE-RJ totalizou R\$ 35 milhões, afirma PGR, mais de 10 milhões de dólares! Repita-se: a propina foi dada aos conselheiros com ligações políticas!

Desde o afastamento dessa turma, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro vive situação inusitada, para os padrões de tribunais brasileiros com a mesma função, **de funcionar exclusivamente com conselheiros sem ligações políticas!** Portanto, sem ligações políticas, em maio de 2017, os conselheiros decidiram, por unanimidade, **seguir a recomendação do corpo técnico e rejeitaram as contas de 2016 do governo do Estado do Rio de Janeiro!**

Vale a pena ressaltar, e isto já foi dito acima, que a falta de independência dos colegiados dos Tribunais de Contas compromete a boa governança em todo o território brasileiro! Pois bem. Como é feita a composição nos Tribunais de Contas no Brasil? **Por lei, cinco dos sete conselheiros dos Tribunais de Contas são escolhidos pelo governador ou pela Assembleia Legislativa, ou seja, por indicação política!** Apenas uma vaga fica com auditores do tribunal e outra com o Ministério Público de Contas. **Desse modo, a maioria dos conselheiros são ex-políticos ou apadrinhados deles** – no caso dos afastados do Rio, Brazão, Graciosa e Alencar eram deputados estaduais e Nolasco foi escolhido pelos deputados. Eles ganham um cargo vitalício, muito bem remunerado e cheio de regalias. Por isso, muitos demonstram uma tendência irresistível a ser dóceis e benevolentes com governadores, secretários e o governo em geral em suas análises. **Na maioria das vezes, contrariam dados do corpo técnico para evitar embaraços ao poder, recorrem a raciocínios enviesados para justificar atos indefensáveis!!**

A ineficiência e o anacronismo do modelo atual de indicação para os Tribunais de Contas no Brasil são tão evidentes que beira ao absurdo! Vejamos mais um exemplo. No julgamento das contas da gestão do ex-governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, em 2014, o conselheiro Aloysio Neves – um dos afastados acusados de receber propina – contrariou os técnicos ao sugerir a aprovação das contas com 20 “ressalvas”. Uma delas mostrava que o governador descumprira o mínimo constitucional de gastar 12% da arrecadação de impostos com a Saúde. Ligado ao PMDB, ex-chefe de gabinete da presidência da Assembleia Legislativa nas gestões de Sérgio Cabral e do atual presidente da Casa, Jorge Picciani, Neves ignorou ainda

o parecer que o governo havia deixado de contabilizar uma dívida de R\$ 1 bilhão. Neves está entre os presos por se beneficiar de propina para liberar obras do governo Cabral.

Por ser a única conselheira remanescente no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Marianna Montebello tornou-se, se não de direito, mas de fato, a presidente interina da instituição nestes novos tempos. Para evitar a interrupção dos trabalhos, ela conseguiu que o Supremo Tribunal Federal (STF) referendasse a decisão de incorporar os três conselheiros substitutos ao plenário da Casa, que, assim, passou a atuar com quatro integrantes, todos sem ligação política, diga-se de passagem.

No ranking nacional da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), vinculado ao Ministério da Justiça, o Tribunal de Contas fluminense ficou na antepenúltima posição em termos de transparência em 2016, à frente apenas de Amapá e Alagoas. Em 2012, a Procuradoria da República acusou os conselheiros do Rio de embolsar uma “verba secreta” de R\$ 4 milhões por ano (aproximadamente a um milhão de Euros). “Os Tribunais de Contas são capturados pelo que há de pior no cenário brasileiro”, afirma Diogo Ringenberg, procurador do Ministério Público de Contas de Santa Catarina e ex-presidente da Associação Nacional do Ministério Público de Contas.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro ameaça tornar inelegível o prefeito que fizer a velha jogada de errar editais para poder contratar empresas de coleta de lixo de forma emergencial, sempre muito suspeita. Em agosto, o Tribunal cancelou a licitação para a contratação de uma empresa de táxi-aéreo para o atual governador do Rio de Janeiro, Pezão. A economia de R\$ 2,5 milhões foi simbólica para um estado com um déficit de US\$ 17 bilhões.

Este cenário não acontece somente no Rio de Janeiro, mas infelizmente em todo o Brasil! A influência política na escolha e na atuação de conselheiros desmonta e impede qualquer controle nas contas públicas. Pelo contrário, contribui para o desvio de verba que deveria ser aplicada para o benefício da sociedade brasileira. Como dito, há episódios de afastamento de conselheiros em outros Tribunais de Contas, como São Paulo e Amapá. Uma radiografia feita pela ONG Transparência Brasil, no ano passado, mostra que um em cada quatro dos 233 conselheiros dos 34 Tribunais de Contas no Brasil é processado ou já foi punido pela Justiça ou pelas próprias Cortes contábeis. Como aconteceu no Rio, no mês passado

o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, afastou do cargo cinco dos sete conselheiros do Tribunal de Contas de Mato Grosso acusados de receber R\$ 53 milhões de propina em 2013 e 2014. Todos indicados por colegas políticos!¹⁰

Portanto, tudo isto comprova que é grave o estreito vínculo mantido e cultivado entre muitos dos membros nomeados para estes Tribunais de Contas e as forças políticas responsáveis pelas suas nomeações. É cada vez mais comum integrantes das Cortes responsáveis por fiscalizar os gastos públicos envolvidos em casos de corrupção. Desde 2010, 20 dos 27 órgãos de controle das unidades da Federação se envolveram em episódios polêmicos. Infelizmente, no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), órgão que deveria servir como modelo, dos nove ministros, quatro estão na mira da Polícia Federal. Dois deles, Aroldo Cedraz e Raimundo Carreiro, tiveram os sigilos bancário e fiscal quebrados pela Polícia Federal por serem investigados pela Lava-Jato. Eles foram citados pelo delator e empreiteiro da UTC, Ricardo Pessoa e, supostamente, venderiam informações privilegiadas por intermédio do filho de Aroldo, Tiago Cedraz. Outro que é citado na Lava-Jato é o ex-senador Vital do Rêgo. O quarto, Augusto Nardes, quem teria recebido propina e é um dos investigados na Operação Zelotes.

Estes lamentáveis episódios estão a demonstrar a existência de influência política na escolha e na atuação de conselheiros e ministros dos Tribunais de Contas em todo o Brasil, sem exceção! A cobiça de deputados estaduais Brasil afora para assumir função de conselheiros e ministros dos Tribunais de Contas, que é vitalícia, e tem direito a vários assessores e geralmente recebe o teto constitucional, algo em torno de R\$ 33 mil (10 mil dólares), é inevitável. No Mato Grosso, o ex-parlamentar Sérgio Ricardo é acusado de comprar a vaga no Tribunal de Contas por R\$ 4 milhões (cerca de um milhão de Euros!).

Por isto, muitos estão a questionar o procedimento para a indicação de ministros e de conselheiros para os Tribunais de Contas. Sendo assim, para diminuir os desvios nesses tribunais, o presidente da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), conselheiro Valdecir Pascoal, defende o cumprimento do texto constitucional no momento em

¹⁰ SÉRGIO GARCIA E HUDSON CORRÊA; Revista Época de 23/10/2017 – 08h00 – Atualizado 23/10/2017 14h32; <http://epoca.globo.com/brasil/noticia/2017/10/sem-6-conselheiros-afastados-por-corrupcao-tce-do-rio-atua-com-rigor.html>; acessado em 17/01/2018;

que ocorrer a indicação para a corte. “No modelo atual, dois terços dos conselheiros são indicados pelo Poder Legislativo (indicação política). A Constituição Federal prevê que essa indicação deve respeitar alguns requisitos, como a idoneidade moral e notável saber. Caso esses itens não sejam cumpridos, o correto a fazer é negar a posse. **As indicações que acontecem com viés meramente político têm que acabar, pois causam prejuízos à sociedade**”, ressalta.

Diante deste quadro tenebroso para a sociedade brasileira, com tanto desgoverno nos Tribunais de Contas no Brasil, urge a implementação de reformas eficazes a fim de estancar definitivamente esta malversação de verba pública. Atualmente, tramita no Congresso Nacional uma proposta de emenda à Constituição (PEC) de número 329/2013 (sobre a qual falaremos detidamente adiante), que prevê mudanças nos procedimentos de escolhas dos conselheiros que são nomeados pelo Poder Legislativo. Hoje em dia, qualquer pessoa, mesmo sem ensino superior, mas que supostamente tenha notável saber, pode ocupar o cargo. **Se a PEC 329/2013 for aprovada (e ela tem que ser aprovada urgentemente!), os conselheiros serão eleitos dentro da classe dos auditores de controle externo do tribunal, e que tenham sido aprovados em concurso público há pelo menos 10 anos ou estejam entre os integrantes vitalícios do Ministério Público de Contas.**

A luta contra a corrupção deve ser de todos! Principalmente de órgão com capacidade de compreensão ampla e legitimidade de atuação. É certo que, infelizmente, a maioria da população brasileira não tem percepção do que é “Tribunal de Contas”, para que serve, como é composto, se é órgão do Judiciário etc. Desta forma, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também discute ações para impedir as indicações políticas às Cortes de Contas. A instituição estuda apresentar uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) no Supremo Tribunal Federal contra os apadrinhamentos nos órgãos de controle. Felipe Santa Cruz, presidente da OAB no Rio de Janeiro, onde mais da metade dos membros foi presa em 2017, destaca que a corrupção dentro dos Tribunais de Contas, **fruto da politização dessas instituições, aprofunda a crise por que passa a nação. “Esse assunto já vem sendo debatido nos últimos anos e agora deve ser enfrentado como forma de diminuir os episódios de corrupção**”, defende o jurista.

III – Tribunais de Contas do Brasil e de Portugal, um paralelo sobre a forma de composição

Como já exposto acima, busca-se demonstrar neste breve artigo que mudanças nas regras de composição e de funcionamento dos Tribunais de Contas no Brasil devem ser implementadas, de forma extremamente urgente, como mecanismo de controle e combate à corrupção no País. Assim, para reforçar nosso entendimento, apresenta-se abaixo um paralelo entre a composição do Tribunal de Contas de Portugal e do Tribunal de Contas da União. **Percebe-se que lá em Portugal, felizmente, a indicação política há muito foi abandonada. Ao contrário, os seus juízes são recrutados mediante concurso curricular a fim de preservar a capacidade técnica e imparcialidade.** Vejamos:

Conforme previsão constitucional, o Tribunal de Contas da União é composto por nove ministros. **Seis deles são escolhidos pelo Congresso Nacional. Ou seja, por indicação política!** Os demais são escolhidos pelo presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente indicados pelo Tribunal dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal. Além disso, o Tribunal conta com a participação de quatro auditores, selecionados por meio de concurso público de provas e títulos. Quando necessário, eles substituem os ministros, por motivo de férias, licenças e outras ausências. O presidente e o vice-presidente do Tribunal são eleitos pelos seus pares para o mandato de um ano e podem ser reeleitos uma vez.

Por sua vez, o Tribunal de Contas de Portugal, na sede, é composto pelo Presidente e por dezesseis juízes, e em cada seção regional, por um juiz. O seu Presidente é nomeado e exonerado pelo Presidente da República, mediante proposta do Governo, tomando posse e prestando compromisso de honra igualmente perante aquele órgão de soberania.

O Vice-Presidente é eleito pelos seus pares em plenário geral por escrutínio secreto para mandatos de três anos (podendo ser reeleito) e toma posse e presta compromisso de honra perante o Presidente.

Os seus juízes são recrutados mediante concurso curricular, realizado perante um júri constituído pelo Presidente do Tribunal (que preside ao júri), pelo Vice-Presidente, pelo juiz mais antigo e por dois professores universitários, um de Direito e outro de Economia, Finanças, Organização e Gestão ou Auditoria, estes últimos designados

pelo Governo. Os juízes são também nomeados pelo Presidente, perante quem igualmente tomam posse e prestam compromisso de honra.

3. Conclusão: Fim das indicações políticas nos Tribunais de Contas no Brasil! Pela rápida aprovação da Proposta de Emenda à Constituição – PEC 329!

Após estas considerações acima, não há dúvidas de que uma alteração radical deve ser implementada, de forma urgente, no âmbito dos Tribunais de Contas no Brasil. Uma pesquisa publicada pela ONG **Transparência Brasil** em 2016 analisou o perfil dos conselheiros dos Tribunais de Contas de todo o País, da União, estaduais e municipais. De 233 conselheiros, **80% já tinham ocupado cargos eletivos** ou de destaque na administração pública, **31% eram parentes de políticos** e 23% sofriam processos ou já tinham sido condenados pela Justiça ou pelos próprios Tribunais de Contas.¹¹

Em conclusão, portanto, resta demonstrado que mudanças nas regras de composição e de funcionamento destes Tribunais de Contas devem ser implementadas de forma extremamente urgente como mecanismo de controle e combate à corrupção no Brasil.

A referida proposta altera os requisitos para a composição do Tribunal de Contas da União e a forma de escolha dos membros dos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e de Municípios, onde houver. De acordo com a proposta, os Conselheiros das Cortes de Contas serão Nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, respeitada a seguinte ordem:

- 1 (um) eleito pela classe dentre os auditores de controle externo do Tribunal que tenham sido nomeados em decorrência de concurso público há pelo menos 10 anos;
- 1 (um) eleito pela classe dentre os membros vitalícios do Ministério Público de Contas;
- 1 (um) eleito, alternadamente, pelos Conselhos Profissionais da área jurídica, de administração, economia e contabilidade;

¹¹ <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/03/29/Para-que-servem-e-como-funcionam-os-Tribunais-de-Contas-dos-Estados>

- 4 (quatro) eleitos pela classe dentre os auditores substitutos de conselheiros vitalícios.

A PEC 329/2013 veda a escolha de Ministros e Conselheiros de Tribunais de Contas que tenham sido condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado pelos crimes e atos que tornem o cidadão inelegível para cargos públicos. Exige, ainda, que Ministros e Conselheiros de contas tenham mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija formação em nível superior nas áreas de direito, administração, contabilidade ou economia.

Por fim, fica claro que o modelo atual de composição do Tribunal de Contas da União e a forma de escolha dos membros dos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e de Município está falido! O aumento dos requisitos para aqueles que pretendem se tornar membro dos Tribunais de Contas tornará a escolha mais técnica e com certeza contribuirá para mudar a realidade do Brasil.

Referências

- CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da, ARAÚJO, Gláucio Roberto Brites de; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto (coords) – **48 Visões sobre a Corrupção** – São Paulo: Quartier Latin, 2016
- PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime Organizado e suas infiltrações nos Instituições Governamentais*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 213 p.
- ALMEIDA, Geórgia Campos de. *O Papel dos Tribunais de Contas no Brasil*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7487/o-papel-dos-tribunais-de-contas-no-brasil>. Acesso em: 2017.
- FERREIRA, Thiago Augusto de O. M. *Arranjos institucionais dos Tribunais de Contas da União e de Portugal*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3906, 12 mar. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26873>>. Acesso em: 18 jan. 2018.
- LIVIANU, Roberto. *Corrupção – Incluindo a Lei Anticorrupção*. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

A evolução legislativa e o combate à corrupção na contratação pública: estudo comparado luso-brasileiro

The legislative evolution and the fight against corruption in public procurement: luso-brazilian comparative study

LORENA ARAÚJO DE OLIVEIRA

Resumo: Este trabalho tem como objetivo a análise da criação de mecanismos de combate à corrupção na contratação pública como reflexo do momento de crise no Direito Administrativo. Diante da crise, faz-se necessária a renovação de determinados institutos e, no que tange à contratação pública, a busca pela erradicação de um grande mal que assola os procedimentos licitatórios: a corrupção. O trabalho, ainda, realiza um estudo comparado sobre a evolução dos diplomas normativos referentes ao tema no direito brasileiro e no direito europeu, em especial no âmbito de Portugal. Abordando as características dos diplomas maximalistas e minimalistas, buscar-se-á demonstrar a tendência atual de flexibilização dos procedimentos, como forma de tornar a contratação pública mais dinâmica e pautadas em valores como eficiência e moralidade.

Palavras-chave: *Contratação pública; Combate à corrupção; Direito comparado.*

Abstract: This work aims to analyze the creation of anti-corruption mechanisms in public procurement as a reflection of the moment of crisis in Administrative Law. In the face of the crisis, it is necessary to renew certain institutes and, in what concerns the public procurement, the search for the eradication of a great evil that plagues the tender procedures: corruption. The work also carries out a comparative study on the evolution of normative diplomas related to the subject in Brazilian law and in European law, especially in Portugal. Approaching the characteristics of maximalist and minimalist diplomas, it will be tried to demonstrate the current tendency of flexible procedures, as a way to make public procurement more dynamic and based on values such as efficiency and morality.

Keywords: *Public contracting; Fight against corruption; Comparative law.*

Introdução

O presente trabalho é fruto de uma rica experiência vivida em Lisboa, Portugal, em uma semana de acurados estudos acerca de um dos temas mais importantes e instigantes do Direito atualmente: os mecanismos de combate à corrupção na contratação pública.

Os procedimentos de contratação pública são inerentes a todo e qualquer regime jurídico-administrativo. No Brasil, embora desde os tempos remotos já houvesse a existência de normas para as referidas contratações¹, somente com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil é que o tema ganhou o status constitucional.

Nesse novo contexto, tornou-se necessária a elaboração de uma norma infraconstitucional para regulamentar os procedimentos de licitações e contratos no âmbito da administração pública, à luz das novas disposições constitucionais atinentes à matéria.

Historicamente, no Brasil, as reformulações legislativas, popularmente conhecidas como “reformas”, surgem em momentos de crise. Não foi diferente com relação ao sistema brasileiro de contratação pública, pois, somente no ano de 1993 surgiu a Lei n.º 8.666, para instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública.

A referida legislação foi publicada cinco anos após a promulgação da Constituição Federal, em decorrência de um momento de crise, qual seja, uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), conhecida à época como CPI dos Anões do Orçamento, que foi um escândalo de corrupção e acelerou a realização de uma “reforma legislativa” para dar uma resposta à população em meio ao clamor pelo combate à corrupção.

É importante consignar, todavia, que esta tendência de se promover reformas legislativas como forma de combate à corrupção, para promover a redenção nacional diante de um clamor popular, deve ser vista com a devida cautela, sob pena de se incorrer em conduta de viés patrimonialista, com consequências deletérias à Administração Pública.

¹ Relevantes marcos legislativos do regime jurídico de contratação pública no Brasil: Decreto 4.536, de 28/01/1922 (Código de Contabilidade da União); Decreto 15.783, de 08/11/1922 (Regulamento Geral de Contabilidade Pública); Decreto-lei 200, de 25/02/1967; Decreto-lei 2.300, de 21/11/1986.

Após realizar o estudo comparado, em especial na esfera do direito administrativo português, percebe-se que há um movimento de reformulação normativa na área da contratação pública, também em decorrência de um momento de crise experimentado pelo continente europeu, de forma semelhante ao que se vê no Brasil.

Diante de tamanha importância, o tema da corrupção na contratação pública merece um estudo aprofundado, e o presente artigo se propõe a investigar suas causas, analisar os regimes jurídicos brasileiro e português, com as respectivas semelhanças e distinções, e propõe um repensar sobre a contratação pública com a realização de mecanismos de combate à corrupção que sejam eficazes e duradouros.

A evolução legislativa e o combate à corrupção na contratação pública: estudo comparado luso-brasileiro.

Nos regimes jurídicos de contratação pública, é possível observar a existência de duas espécies de diplomas normativos, que retratam a dicotomia entre a regulação legislativa minuciosa e a discricionariedade do administrador público. Muitas vezes, tais valores acabam se encontrando em situação de oposição, gerando o que chamamos de diplomas normativos minimalistas e diplomas normativos maximalistas.

De maneira deveras didática, ROSILHO (2013, p. 30-31) estabelece a distinção entre os referidos diplomas:

Um diploma normativo do tipo minimalista estabeleceria, por exemplo, metas voltadas à concretização dos objetivos acima elencados, eximindo-se de elaborar regras detalhistas e minuciosas para regular o comportamento dos Legislativos e dos agentes públicos. Procurar-se-ia apenas guiá-los para que eles implementassem as diretrizes previstas no plano normativo.

O minimalismo parte da premissa de que a discricionariedade não é uma imperfeição do sistema – algo que precisa, a qualquer custo, ser eliminado –, mas, sim, um importante ingrediente a ser trabalhado pela legislação para que se atinja fins específicos.

O maximalismo, por outro lado, teme a discricionariedade e é, em boa medida, movido por este sentimento. Sua premissa, portanto, é outra: os agentes públicos – ou os Legislativos estaduais e municipais – não são confiáveis, sendo necessário olhá-los de perto; é preciso cercá-los e limitar sua mobilidade.

Para tanto, o maximalismo aposta que as normas devem ser detalhistas, minuciosas e abrangentes, restringindo ao máximo a margem de liberdade daqueles que a elas se submetem. É interessante notar que a supervalorização das regras em detrimento do juízo dos homens reflete, ao mesmo tempo, a valorização do tratamento justo e imparcial e o receio – ou crença – de que não se possa atingi-lo por meio do julgamento dos indivíduos.

Depreende-se, portanto, que os diplomas maximalistas preconizam uma maior necessidade de normas, pressupondo um reduzido grau de confiança no gestor público, que possui uma pequena margem de discricionariedade diante de uma regulamentação minuciosa.

Convém, aqui, estabelecer uma crítica: muitas vezes, os excessivos detalhismos advindos do modelo maximalista acabam dificultando o próprio cumprimento da lei, tornando árdua a consecução do objetivo de uma contratação eficaz e em prol do interesse público.

Em contraposição, temos os diplomas minimalistas, que têm como base uma legislação clara e sucinta, isto é, uma normatização que acaba por garantir um maior dinamismo na contratação pública, simplificando e desburocratizando os procedimentos.

Como consequência, observa-se que, ao contrário do que ocorre nos diplomas maximalistas, o minimalismo confere maior grau de confiança ao gestor, que tem ampliado o seu leque de discricionariedade para a tomada de decisões e escolhas em geral dentro de um procedimento mais simplificado de contratação pública.

O que está em causa nas diretivas europeias de 2014 são: simplificação, desburocratização, flexibilização, fomento à transparência e à boa gestão pública. Tais atributos são fundamentais, mas, não podem ser encarados como sinônimos de desprocedimentalização, uma vez que a existência de um procedimento claro é condição *sine qua non* para a realização de toda e qualquer contratação.

No Brasil, o instituto das licitações públicas foi marcado por um processo de crescente legalização, com uma tendência maximalista que foi crescendo ao longo do tempo e chegou ao auge com a edição da Lei n.º 8.666/93, diploma de teor complexo e abrangente, com cento e vinte e seis artigos que restringem a discricionariedade do administrador público para decidir, concretamente, a melhor forma de contratar.

Como dito anteriormente, e Lei n.º 8.666/93 surgiu como “resposta” do Congresso Nacional Brasileiro aos escândalos de corrupção que assolavam o país à época, sendo verdadeiro afirmar, portanto, que o maximalismo foi abraçado com um discurso de que a corrupção seria melhor combatida com uma lei detalhista, minuciosa e rigorosa.

Passados vinte e cinco anos da publicação da referida lei, percebe-se claramente a ocorrência de consequências deletérias advindas de um diploma legislativo tão complexo. Isso porque, além de causar um verdadeiro “engessamento” da máquina pública diante de procedimentos de extrema complexidade e burocracia, a referida lei não logrou êxito em sua missão de combate à corrupção. Exemplos disso são a crescente e avassaladora quantidade de demandas levadas ao Poder Judiciário envolvendo a contratação pública, a fulminação da competitividade nos certames licitatórios em virtude do excessivo formalismo legal, bem como – não é despidendo registrar – a existência de empresas, envolvidas diretamente na CPI dos Anões do Orçamento (que motivou a “reforma legislativa”) que permaneceram contratando normalmente com o Poder Público e estão atualmente no centro de investigações de corrupção na Operação Lava Jato.

Importante mencionar que o legislador estabeleceu uma série de sanções administrativas para as hipóteses de inexecução contratual, tais como advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. Ocorre que, nem mesmo a existência das referidas sanções se mostrou capaz de inibir as condutas fraudulentas e corruptivas, o que permite concluir que o viés punitivo da legislação, por si só, não se revela suficiente como medida de combate à corrupção.

Ademais, o excessivo rigor legislativo trouxe também como consequências: 1) a majoração dos gastos para a Administração, uma vez que as empresas imbutem em suas propostas contratuais os custos dos procedimentos complexos e burocráticos, acarretando contratações antieconômicas para o Estado; 2) a morosidade na contratação, em virtude das inúmeras fases que compõem o procedimento licitatório e contratual, além da crescente judicialização dos certames, que ocasiona por demasiadas vezes a paralisação ou mesmo a anulação de determinadas fases do procedimento; 3) a restrição da competitividade, tendo em vista que são poucas as empresas capazes de cumprir as rigorosas e extensas exigências previstas na legislação, fazendo

com que haja uma “dominância” de determinadas empresas no mercado de contratação com o Poder Público.

Desta feita, nota-se que a Lei n.º 8.666/93, concebida inicialmente como um diploma normativo que colocaria uma pá de cal na corrupção e revolucionaria as contratações públicas no Brasil, hodiernamente não satisfaz as necessidades da administração pública moderna, que possui a eficiência e os resultados como diretrizes fundamentais e permanentes.

Nesse contexto, Diante das novas necessidades da Administração Pública, bem como de alguns compromissos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil, optou-se por alterar o regime jurídico de contratação pública de forma setorial, isto é, sem a necessidade de promover uma reforma legislativa com a modificação direta e substancial dos dispositivos da Lei n.º 8.666/93.

Essa alteração setorial se deu a partir da criação de leis esparsas sobre a matéria, todas com uma finalidade comum: prestigiar valores como eficiência, economicidade, simplificação dos procedimentos, relativização das formalidades, inversão de fases etc.

Foi criado, então, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC – Lei n.º 12.462/2011), inicialmente com previsão de aplicação exclusiva nas contratações relativas aos Jogos Olímpicos de 2016, à Copa do Mundo de 2014 e aos serviços e obras de infraestrutura de aeroportos. Tal diploma trouxe inúmeras novidades relativas à contratação pública, excepcionando a incidência da Lei n.º 8.666/93.

Caminhando em sentido convergente com as exigências e os valores da administração pública moderna, sobretudo diante dos resultados benéficos que a referida alteração setorial trouxe ao setor público e à sociedade, decidiu-se por ampliar o campo de aplicação do RDC, inicialmente previsto apenas para Olimpíadas, Copa do Mundo e Aeroportos, para outras hipóteses, tais como: 1) obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (incluído pela Lei 12.745/12); 2) obras e serviços de engenharia para construção, ampliação, reforma e administração de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (art. 1.º, VI, da Lei 12.462/11, alterado pela Lei 13.190/15); 3) ações no âmbito da segurança pública (art. 1.º, VII, da Lei 12.462/11, alterado pela Lei 13.190/15); 4) obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística (art. 1.º, VIII, da Lei 12.462/11, alterado pela Lei 13.190/15); 5) contratos de

locação de bens móveis e imóveis (contratos built to suit ou “sob medida ou encomenda”), nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração (arts. 1.º, IX, e 47-A, da Lei 12.462/11, alterado pela Lei 13.190/15); 6) ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação (art. 1.º, X, alterado pela Lei 13.243/16); e 7) obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia (art. 1.º, § 3.º, da Lei 12.462/11, alterado pela Lei 13.190/15).

A considerável ampliação das hipóteses de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas demonstra o êxito da inovação legislativa, não sendo exagero afirmar que muitos dos problemas oriundos do modelo maximalista da Lei n.º 8.666/93 foram solucionados, ou ao menos reduzidos com a roupagem minimalista do RDC, que trouxe, dentre outras vantagens, flexibilidade e permitiu opções variadas para solução adequada em um certame.

Diante de tamanha importância do instituto nas contratações públicas brasileiras, convém aqui trazer à baila suas principais características, a saber: 1) contratação integrada de obras e serviços de engenharia; 2) orçamento sigiloso – o orçamento estimado será disponibilizado apenas aos órgãos de controle, não sendo divulgado aos licitantes (recomendação da OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, visando evitar o colúio entre concorrentes em contratações públicas); 3) pré-qualificação permanente, com a possibilidade de licitações direcionadas à participação exclusiva dos pré-qualificados.

Fica evidente que o sistema brasileiro de contratações públicas, no momento atual, encontra-se num processo de mudança estrutural, rompendo com a visão de que as boas contratações são aquelas decorrentes do estrito cumprimento de regras minuciosas e procedimentos complexos, para instituir um regime pautado na flexibilização e em prol da eficiência, conferindo à administração pública novas e eficazes alternativas para contratar, bem como para combater a corrupção.

Passando agora a analisar como a questão é tratada no âmbito internacional, nota-se que as Diretivas Europeias sobre os contratos públicos, aprovadas no ano de 2014, acompanham a linha minimalista em que se prioriza a flexibilização e a simplificação dos procedimentos de contratação.

Dessa forma, a transposição das Diretivas de 2014 permite aos ordenamentos jurídicos nacionais uma oportunidade de mudança qualitativa nos regimes de contratação pública, sugerindo medidas tendentes a, de um modo geral, conferir eficácia e obter melhores resultados.

A título de exemplo, além da simplificação e a flexibilização dos procedimentos de contratação, as Diretivas trazem outras medidas do gênero, como a ampliação da utilização de meios eletrônicos, o aumento da transparência e o combate à corrupção e os conflitos de interesse.

Neste ponto, importante novamente destacar que a simplificação e flexibilização não podem ser encaradas como sinônimos de desprocedimentalização, uma vez que a existência de um procedimento claro é condição imprescindível para a realização de toda e qualquer contratação.

Percebe-se que há uma tendência mundial no sentido de se romper com a burocracia, pois além de não conferir uma contratação de qualidade, implica em consequências nefastas, como a elevação de gastos públicos, morosidade nos procedimentos – que muitas vezes ocasiona o atendimento ao interesse público a destempo, além de ser ineficaz no combate à corrupção.

Comparando as Diretivas de 2014 com o RDC brasileiro, é possível observar, de fato, uma inclinação para o modelo normativo minimalista, em razão das próprias necessidades do Estado, que não coadunam mais com um sistema maximalista burocrático e sem margem de discricionariedade.

Assim, com a transposição das Diretivas de 2014 para o regime jurídico de contratação pública português, optou-se por realizar uma revisão normativa atinente à matéria. Surgiu, então, o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, procedendo à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e transpõe as Diretivas n.os 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 e a Diretiva n.º 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014.

O novo diploma português passou a vigorar em 1º de janeiro de 2018, e adotou esta nova roupagem de flexibilização e interação da nova dimensão da contratação sustentável, que impõe um repensar a respeito da contratação pública.

As alterações introduzidas pelo novo diploma podem ser elencadas em três grandes grupos, a saber: 1) modificações decorrentes da transposição das diretivas; 2) medidas de simplificação, desburocratização e flexibilização; e 3) medidas de transparência e boa gestão pública.

Analisando as inovações advindas do CCP português, observa-se uma legislação clara, primando por decisões políticas profissionais no que diz respeito à escolha do objeto a ser contratado e, principalmente, prevendo mecanismos de controle e fiscalização do procedimento. Como exemplo de mecanismo de fiscalização, merece destaque a criação da figura do gestor do contrato, com a função de acompanhar permanentemente a execução deste, o que vai ao encontro dos desideratos de eficiência e qualidade na contratação pública.

Procedendo-se ao estudo comparado dos regimes português e brasileiro, é possível constatar uma gama de semelhanças, com o objetivo comum de simplificar a contratação pública e realizar medidas de prevenção e de repressão às práticas corruptivas.

É o que, felizmente, se observa a partir das disposições que prestigiam valores como imparcialidade, proporcionalidade, boa-fé, proteção da confiança, sustentabilidade, responsabilidade, ampla concorrência, publicidade, transparência, igualdade de tratamento, não-discriminação, critérios objetivos de adjudicação, entre tantos outros.

Medidas e valores que conferem proteção ao interesse público, escopo fundamental de toda a atividade do Estado.

Considerações finais

Buscou-se, por meio do presente trabalho, realizar um estudo comparado luso-brasileiro acerca do movimento de reformulação normativa na área da contratação pública, impulsionado pela necessidade de evoluir os mecanismos de combate à corrupção – um mal que pode ser considerado global, pois assola os regimes de contratação em todo o mundo.

O maximalismo, que ganhou força no Brasil sobretudo nos anos 90, hoje apresenta indícios de exaustão, tornando-se um modelo aparentemente superado, pois não logrou êxito nos propósitos para os quais foi concebido: erradicar a corrupção, restaurar a moralidade administrativa e dar uma resposta à população após um momento de grave crise institucional.

O insucesso do maximalismo pode ser explicado pelo fato de que normas extremamente detalhistas, minuciosas, procedimentos burocráticos etc., acabam por restringir a margem de liberdade da administração pública. Como consectário, ocasiona uma verdadeira inversão de valores,

haja vista que a escolha do administrador e o procedimento a ser adotado, por exemplo, devem ser flexibilizados de acordo com a necessidade pública.

Determinadas opções e critérios competem ao gestor, por meio de uma decisão política profissional em cada situação concreta, e não ao legislador de forma fria e abstrata.

No caso do Brasil, o maximalismo, exaltado num momento em que o país enfrentava uma grande crise, acabou supervalorizando as regras e reduzindo a discricionariedade a um patamar mínimo. Inevitavelmente, alterações setoriais tiveram de ser realizadas com o fito de dinamizar o regime de contratação pública, solucionando gradativamente muitos dos problemas advindos do regime maximalista.

Foi assim que o minimalismo começou a ganhar relevo no Brasil, sendo o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) um grande marco representativo desta transição de regimes.

De forma semelhante, e também em decorrência de um momento de crise experimentado pelo continente europeu, Portugal caminha no sentido da flexibilização dos procedimentos de contratação pública, promovendo sua recente alteração do Código de Contratação Pública como transposição das Diretivas Europeias de 2014, e pretigiando valores como imparcialidade, proporcionalidade, boa-fé, proteção da confiança, sustentabilidade, responsabilidade, ampla concorrência, publicidade, transparência, igualdade de tratamento, não-discriminação, critérios objetivos de adjudicação, entre tantos outros.

Vale destacar, ainda como inspiração do minimalismo, a previsão da arbitragem nas Diretivas de 2014 e no CCP português como meio de resolução de litígios que envolvem a matéria, permitindo um julgamento mais rápido e menos oneroso dos conflitos decorrentes da contratação pública.

A arbitragem, além de ser um meio de composição comprovadamente eficaz, simples e célere, desafoga o Poder Judiciário e evita que este acabe por substituir a vontade da administração e dos cidadãos. Espera-se que seja seguido o exemplo lusitano no que tange à arbitragem, ainda muito pouco utilizada no Brasil.

Por fim, deve ser ressaltada e exaltada a gradual mudança de ótica acerca da contratação pública, outrora meramente vista como uma “oportunidade de negócio público” para a Administração, e agora enxergada a partir de um

viés de responsabilidade e sustentabilidade. Esse novo “olhar” é fundamental no combate à corrupção, evitando prejuízos de extrema gravidade – e de difícil reparação – à máquina pública e, sobretudo, à sociedade, destinatária final de todos os serviços públicos.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL, *Lei ordinária nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 20 de janeiro de 2018.
- _____. *Lei ordinária nº 12.462, de 04 de agosto de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em 11 de janeiro de 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- _____; GUIMARÃES PEREIRA, César (Coord). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: Comentários à Lei 12.462 e ao Decreto 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11 .ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- NIEBUHR, Joel Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- ROSILHO, André Janjácómo. *Licitações no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

O compliance como mecanismo de combate à corrupção

compliance as a mechanism for combating corruption

DAVI VALDETARO GOMES CAVALIERI

Resumo: O presente trabalho realiza um estudo comparado de como o instituto *compliance* vem sendo utilizado como mecanismo de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas. Dentro desse contexto, o estudo tem por objetivo demonstrar a importância do referido instrumento e de que forma vem se tornando eficaz na árdua tarefa a que se propõe. Procurou-se abordar o surgimento do *compliance* no âmbito internacional, a maneira como influenciou a criação de legislações ao redor do mundo, e como se deu a implementação no Brasil por meio da Lei Anticorrupção. Foram utilizados os textos legais referentes à matéria, seus contornos e resultados obtidos, a fim de que o estudo possa dar sua contribuição com o fito de enriquecer os debates sobre o tema.

Palavras-chave: *Compliance; Programa de integridade; Combate à corrupção.*

Abstract: The present work performs a comparative study of how the compliance institute has been used as a mechanism to combat corruption in the context of public contracting. Within this context, the study aims to demonstrate the importance of this instrument and how it has become effective in the arduous task it proposes. We sought to address the emergence of international compliance, how it influenced the creation of legislation around the world, and how it was implemented in Brazil through the Anti-Corruption Law. The legal texts related to the subject, its contours and results were used, so that the study can contribute with the purpose of enriching the debates on the subject.

Keywords: *Compliance; Integrity program; Fight against corruption.*

Introdução

Não há dúvida de que a corrupção consiste num grave problema que assola a sociedade mundial, gerando consequências nefastas nas mais diversas searas, além de atingir de maneira frontal a confiança e a credibilidade que a população deposita nas instituições e nos detentores de poder.

Na esfera da contratação pública, muito se discutiu ao longo dos anos acerca de quais mecanismos seriam eficazes na difícil missão de erradicar a corrupção. No Brasil, por exemplo, o início dos anos 90 foi marcado pela consagração do maximalismo, sob o fundamento de que a corrupção seria melhor combatida com uma lei detalhista e minuciosa (ROSILHO, 2013).

Com o passar dos anos, todavia, percebeu-se que o maximalismo não lograra êxito na referida luta. Leis esparsas passaram, então, a ser criadas com o fito de dinamizar e simplificar os procedimentos de contratação pública, numa tendência minimalista convergente com as Diretivas Europeias e com a legislação portuguesa que rege a matéria.

Nesse contexto, surgiu, no Brasil, a Lei Federal nº. 12.846, de 1º de agosto de 2013, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção, que trouxe inúmeras novidades no que tange à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. Tal lei trouxe nova esperança à sociedade, uma vez que o arcabouço legislativo até então existente no país se mostrava incapaz de acabar, ou sequer diminuir o ciclo vicioso da corrupção.

Dentre tais inovações, merece destaque e um estudo acurado um importante mecanismo de combate à corrupção: o *compliance*, instrumento de cooperação entre o setor público e o privado que, se bem aplicados, podem representar uma esperança real para extirpar as práticas ilícitas no âmbito das contratações públicas.

O *compliance* como mecanismo de combate à corrupção

O termo *compliance* pode ser traduzido como conformidade, obediência, cumprimento, adequação. No âmbito empresarial, por conseguinte, relaciona-se à conformidade às normas, às leis e aos regulamentos aplicáveis a uma determinada atividade empresarial, bem como ao que se espera em termos de padrões éticos e morais.

Pode-se conceituar *compliance*, então, como o conjunto de práticas e disciplinas adotadas pelas empresas com o objetivo de alinhar a sua conduta corporativa à observância das normas e das políticas governamentais aplicáveis à respectiva área de atuação. Possui como desiderato a prevenção e a apuração de ilícitos, a partir da criação de estruturas internas e procedimentos de auditoria e incentivos à comunicação de irregularidades, além da elaboração e efetiva aplicação de códigos de ética no ambiente corporativo (COIMBRA, 2010).

Preconiza, portanto, que as empresas possuam um mecanismo de constante monitoramento da conformidade com as normas e os padrões de ética e probidade.

Interessante perceber que, pelo referido instrumento, o particular passa a assumir um papel fundamental no combate às práticas ilícitas, tendo o dever de assumir uma postura pautada na ética e na probidade, o que tempos antes era exigido de forma quase unilateral aos agentes públicos. A responsabilidade, portanto, passa a ser encarada de forma bilateral. Público e privado em sintonia para prevenir e combater a corrupção, numa cooperação mútua para transformar a mentalidade dos atores e, conseqüentemente, o ambiente empresarial.

Aponta-se como marco de surgimento do *compliance*, em âmbito internacional, a edição, em 1977 pelos Estados Unidos da América, da *FCPA – Foreign Corrupt Practices Act*, legislação que passou a exigir das empresas que operam na Bolsa de Valores de Nova York que adotassem um conjunto de regras voltadas a evitar e punir fraudes ligadas a atos de corrupção. A adoção de regras de *compliance* passou então a ter conseqüências jurídicas relevantes para a aplicação das sanções previstas na legislação norteamericana.

A *FCPA*, com o novo regime de combate à corrupção que inaugurou, tornou-se um diploma de forte influência na comunidade internacional, que se viu na obrigação de adotar medidas com o mesmo propósito.

Nesse contexto, surgiu a Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), organização pública internacional criada para promover políticas voltadas para a melhoria das condições econômicas das nações e o bem-estar econômico e social das pessoas.

Dentre as várias contribuições advindas, a referida convenção tratou de exigir a adoção de legislação harmônica sobre a corrupção transnacional,

trazendo, ainda, importantes definições acerca da criminalização da conduta de suborno de funcionários públicos estrangeiros, da responsabilização de pessoas jurídicas, registros contábeis e cooperação judiciária.

Insta mencionar, ainda como marco normativo internacional anticorrupção, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada em 31 de outubro de 2003, contendo medidas de prevenção, educação, recuperação de ativos, integridade no sistema de justiça criminal, entre outras.

Merece destaque, também, a importância dada ao *compliance* na legislação britânica, em especial no *Bribery Act* (UKBA) editado no ano de 2010, considerado uma das leis que possuem maior ênfase e rigor na prevenção e no combate à corrupção

O UKBA estabeleceu que a falha na prevenção de práticas corruptivas será tratada como um ilícito penal, cabendo ao setor privado, portanto, a adoção de medidas preventivas de corrupção na esfera empresarial, sob pena de sanções criminais.

Não se trata, contudo, de um regime de responsabilidade integral, uma vez que o UKBA prevê que a adoção de programa de *compliance* por parte da pessoa jurídica poderá servir como excludente de punibilidade, desde que fique provado que a prática de corrupção se deu de forma isolada e não por falha dos mecanismos de prevenção.

Relativamente ao direito português, pode-se dizer que o Código de Contratos Públicos português implementou o *compliance* quando previu a figura de um gestor do contrato, com a função de acompanhar permanentemente a execução do respectivo ajuste. Isso porque, para fins de realização do programa de integridade, é necessária uma auditoria permanente e dinâmica de todos os aspectos relacionados à contratação pública e sua respectiva execução.

Aderindo ao regime global de proibição da corrupção, o Brasil se tornou signatário dos seguintes compromissos internacionais que exigem a adoção de medidas de combate à corrupção: Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA); Convenção Internacional contra a Corrupção (ONU); a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE).

Em cumprimento aos referidos compromissos firmados, e atendendo ao anseio da sociedade por um padrão de conduta que prime pela ética, pela

moralidade e pela probidade, foi publicada a Lei Anticorrupção, dispendo sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Com esta crescente e visível preocupação em se garantir transparência na gestão, respeito à moralidade administrativa, bem como segurança nas operações envolvendo o Poder Público, algumas medidas foram tomadas no Brasil especialmente com o advento da Lei Anticorrupção, objetivando não somente punir empresas de um modo geral que desvirtuem o pacto com a Administração Pública dentro de um contrato administrativo, mas, sobretudo, estimular os cidadãos e as empresas brasileiras a praticarem atos éticos e probos, seja nas relações eminentemente privadas ou nos ajustes firmados com a Administração Pública.

Dentre tais medidas, é de grande relevo aquela que consiste no ponto nevrálgico do presente trabalho: o *compliance*, consagrado definitivamente pela Lei Anticorrupção como instrumento de promoção da integridade na seara corporativa.

É o que se depreende da leitura do artigo 7º, VIII, do aludido diploma normativo, à medida que estabelece que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica será tida como circunstância atenuante na aplicação de sanções por atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira.

Assim, a Lei Anticorrupção, ao mesmo tempo em que previu a responsabilidade objetiva – em que as absolvições são restritas a casos em que houver quebra do nexa causal (CAPANEMA, 2014); bem como a aplicação de penalidades severas às pessoas jurídicas por atos contra a Administração Pública (nacional ou estrangeira); estabeleceu expressamente o *compliance* como circunstância atenuante na aplicação de sanções às empresas que vierem a praticar algum ato lesivo à Administração, o que pode e deve ser encarado como estímulo para que as pessoas jurídicas em geral abracem e adotem o programa de integridade em sua estrutura interna. Incentiva-se, portanto, a adoção de uma conduta empresarial ética e de combate à corrupção, exaltando o valor da confiança nos negócios jurídicos.

Com efeito, importante consignar que a legislação brasileira, embora tenha conferido notável importância ao *compliance*, tratou-o de forma menos contundente do que em diplomas estrangeiros como o FCPA o UKBA.

Enquanto nestas a adoção de um efetivo programa de *compliance* pode significar a excludente de punibilidade, conforme mencionado anteriormente, na Lei Anticorrupção a previsão é de que a pena da empresa seja apenas atenuada e não excluída.

Ademais, deve-se pontuar que, pelas diretrizes do *compliance*, empresas podem ser responsabilizadas não apenas pela ação de seus funcionários, mas, também, pela conduta de todos os envolvidos em sua cadeia produtiva – parceiros e fornecedores, por exemplo.

Como consectário da adoção e efetiva aplicação do *compliance* no âmbito empresarial, é possível apontar a diminuição das chances de a Administração Pública celebrar contratos com empresas contumazes em condutas delituosas, aumentando-se a probabilidade de a contratação pública ser realizada dentro dos parâmetros de moralidade e eficiência esperados.

Outro efeito que merece ser mencionado é o de se agregar valor imaterial à pessoa jurídica que utiliza o programa de integridade, com um *upgrade* de sua credibilidade perante o mercado. Nos tempos atuais, a Administração Pública e a sociedade em geral não consideram apenas o fator econômico como preponderante na contratação de um serviço ou fornecedor: dão especial enfoque à reputação da empresa com quem celebrarão o negócio jurídico, fator este que dará garantia – ou, ao menos, uma maior confiança – de que os respectivos contratos serão honrados, com menor risco de se incorrer em práticas ilícitas.

Em que pese a previsão do *compliance* na redação original da Lei Anticorrupção, o referido instrumento ainda carecia de uma maior regulamentação, o que veio com a edição do Decreto nº. 8.420/2015, que, em seu artigo 41, prevê que o programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

O parágrafo único do mesmo artigo 41 reza que *o programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.*

Permite-se concluir, a partir da inteligência do dispositivo supracitado, que o *compliance* não consiste num programa de integridade estático, aplicável de forma indistinta a todas as empresas. O instrumento deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos das atividades de cada pessoa jurídica.

Outros aspectos da Lei Anticorrupção são dignos de registro e elogios, como a previsão (artigo 22) da criação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo.

Por sua vez, o artigo 23 do mesmo diploma legislativo prevê a criação do CEIS – Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas, de caráter público, estabelecendo como obrigação dos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo a informação e a manutenção atualizada dos dados relativos às sanções por eles aplicadas.

Observa-se que a preocupação do legislador em tornar efetivo o mecanismo de combate à corrupção, dando ampla publicidade às sanções aplicadas em decorrência dos atos lesivos praticados contra a Administração Pública.

Por outro lado, no ano de 2015, a Controladoria-Geral da União (CGU) implementou o programa Pró-Ética, iniciativa que reconheceu entidades comprometidas com a integridade, a transparência, a prevenção e o combate à corrupção no ambiente corporativo. As empresas selecionadas e aprovadas no programa, elogiado pela OCDE, passaram a contar com uma série de benefícios: reconhecimento público de comprometimento de prevenção e combate à corrupção; publicidade positiva para a empresa, com o uso da marca do Pró-Ética; e avaliação do programa de integridade, com análise detalhada das medidas implementadas.

O Pró-Ética, de acordo com a CGU, resulta da conjugação de esforços entre os setores público e privado para promover no país um ambiente corporativo mais íntegro, ético e transparente. Procura-se fomentar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas que, independentemente do porte e do ramo de atuação, mostram-se comprometidas em implementar medidas voltadas para a prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude.

Iniciativas como esta retratam o mencionado efeito imaterial do *compliance*, de certificação das empresas que o adotarem, o que impacta diretamente na imagem da pessoa jurídica e lhe confere maior credibilidade perante o mercado.

Seguindo essa tônica de incentivo ao *compliance*, merece ser registrado que, em 16 de novembro de 2017, entrou em vigor, no Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº. 7.753/2017, que dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação de programas de integridade em empresas que firmarem contratos de um modo geral com a Administração Pública.

Além de impor às contratantes a adoção do referido Programa, a referida lei estabelece uma série de medidas que visam proteger a Administração direta, indireta e fundacional contra prejuízos financeiros, dificultar a corrupção, conferir maior transparência aos processos e aperfeiçoar as licitações.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, que ao longo do tempo padeceu diante de graves escândalos de corrupção, o *compliance* se tornou um instrumento obrigatório nas empresas que firmarem contratos com o Poder Público, fato que evidencia o crescimento e a importância dos programas de integridade no cenário brasileiro atual.

Já na esfera federal, recentemente foi editado o Decreto nº. 9.203/2017, que normatizou a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Ao estabelecer mecanismos para o exercício da governança pública, reputou ser imprescindível a liderança do gestor público, definida como um conjunto de práticas de natureza humana pautado em valores como motivação e responsabilidade.

Além disso, o referido Decreto estabelece que os órgãos e as entidades da administração direta deverão instituir uma política de gerenciamento de riscos – conceito moderno de gestão pública que garante à instituição o atingimento de seus objetivos da forma mais eficaz, foco principal de uma boa governança.

A norma, ainda, elencou expressamente em seu artigo 3º a integridade e a confiabilidade como princípios da governança pública.

A partir dos exemplos mencionados, fica claro que o *compliance* é uma realidade mundial, e a tendência é de que se torne um instrumento de utilização obrigatória, transformando definitivamente a visão e a postura dos agentes públicos e privados, numa mútua cooperação em busca de uma finalidade comum: erradicar a corrupção.

Considerações finais

O princípio da moralidade administrativa, valor expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, exige que a atividade estatal esteja necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.

O combate à corrupção, logicamente, está diretamente ligado ao desiderato de prestigiar e dar efetividade ao mencionado princípio constitucional. Para dar efetividade à moralidade administrativa, aos compromissos internacionais firmados, e atendendo ao anseio de uma sociedade já exausta de tantos problemas, foi publicada a Lei Anticorrupção, que representou um divisor de águas ao consagrar o *compliance* como mecanismo de combate à corrupção em âmbito nacional.

Diante das reflexões expendidas ao longo do presente trabalho, ficou demonstrada a verdadeira transformação provocada pela instituição do *compliance* no âmbito das relações entre os setores público e privado. Antes em lados opostos, agora os particulares e a Administração pública assumem, conjuntamente, o protagonismo no combate à corrupção, proporcionando um salutar e permanente diálogo na persecução de um fim comum: a probidade na prestação do serviço público.

O *compliance* deve ser encarado como um verdadeiro compromisso social dos atores envolvidos em prol da moralidade administrativa e da prestação de um serviço público de excelência. De igual forma, deve ser visto sob um ponto de vista pedagógico, que influencia as novas gerações a seguirem um perfil pautado em valores de ética e integridade. A educação é algo que transforma e traz frutos indelévels para a sociedade a curto, médio e longo prazo.

Os resultados obtidos até o momento são animadores. É esperançosa a constatação do número crescente de empresas a implementarem programas de integridade em seu âmbito corporativo, pois, além de demonstrar a evolução trazida pela Lei Anticorrupção no comportamento do empresário – agora com papel de protagonismo na promoção da moralidade, indica que o setor privado não mais enxerga a corrupção como algo vantajoso.

Referências

- BRASIL. *Lei ordinária nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.
- _____. *Lei ordinária nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 20 de janeiro de 2018.
- _____. *Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em 22 de janeiro de 2018.
- _____. TCU. Tribunal de contas da União. *Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública*. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24F0A728E014F0B34D331418D>. Acesso em 02 de fevereiro de 2018.
- CAPANEMA, Renato de Oliveira. *Inovações de Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. *Ensaio Avançado de Controle Interno: profissionalização e responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CLAYTON, Mona. *Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance anticorrupção em um país emergente*. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MAEDA, B. *Programas de Compliance Anticorrupção: importancia e elementos essenciais*. In: Del Debbio, A., Carneiro Maeda, B. e da Silva Ayres, C. (coord.), *Temas de Anticorrupção & Compliances*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RIO DE JANEIRO. *Lei Estadual nº 7.753, de 17 de outubro de 2017*. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/wwwalerj.nsf/pages/principal>>. Acesso em 31 de janeiro de 2018.

ROSILHO, André Janjácómo. *Licitações no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA, Renee do Ó; LIMA, Rogério Sanches de. *Compliance como instrumento de combate à corrupção*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5193, 19 set. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60506>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

O fim do foro privilegiado como medida de efetivo combate à corrupção no Brasil

The end of the privileged jurisdiction as an effective measure combating corruption in Brazil

ROSANO AUGUSTO KAMMERS

Resumo: O quadro de corrupção sistêmica revelado pela Operação Lava Jato mexeu com o cidadão brasileiro. O ambiente de geral indignação impulsionou a sociedade brasileira, até então adormecida, a participar ativamente do controle e combate à corrupção, inclusive para exigir mudanças legislativas visando aperfeiçoar o ineficiente sistema de persecução penal no país. Uma dessas medidas demandadas é o fim do foro privilegiado. O brasileiro não mais admite que autoridades públicas, quando processadas por crimes de corrupção, tenham tratamento judicial diferente ao dispensando a qualquer outro cidadão comum. A Constituição Federal de 1988 foi pródiga na previsão de agentes públicos com foro especial, desnaturando o real objetivo do instituto que é assegurar a independência de órgãos públicos e o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes. Nesse contexto, e em resposta aos anseios da sociedade que associam o foro privilegiado à impunidade, uma Proposta de Emenda à Constituição que limita drasticamente o foro especial apenas aos chefes máximos de cada um dos Poderes da República foi desengavetada na Câmara dos Deputados, com grandes chances de aprovação. Paralelamente, não por acaso, o Supremo Tribunal Federal está revendo sua posição quanto ao tema, propondo uma nova interpretação restritiva para não mais abranger a plenitude dos crimes praticados pelos agentes públicos. A reforma constitucional que diminui o rol de agentes públicos com foro especial, somado à nova interpretação restritiva da Suprema Corte, caso se confirmem, significará importante evolução do sistema jurídico brasileiro na luta contra a corrupção.

Palavras-chave: *Foro privilegiado; impunidade; corrupção.*

Abstract: The systemic corruption revealed by Operation Lava Jato moved with the Brazilian citizen. The atmosphere of general indignation has boosted the Brazilian society, until then dormant, to actively participate in the control and fight against corruption, including to demand legislative changes aimed at perfecting the inefficient system of criminal prosecution in the country. One of these measures is the end of the privileged jurisdiction. The Brazilian no longer admits that public authorities, when prosecuted for crimes of corruption, have different judicial treatment than by dismissing any other ordinary citizen. The Federal Constitution of 1988 was lavish in predicting public agents with special jurisdiction, denigrating the real purpose of the institute, which is to ensure the independence of public bodies and the free exercise of constitutionally relevant posts. In this context, and in response to the wishes of society associating the privileged jurisdiction with impunity, a Proposed Amendment to the Constitution that drastically limits the special jurisdiction only to the highest heads of each of the Powers of the Republic has been desecrated in the Chamber of Deputies, with large chances of approval. At the same time, it is no coincidence that the Federal Supreme Court is reviewing its position on this issue, proposing a new restrictive interpretation to no longer cover the full extent of the crimes committed by public agents. The constitutional reform that reduces the role of public agents with special jurisdiction, added to the new restrictive interpretation of the Supreme Court, if confirmed, will mean important evolution of the Brazilian legal system in the fight against corruption.

Key words: *Privileged jurisdiction; impunity; corruption.*

1. Introdução

O Brasil vive, além da crise econômica, uma profunda crise ética e moral. A Operação Lava Jato, ainda em curso, revelou um quadro de corrupção sistêmica em nosso país, instalada nas entranhas do poder político constituído e financiada por grandes empreiteiras. Tudo isso afetou a autoestima do cidadão brasileiro, mas também provocou no seio da sociedade um salutar envolvimento no controle e combate à corrupção.

Nesse contexto de indignação, e porque trazido à tona um sistema de investigação e de combate à corrupção ineficiente¹, muitas sugestões de

¹ A Operação Lava Jato parece constituir-se verdadeira exceção na história brasileira de combate à corrupção, exceção que vem confirmar a regra.

alterações legislativas visando afastar a sombra da impunidade emergiram das redes sociais e dos próprios órgãos oficiais de persecução criminal. Uma dessas medidas propugnadas é o fim do foro por prerrogativa de função, também chamado de foro privilegiado. O brasileiro não mais admite que autoridades que exercem mandato ou cargo público, de forma geral, tenham tratamento judicial diferente ao dispensando a qualquer outro cidadão comum.

Segundo estimativas feitas pela Procuradoria-Geral da República, cerca de 70% das ações que tramitam hoje no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça envolvendo autoridades com prerrogativa de foro referem-se à apuração de crimes relacionados à prática de corrupção. Desses, segundo as estatísticas, menos de 10% têm efetiva condenação judicial (Dallagnol, 2017).

Nesse pequeno trabalho, veremos os reais fatores que causam essa sensação de impunidade. Será abordada ainda a Proposta de Emenda à Constituição em trâmite na Câmara dos Deputados que objetiva limitar a prerrogativa de foro apenas aos chefes máximos de cada um dos três Poderes da República, bem como a nova interpretação que está sendo gestada no Supremo Tribunal Federal que restringe a aplicação do foro privilegiado aos crimes cometidos no cargo e em razão do cargo ocupado pelo agente público. A possível alteração do texto constitucional pelo Congresso Nacional e a iminente interpretação restritiva da Corte Constitucional, conjugadas, darão novos contornos ao foro por prerrogativa de função, o que poderá contribuir na diminuição da sensação de impunidade na apuração dos crimes de corrupção praticados por agentes públicos.

2. Foro por prerrogativa de função: atual configuração no sistema jurídico brasileiro

O foro por prerrogativa de função, como sabido, é um mecanismo pelo qual se altera a competência penal natural sobre ações contra certas autoridades públicas, nos casos estabelecidos expressamente na Constituição Federal. Ou seja, uma ação penal contra uma autoridade pública é processada e julgada originariamente por tribunais inferiores (ou de 2º grau), tribunais superiores ou, até mesmo, pelo Supremo Tribunal Federal, diferentemente do cidadão comum que é julgado pela justiça comum de primeiro grau.

Embora o foro por prerrogativa de função dispense, por definição, tratamento diferenciado a pessoas, quebrando o princípio geral de que todos são iguais perante a lei, ele existe para assegurar a independência de órgãos públicos e o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes. Como é do interesse público que ninguém seja perseguido pela justiça por estar em determinada função pública, considera-se melhor que algumas autoridades sejam julgadas pelos órgãos superiores da justiça, tidos como mais independentes. O Supremo Tribunal Federal, guardião maior da nossa Constituição Federal, já decidiu que “*a prerrogativa de foro, prevista em norma a encerrar direito estrito, visa a beneficiar não a pessoa, mas o cargo ocupado*” (STF, HC 88.536, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 25-9-2007).

A Constituição de 1988 previu, no entanto, um conjunto expressivo de agentes públicos agraciados com o foro por prerrogativa de função. São vários os dispositivos espalhados no texto constitucional, sendo exemplos: a) o art. 102, I, ‘a’ e ‘b’ estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal “*processar e julgar, originariamente, (...) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República*”, bem como, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, “*os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente*”; b) o art. 53, §1º prevê que “*os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal*”; c) o art. 105, I, ‘a’ prevê que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, “*nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais*”; d) o art. 29, X, prevê “*o julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça*”; e) o art. 108, I, ‘a’ determina que compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente “*os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral*”; f) o art. 96, III, reza que compete aos Tribunais de Justiça “*julgar*

os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”.

Ou seja, a Carta Magna brasileira foi pródiga nas previsões do foro por prerrogativa de função. Uma análise superficial é suficiente para concluirmos que perante o Supremo Tribunal Federal são processados e julgados pelo menos 867 agentes políticos: o Presidente da República, o Vice-Presidente, 513 Deputados Federais, 81 Senadores, os atuais 31 Ministros de Estado, os 3 Comandantes militares, 90 Ministros de tribunais superiores, 9 membros do Tribunal de Contas da União e 138 chefes de missão diplomática de caráter permanente. Já perante o Superior Tribunal de Justiça são processadas e julgadas mais de 2.500 autoridades, incluindo governadores, conselheiros dos tribunais de contas estaduais e municipais e membros dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Eleitorais. Ainda, existem pelo menos 30.000 autoridades, entre as quais juízes e membros do Ministério Público, que são processadas e julgadas originariamente nos cinco Tribunais Regionais Federais e nos vinte e sete Tribunais de Justiça espelhados pelo Brasil. No total, e apenas considerando as previsões da Constituição Federal, estima-se que cerca de 37.000 autoridades detenham a prerrogativa de foro em nosso país.

No voto preferido pelo Ministro Relator da Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ, Luís Roberto Barroso explica com precisão que *“tamanho extensão do foro por prerrogativa de função não encontra paralelo nem na história constitucional brasileira, nem no Direito Comparado. No Brasil, ainda que a prerrogativa tenha sido prevista em todas as Constituições anteriores, o número de autoridades beneficiadas inicialmente era muito reduzido, tendo sido progressivamente ampliado até chegar ao rol atual. (...) Ademais, não há, no Direito Comparado, nenhuma democracia consolidada que consagre a prerrogativa de foro com abrangência comparável à brasileira. No Reino Unido, na Alemanha, nos Estados Unidos e no Canadá a prerrogativa de função sequer existe. Entre os países com foro privilegiado, a maioria o institui para um rol reduzido de autoridades. Na Itália, a prerrogativa de foro se aplica somente ao Presidente da República. Na França, o foro especial é instituído apenas para os membros do governo (os Ministros e secretários de Estado). Em Portugal, são três as autoridades que detêm foro privilegiado: o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro”.*

Mas não é só isso. Além da extensão subjetiva (como dito acima, mais de 37.000 agentes públicos são processados e julgados originariamente por tribunais), o foro por prerrogativa de função no Brasil, conforme entendimento vigente no Supremo Tribunal Federal, abrange a plenitude dos ilícitos praticados pelo agente público. Dessa forma, mesmo que a ação penal se refira a fatos anteriores à diplomação ou investidura da autoridade pública, ou, embora no decorrer temporal do exercício da sua função pública, se o crime a ele imputado não tenha qualquer conexão com as funções desempenhadas, o agente público ainda gozará do foro privilegiado.

No Direito Comparado, porém, os países que instituem a prerrogativa de foro, em regra, o fazem apenas quanto a atos ilícitos praticados por autoridades “no exercício de suas funções”, como é o caso de Portugal, França e Holanda. *“Ao considerar os desenhos institucionais e sistemas normativos adotados em diversos países, é possível identificar com maior clareza as inconsistências e problemas na esfera nacional”* (Barroso, 2017).

Essa atual configuração do foro por prerrogativa de função no Brasil – demasiadamente extensiva tanto subjetiva como materialmente – provoca efeitos perversos nos tribunais pátrios e, pior, desfigura o seu principal objetivo que é proteger a função pública.

3. Problemas práticos que decorrem da atual configuração do foro privilegiado no Brasil. Análise do Supremo Tribunal Federal: excesso de processos de instrução que inviabilizam a sua atuação e cultura da impunidade

O expressivo número de autoridades públicas sendo julgadas originariamente por crimes de corrupção no Supremo Tribunal Federal, o que é algo recente no Brasil (lembrando que apenas a partir da Emenda Constitucional nº 35, de 2001, deixou-se de condicionar as ações penais ofertadas contra parlamentares à prévia autorização da casa legislativa), evidenciou graves problemas de ordem prática.

Por exemplo, o julgamento do Mensalão (Ação Penal 470), em que a maioria das 38 autoridades investigadas possuíam foro privilegiado, ocupou o Supremo Tribunal Federal por 69 sessões. O processamento dessa ação penal praticamente travou a Suprema Corte por quase um ano, interrompendo

o fluxo e julgamento de outros processos também relevantes para a nação brasileira (Villa, 2012).

Dados contidos no voto preferido pelo Ministro Relator da Questão de Ordem na Ação Penal 937 demonstram que “tramitam atualmente perante o Supremo mais de 500 processos contra agentes políticos (435 inquéritos e 101 ações penais). Com as operações em curso, em especial a Lava Jato, estima-se que o número de autoridades sob investigação ou respondendo a ação penal perante o STF irá aumentar expressivamente. No entanto, segundo recente estudo “Supremo em Números”, produzido pela FGV do Rio de Janeiro, desde 2007, o número de processos novos tem sido sempre superior ao de processos encerrados: ou seja, a cada ano, o STF sequer tem sido capaz de ‘vencer’ a distribuição”.

Trata-se de uma bola de neve que não pára de crescer, evidenciando que a interpretação ampliativa do Supremo Tribunal Federal sobre o foro por prerrogativa de função – que o aplica a todos os crimes perpetrados por autoridades públicas, mesmo os anteriores à diplomação ou investidura, ou mesmo se desconexos com a função exercida – tende a tornar o sistema disfuncional. Vejamos os principais problemas detectados:

- a) a atual configuração distancia os tribunais pátrios de seu verdadeiro papel que é o de firmar teses jurídicas. Os tribunais inferiores (ou de 2º grau), os tribunais superiores ou, até mesmo, o Supremo Tribunal Federal, não estão preparados para julgamento de fatos e provas. Como sabido, são os órgãos judiciários de primeiro grau que estão mais próximos dos fatos, e por isso, têm em sua rotina ordinária a colheita de provas;
- b) por consequência direta do problema anterior, o extenso do rol de agentes públicos com foro privilegiado contribui para a ineficiência do sistema de justiça criminal. Os tribunais, já congestionados de processos, não conseguem imprimir a mesma eficiência e agilidade no julgamento de crimes como os juízos de primeiro grau. Não por outro motivo, segundo o “*V Relatório Supremo em Números*” emitido pela Fundação Getúlio Vargas, em 2 de cada 3 ações penais o mérito da acusação sequer chega a ser avaliado pelo Supremo Tribunal Federal, em razão ou do declínio de competência (63,6% das decisões) ou da prescrição da pretensão punitiva (4,7% das decisões);

- c) outro problema do atual entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal acerca da prerrogativa de foro são as frequentes modificações de competências. Consoante estudo da Fundação Getúlio Vargas, menos de 6% das ações penais que terminaram no Supremo Tribunal Federal resultam de inquéritos iniciados na Corte. Ou seja, na quase totalidade dos casos, ou os processos se iniciam em outra instância e, vindo o réu a ocupar cargo com foro perante o STF, a competência se desloca para esta Casa. Ou, na hipótese inversa, sendo o réu, por exemplo, parlamentar, não vindo a se reeleger ou vindo a se eleger a cargo sem foro no Supremo, a competência deixa de ser do STF e passa a ser de outra instância. Esse ‘vai-e-vem’ de instâncias possibilita, inclusive, manipulações de competência de julgamento pelos próprios acusados, conforme possam entender mais oportuno (seja para escapar de determinado juízo, seja para escolher um novo juízo), frustrando a aplicação do direito e induzindo muitas vezes a ocorrência de prescrição.

Esses problemas práticos criam uma indesejada sensação de impunidade, que sabemos ser uma das condições que favorecem o cometimento de corrupção no Brasil.

4. Proposta de Emenda Constitucional que limita o foro por prerrogativa de foro aos chefes máximos de cada um dos Poderes da República

Atento ao clamor da sociedade brasileira, de total intolerância à impunidade nos crimes de corrupção praticados por agentes públicos, o Congresso Nacional não ficou inerte. Embora com muitos de seus parlamentares sendo objeto de investigação, conforme as recentes fases da Operação Lava Jato, a Câmara dos Deputados não pôde ficar alheia e em resposta concreta à sociedade desengavetou uma Proposta de Emenda à Constituição que visa limitar o foro por prerrogativa de função apenas aos chefes máximos de cada um dos três Poderes da República.

No dia 22 de novembro de 2017, através da sua Comissão de Constituição e Justiça, a Câmara aprovou a admissibilidade da PEC nº 333/17, que extingue

de forma geral o foro privilegiado para os crimes comuns². Segundo o texto da PEC, o foro privilegiado será mantido apenas para os chefes máximos de cada um dos Poderes da República, quais sejam, o Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Sem dúvidas, o momento de crise das Instituições no Brasil, e de crises ética e moral, somado ao forte clima de indignação e de luta da sociedade contra a histórica impunidade nos casos de crime de corrupção, oportunizaram um ambiente de possível alteração da Constituição Federal, para diminuir drasticamente os casos de prerrogativa de foro. Algo que há pouco tempo não imaginávamos.

Bem por isso o Relator da PEC na Comissão de Constituição e Justiça, Deputado Federal Efraim Filho, consignou no seu relatório o clamor social por mudanças legislativas objetivando combater a impunidade: *“O foro por prerrogativa de função, popularmente chamado de foro privilegiado, é um verdadeiro resquício aristocrático que ainda permanece na nossa Constituição Federal. Se de um lado há o crescente clamor social pelo combate à corrupção, de outro temos um sistema desigual entre as autoridades e os cidadãos comuns desprovidos de prerrogativas. Essa seletividade só transmite à sociedade uma mensagem: a de impunidade”*.

Sabemos que ainda há um longo caminho da PEC nº 333/17 na Câmara dos Deputados. A proposta terá que ser analisada por comissão especial, que foi criada especificamente com essa finalidade. Depois, ao total alvedrio da Câmara dos Deputados, o plenário votará a matéria em dois turnos, sendo necessários 308 votos (3/5 dos 513 deputados) em cada um deles. Por se tratar de uma emenda à Constituição, havendo qualquer modificação do texto que hoje está na Câmara, a PEC terá ainda que voltar para o Senado Federal e passar novamente por duas votações.

Mas já é um grande avanço. Sendo aprovada a PEC nº 333/17, em sua redação original, o foro por prerrogativa de função ficará restrito apenas às cinco autoridades dos 3 Poderes da República: o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

² A PEC nº 333/17: “Altera os arts. 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função no caso dos crimes comuns, e revoga o inciso X do art. 29 e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal”.

Por consequência, caso alterada a norma constitucional nos termos propugnados, muitos problemas práticos relatados no item retro restarão superados, o que contribuirá para diminuir a sensação de impunidade, e ainda imprimirá maior eficiência no sistema de justiça criminal brasileiro.

5. O julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ: o Supremo Tribunal construindo uma nova interpretação (restritiva)

Tramita atualmente no Supremo Tribunal Federal a Ação Penal 937, na qual se apura a prática do crime de captação ilícita de sufrágio (corrupção eleitoral, prevista no art. 299 do Código Eleitoral) cometido por Marcos da Rocha Mendes, então candidato à prefeito de Cabo Frio, nas eleições de 2008.

Trata-se de caso emblemático que escancara a ineficiência do sistema de justiça criminal nos casos de apuração e julgamento de fatos criminosos praticados por agentes públicos com prerrogativa de foro.

Conforme a instrução do processo, o suposto delito teria sido cometido em 2008, quando o acusado disputou a prefeitura do município fluminense. Eleito prefeito, o caso começou a ser julgado no Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (órgão de segundo grau da Justiça Eleitoral), onde a denúncia foi recebida em 2013. Com o encerramento do mandato à frente da chefia do Executivo local, o caso foi encaminhado para a primeira instância da Justiça Eleitoral. Em 2015, como o acusado era o primeiro suplente de Deputado Federal de seu partido, passou a exercer o mandato diante do afastamento dos Deputados Federais eleitos, o que levou à remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal. Em setembro de 2016, o acusado foi efetivado em virtude da perda de mandato do titular, mas após sua eleição novamente para a Prefeitura do mesmo município, também no ano 2016, ele renunciou ao mandato de parlamentar, em janeiro de 2017, momento em que o processo já estava liberado para ser julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, as sucessivas declinações de competência – de uma instância para outra, ora subindo, ora descendo – estão próximas de gerar a prescrição da pretensão punitiva no caso concreto, frustrando a realização da lei penal. Perplexo com a situação do processo, o Ministro Luís Roberto Barroso,

relator da ação penal, entendeu por bem afetar o caso ao Plenário do STF, e suscitou *Questão de Ordem* para que o Supremo Tribunal analisasse a possibilidade de conferir interpretação nova interpretação restritiva às normas que estabelecem as hipóteses de foro privilegiado, de modo a limitar sua competência aos crimes cometidos pelos agentes públicos apenas *no cargo e em razão do cargo*. Na mesma linha de raciocínio pragmático, buscando uma maior eficiência do sistema, o Ministro propôs que a competência deva se tornar definitiva após o final da instrução processual, de modo que o órgão julgador não fosse mais afetado por eventual mudança no cargo ocupado pelo agente público acusado.

Do voto do Ministro Relator da Ação Penal 937/RJ, possível apontarmos as principais razões jurídicas que fundamentam a necessidade/oportunidade de revisão do entendimento da Suprema Corte quanto à matéria, como adiante.

Primeiro: “a atual conformação do foro por prerrogativa de função constitui uma violação aos princípios da igualdade e da república, conferindo um privilégio a um número enorme de autoridades sem fundamento razoável”. De fato, a extensão desmedida de autoridades com o foro especial demonstra *per se* a irracionalidade do sistema atual, e evidencia discriminação arbitrária e privilégios para os agentes públicos que cometem infrações penais, atentando contra o princípio da igualdade que está previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Também o princípio republicano resta agredido com a atual interpretação do STF sobre o tema. A experiência demonstra que, na prática, os acusados com foro têm mais chances de não serem responsabilizados pelos atos praticados, seja pela não *expertise* do tribunal julgador, seja pelos desafios temporais do julgamento por órgão colegiado (possibilidade de pedido de vistas sucessivas durante a sessão de julgamento, tanto para recebimento da denúncia como para proferir a decisão de mérito), seja pelo sobe-e-desce do processo em várias instâncias, o que aumenta as chances concretas de prescrição do direito de punir.

Segundo: a amplitude do foro por prerrogativa de função, nos termos da sua atual configuração, abarrotava os tribunais do país e dificulta a aplicação da lei penal, malferindo o princípio da eficiência e contribuindo para a sensação de impunidade.

Terceiro: a clássica diretriz hermenêutica de interpretação restritiva das exceções induz concluir que as normas constitucionais que excepcionem os princípios já mencionados devem ser interpretadas sempre de forma

restritiva. O Supremo Tribunal Federal já adotou interpretação com viés restritivo – nessa mesma matéria de foro privilegiado – quando do julgamento que culminou com o cancelamento da Súmula 394, e passou a entender que após a cessação do exercício do cargo que conferia a seu ocupante o foro privilegiado cessa igualmente a competência da Corte Suprema para o julgamento.

Quarto: *“parece claro que se o foro privilegiado pretende ser, de fato, um instrumento para garantir o livre exercício de certas funções públicas, e não para acobertar a pessoa ocupante do cargo, não faz sentido estendê-lo aos crimes cometidos antes da investidura nesse cargo e aos que, cometidos após a investidura, sejam estranhos ao exercício de suas funções”*. De fato, não é razoável que todos os crimes praticados por autoridade pública impliquem no reconhecimento da necessidade de julgamento por tribunal, escapando o acusado da competência criminal ordinária. Se o objetivo é proteger o cargo, fatos anteriores ou desconexos à atividade funcional não podem dar azo ao reconhecimento do foro especial. Quanto à necessidade de conexão direta dos fatos apurados com o cargo exercido pela autoridade, o Supremo Tribunal Federal, quando analisou caso envolvendo a caracterização da imunidade material de parlamentares³, entendeu a necessidade de demonstração da relação causal. É coerente, pois, aplicar para a prerrogativa de foro a mesma exigência de relação de causalidade que vale para as demais imunidades: a conexão do crime imputado com o exercício da função. Embora não seja requisito textual na Constituição, é requisito inerente à prerrogativa institucional, necessário para legitimar o regime especial.

Quinto: o atual sistema descumpra o dever geral do duplo grau de jurisdição nos casos de autoridades com foro especial no Supremo Tribunal Federal. Embora sabemos que o próprio Supremo Tribunal Federal entende que essa garantia constitucional não tenha caráter absoluto, o fato de tornar regra o que deveria ser exceção – pelo extensivo rol de autoridades que têm foro privilegiado no STF – enfraquece o argumento da excepcionalidade.

Sexto: além da interpretação restritiva para configuração do foro por prerrogativa de foro, imprescindível também seja estabelecido um marco que fixe o fim da instrução processual, para que após a conclusão

³ Art. 53, caput, da CF: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões”.

da instrução, a alteração da situação funcional do acusado (por exemplo: perda do cargo, renúncia, ou assunção de outro cargo com foro especial diverso) não interfira mais no órgão competente para julgamento. Como já mencionado, as estatísticas demonstram que o foro por prerrogativa de função produz sucessivas mudanças de competência ao longo da tramitação do processo. Não parece razoável deixar ao alvedrio do acusado essas definições de competência. Sugere o Ministro Luís Roberto Barroso seja definido como marco temporal a *'publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais'*, pois, segundo alega, essa definição, além de objetiva (que afasta interferência do acusado), *"privilegia, em maior extensão, o princípio da identidade física do juiz, ao valorizar o contato do magistrado julgador com as provas produzidas na ação penal"* (Barroso, 2017).

Considerando as razões jurídico-fáticas acima, entendeu o Ministro Roberto Barroso que a interpretação até então adotada pelo Supremo acerca do foro privilegiado, além dos problemas de ordem prática, infringem diversos princípios constitucionais e contribuem para agravar a situação já crítica do próprio Supremo Tribunal Federal. Por isso, defendeu o Relator em seu voto, melhor seja adotada interpretação restritiva das normas que preveem o foro por prerrogativa de função.

Nesse sentido, propôs resolver a Questão de Ordem com a fixação das seguintes teses: (i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo".

A presente questão de ordem foi submetida ao plenário do Supremo e discutida em 2 sessões. Na sessão mais recente, realizada em 23 de novembro passado, após a colheita de votos, o julgamento restou suspenso em razão de pedido de vistas formulado pelo Ministro Dias Toffoli. De todo modo, até o momento, seis ministros da Corte já acompanharam o integralmente o Relator, e o Ministro Alexandre de Moraes divergiu só parcialmente, segundo seu voto, *"o foro deve valer para crimes praticados no exercício do cargo, mas alcançando todas as infrações penais comuns, independentemente de se relacionarem ou não com as funções do mandato"*.

Em resumo, embora remanescendo ainda três votos para a conclusão do julgamento da questão de ordem, a maioria do Supremo Tribunal Federal já se formou, com oito votos favoráveis à nova interpretação restritiva das normas constitucionais que versam sobre o foro por prerrogativa de função.

6. Conclusão

A participação da sociedade brasileira no combate à impunidade, e como consequência no controle e combate à corrupção, constitui fator determinante para o processo de aperfeiçoamento do sistema de justiça criminal no país. O foro privilegiado, que historicamente mostrou-se como escudo protetor na aplicação da lei penal contra os agentes públicos corruptos, está próximo do seu fim.

A excessiva amplitude subjetiva prevista na Constituição Federal de 1988, com mais de 37.000 autoridades contempladas com o foro especial, e a atual interpretação vigente no Supremo Tribunal Federal sobre o foro por prerrogativa de função, causaram juntas uma série de problemas práticos e demonstraram que sua aplicação descumpra valores e princípios constitucionais, como a igualdade, república, moralidade e eficiência.

Atento a essas distorções, e porque movido pela opinião pública, o Congresso Nacional está discutindo Proposta de Emenda Constitucional que alterará o rol dos agentes públicos com prerrogativa de foro, restringindo apenas aos chefes máximos de cada um dos Poderes da República. Paralelamente à discussão no Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal está revendo sua posição quanto ao tema, propondo interpretar restritivamente as normas constitucionais que preveem os casos de foro privilegiado apenas aos crimes cometidos no cargo e em razão do cargo ocupado pelo agente público.

Estamos próximos de um grande avanço. A iminente alteração na norma constitucional pelo Congresso Nacional, e a nova interpretação restritiva da Suprema Corte, conjugados, darão novos contornos ao foro por prerrogativa de função no Brasil e, enfim, ele será uma exceção à regra.

Referências

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de janeiro de 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus nº 88.536/GO*, da 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, julgado em 25/9/2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 937/RJ*, da 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, Brasília, julgado em 23/11/2017.
- DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.
- FALCÃO, Joaquim [et al.]. *V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, retirado do voto do Ministro Relator na *Ação Penal 937/RJ*.
- LARCHER, Marcelo. *CCJ dá início à tramitação da PEC que acaba com foro privilegiado*. Agência Câmara Notícias. Brasília. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/549554-CCJ-DA-INICIO-A-TRAMITACAO-DA-PEC-QUE-ACABA-COM-FORO-PRIVILEGIADO.html>. Acesso em 18 de janeiro de 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- VILLA, Marco Antonio. *Mensalão: o julgamento do maior caso de corrupção da história política brasileira*. 1ª Ed. São Paulo: Leya, 2012.

Ressarcimento integral à administração como forma de combate à corrupção em licitação

Comprehensive reimbursement of the administration as a form of combating corruption in bidding process

DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS¹
MARTA FREIRE DE BARROS REFUNDINI²

Resumo: O artigo apresenta a atuação da Administração no combate à prática anticoncorrencial de participantes de licitação pública, consistente no conluio com outros concorrentes para fraudar processo licitatório, com violação do princípio da isonomia, de maneira a iludir a Administração que contrata obras ou serviços à revelia do procedimento legal. Será aplicado o método de abordagem hipotético-dedutivo, com a utilização de pesquisa bibliográfica e métodos de procedimento comparativo e interpretativo, a partir de jurisprudência selecionada. As questões de fundo serão delineadas, como as consequências para o contratado que atuou com má-fé, a vedação ao enriquecimento ilícito da Administração e se é devida a contraprestação pelos serviços ou obras efetivamente realizadas ou entregues. As respostas para essas variáveis passam pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal federal e do Superior Tribunal de Justiça. A anulação do ato viciado e o ressarcimento do valor despendido como resposta da Administração ao conluio efetuado pelo vencedor da proposta com os demais participantes pode ser usado como forma de combate e prevenção à corrupção. A publicidade da atuação da Administração nos casos de fraudes à licitação pode ter efeito pedagógico e desestimular a formação de conluios entre os concorrentes, somadas a outras medidas para coibir as práticas anticoncorrenciais, como a aplicação de penas severas, concomitantemente com a reposição de valores despendidos. A certeza da punição e a celeridade servem como um desestímulo à corrupção,

¹ Procuradora Federal – Mestra em Direito – UniCEUB

Em exercício na Divisão de Assuntos Disciplinares da Procuradoria-Geral Federal/AGU

² Procuradora Federal – Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil – UNIDERP
Procuradora-Chefe da Procuradoria Federal junto ao IFMS

respeitando-se o devido processo legal, ao passo que a demora na aplicação da sanção acaba condenando os fatos ao esquecimento e à impunidade.

Palavras-chave: *Corrupção. Prevenção e combate. Licitação. Cartel. Conluio. Anulação de ato administrativo. Ressarcimento. Sanção.*

Abstract: The article presents the performance of the Administration in combating the anticompetitive practice of public bidding participants, consisting of colluding with other competitors to fraudulent bidding process, in violation of the principle of isonomy, in order to deceive the Administration that contracts works or services in default of legal proceeding. The hypothetical-deductive approach will be applied, using bibliographical research and methods of comparative and interpretive procedure, based on selected jurisprudence. The substantive issues will be outlined, such as the consequences for the contractor who acted in bad faith, the prohibition against illicit enrichment of the Administration and whether due consideration for the services or works actually performed or delivered. The answers to these variables go through the doctrine and cases law of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice. The annulment of the addict act and the reimbursement of the amount spent as a response of the Administration to the collusion made by the winner of the proposal with the other participants can be used as a form of combat and prevention to corruption. The publicity of the Administration's actions in cases of bid fraud may have a pedagogical effect and discourage the formation of collusion between competitors, in addition to other measures to curb anti-competitive practices, such as the application of severe penalties, concurrently with the replacement of amounts spent. The certainty of punishment and celerity serve as a disincentive to corruption, respecting due process of law, while the delay in applying the sanction ends up condemning the facts to oblivion and impunity.

Keywords: *Corruption. Prevention and fight. Bidding. Cartel. Collusion. Annulment. Refund. Sanction.*

1. Considerações Iniciais

O Brasil padece de um mal congênito que permeia as instituições democráticas e as relações entre os cidadãos e o Poder Público, facilitado pela fragilidade dos padrões éticos e culturais, consistente na tolerância

e encorajamento de obtenção de vantagens indevidas, pela confusão do que é público e do que é privado, pela transferência e cobrança do outro da responsabilidade em ser probo e honesto, mas que se recusa a assumir esse encargo: a corrupção!

A Administração Pública, em todas as suas esferas – federal, estadual e municipal – torna-se, então, vítima de cartéis, nos quais os interessados na contratação combinam esquemas e conluios para burlar a competição, com a finalidade de repartir os valores, superestimados, do objeto do contrato com os demais participantes. E a Administração, sob a égide da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), tem o dever de declarar a nulidade do contrato administrativo, de forma a que não produza mais efeito jurídico e desconstitua aqueles já produzidos.

Surgem então várias questões de fundo: como prevenir o conluio entre os participantes de um certame? Quais as consequências da anulação do contrato para o contratante de má-fé? Haverá pagamento integral pela execução do objeto do contrato? Pagar-se-á o valor dispendido pelo contratado, excluindo-se o lucro a que teria direito? Deverá o contratado restituir tudo o que recebeu de má-fé, uma vez que concorreu para o prejuízo provocado à Administração? Haveria enriquecimento ilícito da Administração nesses casos? Qual seria o prazo para a Administração reaver os valores pagos ao contratante de má-fé? Haveria necessidade de comprovação de lesão ao erário ou esta seria presumida nesses casos? O ressarcimento ao erário serviria como exemplo para outros participantes em licitações futuras, ou seja, serviria como forma de prevenção da corrupção?

Possíveis respostas e suas variáveis serão abordadas no presente artigo, fundamentadas nos dispositivos legais aplicáveis, na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2. Formas de combate à corrupção

A corrupção é um mal que não se limita aos escalões superiores da esfera federal, mas assola todos os entes federativos, em todos os seus níveis hierárquicos. Quando se trata de corrupção, importa tanto o desvio de milhões do Orçamento quanto o recebimento de propina ou, também, a apropriação, por um servidor, do patrimônio confiado à sua guarda. Assim, é corrupto o policial que recebe suborno para deixar de aplicar uma multa, o parlamentar

que recebe dinheiro para votar com o Governo, o servidor público que ganha um presente para favorecer determinada empresa em um processo licitatório. É corrupto, também, o gestor que superfatura preços em uma licitação, e o servidor que utiliza a onerosa máquina pública em benefício próprio. Com efeito, qualquer ato de aproveitamento pessoal, em detrimento do patrimônio público material ou imaterial, é um ato de corrupção³.

O vocábulo corrupção deriva do latim *corruptione*, processo ou efeito de corromper e significa decomposição, putrefação, devassidão, advém do suborno ou peita, indica uma degeneração social, algo altamente reprovável, sendo sinônimo de imoralidade.⁴ A corrupção afeta a confiança dos cidadãos nas instituições democráticas, e pode prejudicar seriamente o crescimento econômico de um país, pois macula as decisões de investimentos, causa distorções na concorrência, abala a legitimidade dos governos e a estabilidade do Estado⁵.

O Brasil enfrenta atualmente uma realidade de deterioração das instituições democráticas ante a fragilidade dos padrões éticos de toda uma nação, que tolera e enseja a obtenção de vantagens indevidas, pela confusão entre o que é público e o que é privado; que transfere e cobra do outro a responsabilidade em ser probo e honesto, mas não assume esse encargo. Não haverá lei perfeita que seja capaz de mudar a consciência de um povo que aceita e pratica a corrupção⁶.

Por isso a necessidade de uma ação pedagógica a ser desenvolvida como meio eficaz no combate à corrupção, de forma a mostrar aos agentes públicos os diversos matizes pelos quais pode estar travestido referido mal, ampliado para alcançar a sociedade. Deve-se ter em mente que somente existem pessoas corruptas porque existem outras que são corruptoras. É inegável a bilateralidade do ato de corrupção, pois o empresário que paga

³ MESQUITA, Saulo Marques. **O Combate à Corrupção: Uma Tarefa Possível**. I Concurso de Artigos Científicos da ASBAN e do FOCCO/GO. Novembro de 2011. Disponível em <http://www.prgo.mpf.mp.br/foccoantigo/artigos/SAULO-MARQUES-MESQUITA.pdf>. Acesso em 02/01/2018. P. 9

⁴ ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. **O combate à corrupção no Brasil e a lei 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do processo de responsabilização através do acordo de leniência**. REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, vol. 4, n. 1, p. 170-203, 2017, p. 171

⁵ ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. *In op. Cit.* p. 173,

⁶ ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. *In op. Cit.*, p. 172

uma percentagem para ser favorecido em um processo licitatório também participa do ato de corrupção. No entanto, o que se vê é que as pessoas em geral têm a falsa percepção de que o corrupto é apenas o agente público e não elas. Trata-se de um equívoco sem tamanho⁷.

A certeza da punição é um desestímulo à corrupção, assim como a celeridade, respeitando-se o devido processo legal. A demora na aplicação da sanção acaba condenando os fatos ao ostracismo, o que produz os mesmos efeitos deletérios da impunidade em si. Por outro lado, a rapidez na penalização do corrupto desestimula a superveniência de atos semelhantes. Pode-se afirmar, então, que a celeridade na aplicação da sanção é um dos principais freios à corrupção, assim com a divulgação das ações realizadas pelos órgãos voltados ao combate à corrupção.⁸

No Governo Itamar Franco, foi colocada em prática uma das leis mais importantes para o combate à corrupção Brasil: a Lei nº 8.666, de 1993, que institui normas para as licitações e os contratos firmados pela administração pública. A grande virtude da Lei nº 8.666/93 foi ter limitado o poder discricionário dos burocratas nos procedimentos associados à possibilidade de fraude na licitação, pois coaduna-se tal princípio com os fundamentos da concorrência. A lei obriga o burocrata a licitar pelo menor preço e é proibido restringir a participação de empresas nas concorrências públicas, fato que representa a eliminação de barreiras à entrada no mercado onde o governo muitas vezes atua como monopolista⁹.

Para combater a corrupção em licitações faz-se necessário seguir regras que garantam a máxima abertura à participação de empresas e maior transparência aos atos da administração. Além dos prejuízos mais evidentes provocados pela corrupção em licitações, ela também prejudica os setores de fornecimento de bens e serviços ao governo, que cumprem seu papel de maneira lícita. A formação de classes de fornecedores e a força

⁷ MESQUITA, Saulo Marques. **O Combate à Corrupção: Uma Tarefa Possível**. I Concurso de Artigos Científicos da ASBAN e do FOCCO/GO. Novembro de 2011. Disponível em <http://www.prgo.mpf.mp.br/foccoantigo/artigos/SAULO-MARQUES-MESQUITA.pdf>. Acesso em 02/01/2018. Pp 10/11

⁸ MESQUITA, Saulo Marques, *In op cit.*

⁹ HERNANDES, Pedro Petronillio. **Combate à corrupção no Brasil: análise sob a ótica da economia da corrupção**. Controladoria-Geral da União. 6º Concurso de Monografias da CGU. Trabalhos Premiados. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/controlador-social/arquivos/6-concurso-monografias-2011.pdf>, acesso em 10/01/2018. PP. 21-22

especialização provocada por barreiras postizas à entrada de novos fornecedores favorecem a ação de empresas pertencentes a pessoas que detêm o poder político. Isso obriga os fornecedores que não obtêm os mesmos privilégios e contratos a fechar suas portas ou a aceitar subcontratações a preços aviltados. Esta prática termina por desestimular investimentos na modernização das empresas e na capacitação de seus empregados, e também a concorrência, pois dificulta ainda mais a quebra do círculo vicioso de práticas de corrupção¹⁰.

A impunidade existe não por falta de legislação, mas pela morosidade em julgar, pelo garantismo em extremo, pelo corporativismo nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pelo foro privilegiado. Para combater a corrupção é necessária uma mudança na mentalidade cultural dos envolvidos, aliada a uma efetiva punição dos culpados¹¹.

A corrupção é espécie da categoria fraude, composta dos seguintes elementos: “ingenuidade humana”, uma vez que para que o fraudador consiga êxito ele precisa contar com certo grau de confiança, ou ainda com a falha no controle da vítima da fraude. Essa vulnerabilidade aponta para a não observância de determinados cuidados nos processos, mesmo que para isso apenas existisse a ausência de um planejamento considerando atos de má-fé. O segundo elemento é a “obtenção de vantagem”, pois sempre será necessário o dolo em um ato de fraude. Sem sua existência, esse ato pode ser classificado apenas como um “erro”, ocasionado em geral por imprudência, negligência ou imperícia. Essa “vantagem” pode ter várias formas, como a busca por poder, dinheiro, status social, sexo, entre várias outras. A “supressão da verdade” é o último elemento, no qual a dissimulação ou omissão de fatos é fator preponderante na ocorrência de uma fraude. Sem essa “supressão da verdade”, a vítima não existiria, pois concordaria com o ato e tornar-se-ia cúmplice da fraude, e, caso isso ocorresse, o prejuízo seria transferido para um terceiro, invertendo assim os papéis vítima-fraudador¹².

¹⁰ DELFORGE, Thaisa Collet dos Santos. **A governança pública no combate à corrupção**. Controladoria-Geral da União. 6º Concurso de Monografias da CGU. Trabalhos Premiados. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/control-social/arquivos/6-concurso-monografias-2011.pdf>, acesso em 10/01/2018, pp. 64/65

¹¹ DELFORGE, Thaisa Collet dos Santos. *Op. Cit.* P. 65

¹² SANTOS, Renato Almeida dos. **Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional**. Controladoria-Geral da União. 6º Concurso de Monografias

A corrupção, no processo licitatório, pode ser efetivamente combatida com medidas sancionatórias rápidas, com direito de defesa do contratado, de cunho econômico, transparente, com ampla divulgação, de forma a servir de desestímulo a futuros fraudadores, como se verá no desenvolvimento deste trabalho. Assim, esta forma de combate, embora repressiva, serve como prevenção à ocorrência de novos casos, colocando fim à cadeia perniciosa de eventos que dilapidam o erário nos processos de licitação.

3. O conluio entre os concorrentes como forma de prática anti-competitiva

A Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico-OCDE, define que as propostas em conluio (ou a concertação de propostas) ocorrem quando os proponentes, conspiram secretamente para aumentar os preços ou baixar a qualidade dos bens e serviços para compradores que desejem adquirir produtos ou serviços por meio de concursos, licitações ou leilões, em vez de competirem. Os órgãos públicos contam muitas vezes com um processo licitatório competitivo para realizar bons negócios, por isso a prática pode ser particularmente prejudicial quando afeta a contratação pública, pois retiram recursos dos adquirentes e contribuintes, diminuem a confiança do público no processo de aquisição, e enfraquecem os benefícios de um mercado competitivo¹³.

Os esquemas de cartel em licitações comumente incluem mecanismos de partilha e distribuição entre os participantes dos lucros adicionais obtidos através da contratação por preço final mais elevado. Por exemplo, os concorrentes que combinam não apresentarem propostas ou apresentarem propostas para perder e ser subcontratados ou obter contratos de fornecimento do concorrente cuja proposta foi adjudicada, de forma a dividir com o vencedor os lucros obtidos através da proposta com o preço mais elevado, alcançados de forma ilegal. Os cartéis em licitações podem,

da CGU. Trabalhos Premiados. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/control-social/arquivos/6-concurso-monografias-2011.pdf>, acesso em 10/01/2018, pp.174/175

¹³ OCDE – **Diretrizes para o combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**. Fevereiro de 2009. Disponível em <http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>. Acesso em 10/01/2018, p. 1

a longo prazo, fazer uso de métodos muito mais elaborados de obtenção de adjudicações de contratos, de monitorização e de divisão dos lucros do conluio durante meses ou anos. O conluio pode incluir pagamentos em dinheiro feitos pelo detentor da proposta adjudicada a um ou mais dos conspiradores¹⁴.

Segundo as diretrizes da OCDE, apesar de os indivíduos e empresas poderem se utilizar ou implementar esquemas de conluio em várias formas, há algumas estratégias comuns, utilizadas concomitantemente numa variedade de formas, e que não se excluem mutuamente, mas resultam em padrões que os responsáveis pela contratação podem detectar e que ajuda a revelar esquemas de conluio: a) propostas fictícias ou de cobertura; b) supressão de propostas; c) propostas rotativas ou rodízio; d) divisão do mercado.

As propostas fictícias, ou de cobertura, são também designadas como complementares, de cortesia, figurativas, ou simbólicas e constituem a forma mais frequente de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes. Nessa estratégia, os indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos: (1) Um dos participantes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido, (2) Um participante apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou (3) Um participante apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão serem inaceitáveis para o comprador. As propostas fictícias servem para dar a aparência de uma concorrência genuína entre os licitantes.

Nos esquemas de supressão de propostas, os acordos entre os concorrentes envolvem a estratégia de uma ou mais empresas absterem-se de concorrer ou retirar uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceita. A supressão de propostas implica que uma empresa não apresente uma proposta para apreciação final, deixando o comprador sem opção a não ser contratar a única empresa remanescente.

Nas propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta

¹⁴ OCDE, *op. cit*

vencedora (i.e. a proposta de valor mais baixo). A forma dos acordos de propostas rotativas pode variar. Por exemplo, os conspiradores podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou atribuir a cada uma valores que correspondam ao seu respectivo tamanho.

Por fim, no esquema de divisão do mercado, os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. As empresas concorrentes podem atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de clientes potenciais. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel, mantendo o mercado bem segmentado entre um grupo que sempre se beneficiará nas contratações públicas¹⁵.

Faz-se necessário um plano de ação comum para que as empresas consigam implementar um acordo de conluio. Certo é que, em determinados setores, alguns fatores favorecem as propostas concertadas, e por esta razão os responsáveis pelas aquisições públicas devem estar especialmente vigilantes. Alguns indicadores são comuns, não sendo necessário que todos ocorram simultaneamente. Dentre estes, destacam-se: a) pequeno número de empresas; b) nível reduzido ou nulo de entradas no mercado; c) condições do mercado; d) Associações Comerciais/Associações de classe; e) propostas recorrentes/licitações frequentes; f) produtos ou serviços idênticos ou simples; g) nível reduzido ou nulo de alternativas; h) nível reduzido ou nulo de inovação tecnológica¹⁶.

Ocorre com mais frequência a concertação de propostas quando há um pequeno número de empresas para fornecer o bem ou serviço. Quanto menor o número de fornecedores, mais fácil será para estes chegarem a um acordo quanto às propostas.

Uma barreira protetora para as empresas forma-se quando há um nível reduzido ou nulo de entradas no mercado. Quando empresas entraram recentemente no mercado ou quando for pouco provável que tal aconteça porque a entrada no mercado é dispendiosa, difícil ou morosa, as empresas

¹⁵ OCDE, *op. Cit.*, p. 2

¹⁶ OCDE, *op. Cit.*, p. 3/4

que já operam no mercado estão protegidas da pressão competitiva de potenciais novos concorrentes e ajuda a manutenção do cartel.

As condições do mercado, como as mudanças significativas na procura ou oferta tendem a desestabilizar acordos de conluio em curso. Por outro lado, um fluxo constante e previsível de procura do setor público tende a aumentar o risco de conluio. Simultaneamente, os períodos de crise e incerteza econômica aumentam os incentivos para a formação de cartéis, ante a intenção das empresas de repor, com lucros fraudulentos, os negócios perdidos pela crise.

As associações de classe e os sindicatos patronais podem ser utilizados como um mecanismo legítimo e favorável à concorrência pelos membros de um setor econômico para promover a qualidade, a inovação e a concorrência. Mas, quando subvertidas com intuítos ilegais e anticoncorrenciais, podem ser utilizadas pelas empresas para se encontrarem e ocultarem as suas discussões sobre as formas e meios de alcançar e implementar um acordo de cartel.

Nas propostas recorrentes (licitações frequentes), as aquisições repetitivas de um bem ou serviço aumentam as probabilidades de conluio entre concorrentes. A frequência com que licitações são apresentadas ajuda os membros de um acordo de cartel a distribuir entre si os contratos, além do que os membros de um cartel podem punir a empresa que não cumprir o acordo ficando com as propostas que originalmente lhe estavam atribuídas. Essas licitações de bens e serviços frequentes ou recorrentes exigem meios e vigilância especiais que desencorajem propostas em conluio.

Quando os produtos ou serviços oferecidos pelos indivíduos ou empresas são idênticos ou muito parecidos, fica mais fácil para os concorrentes chegarem a um acordo sobre uma estrutura de preços comum.

O nível reduzido ou nulo de alternativas facilita a formação de conluio quando o mercado dispõe de poucos produtos ou serviços alternativos de qualidade que possam substituir o produto ou serviço que será adquirido, ou quando essas alternativas não existem no mercado. Assim, os indivíduos e empresas que pretendem atuar em conluio ficam mais seguros por saber que o responsável pelas aquisições tem poucas ou nenhuma alternativa e assim os seus intentos em aumentar os preços têm mais probabilidades de serem bem-sucedidos.

No nível reduzido ou nulo de inovação tecnológica para um produto ou serviço, as empresas chegam mais facilmente a um acordo e o mantêm

ao longo do tempo, pois essa estabilidade reduz o risco de concorrência real¹⁷.

A conduta enquadra-se no tipo penal previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, consistente em frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório com a intenção de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. A pena é de detenção de dois a quatro anos e multa.

No caso de empresas que se unem, elegem uma delas para ganhar a licitação com a finalidade de repartir os valores, superestimados, do objeto do contrato com as demais participantes, a Administração, ao tomar ciência do conluio tem o dever de anular seus próprios atos.

A Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal – STF estabelece que a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, ressalvada a apreciação judicial¹⁸.

O prazo para a Administração anular o contrato ou a licitação encontra-se no artigo 54, da Lei nº 9.784/99, que dispõe sobre esse prazo e explicita que o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

A questão concernente ao prazo prescricional (decadencial) de que dispõe a Administração Pública para rever seus atos, eventualmente viciados, não alcançou um consenso. Alguns doutrinadores, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁹, defendem a tese da imprescritibilidade com base no fato de que essa é a regra fundamental das nulidades (*quod nullum est ab initio no potest tracto temporis convalescere*). Nessa linha, somente o legislador pode estabelecer exceções, fixando prazos de prescritebilidade.

¹⁷ OCDE, *op. Cit.*, p. 4

¹⁸ Brasil. STF. Sítio Oficial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em 15/01/2018

¹⁹ MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1999

Para Odete Medauar²⁰, quando se trata de anulação também aflora o problema do prazo de que dispõe o poder público para anular seu atos, pois, em princípio, o ato administrativo ilegal pode ser anulado em qualquer época. Embora tal regra possa parecer iníqua, pela pendência da situação, ela decorre do princípio da legalidade, consagrado pela Constituição Federal. De outro lado, a limitação temporal ao poder de anular deve estar previsto de modo explícito e não presumido ou deduzido de prazos prescricionais fixados para outros âmbitos. A defesa de um entendimento diverso traz subjacente incentivo à prática de ilegalidade, ante a possibilidade de ser consolidada pela prescrição.

Assim, positivada na importante regra introduzida pelo art. 54 da lei federal de processo administrativo (Lei nº 9.784/99), decai em cinco anos o direito da administração de anular ato do qual decorram efeitos favoráveis para os destinatários, contados da data em que foi praticado, salvo comprovada má-fé. Por isso, esse prazo também se aplica aos contratos administrativos, pois, se é impositivo perante atos unilaterais, quando o particular, então, sequer concorreu para a integração deles, com maior razão deverá sê-lo se estes são fruto de vontades que se transfundem para lhes dar nascimento²¹.

Silva aponta que a doutrina se divide entre a inexistência de prazo para que a Administração exerça a invalidação de seus atos, e a adoção de prazos prescricionais do Código Civil, que é de vinte anos para atos nulos e prazos menores para atos anuláveis, ou o acolhimento do prazo de cinco anos prevista na Lei de Ação Popular. Por isso apresenta uma via para a solução do impasse: se o ato decorre de má-fé do particular, conta-se o prazo a partir da descoberta da fraude, do ardid, da inequívoca ciência deste pela Administração²².

O STF também se manifestou quanto à imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, com o reconhecimento da repercussão geral do tema, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa (§5º do art. 37, da Constituição Federal de 1988)²³.

²⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. Ed. RT: São Paulo, 2016, p. 192.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**, 15. Ed., p. 905

²² SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 109; 124-125

²³ RE 814243 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma. Julgado em 01/09/2015, p. 22/10/2015

Além de ser imprescritível a responsabilidade pelo ressarcimento se transmite aos herdeiros até o limite do valor da herança. Isso porque o prejuízo aqui decorre da moralidade administrativa. Frustrar a licitude do certame licitatório é uma causa autônoma de lesão ao patrimônio público. A Lei nº 4.717/65 e a Lei nº 8.429/92 preveem tal conduta como sendo um prejuízo ao erário, por si só, independentemente da ocorrência de superfaturamento ou inexecução do objeto contratual. A transmissão da dívida aos sucessores está prevista no art. 8º da Lei de Improbidade²⁴.

Portanto, duas hipóteses importantes extraem-se dos casos de comprovada existência de má-fé com a finalidade de fraudar licitação e locupletar-se às custas do Erário: anulação do contrato e imprescritibilidade das ações de ressarcimento dos prejuízos causados.

4. Declaração de nulidade do contrato administrativo

O processo licitatório pode ser desfeito por anulação ou revogação, casos em que a autoridade administrativa deverá motivar sua decisão, assegurando-se a ampla defesa e o contraditório aos interessados, consoante disposto no art. 49, *caput*, e § 3º, da Lei de Licitações. A anulação advém da existência de ilegalidade e pode ser efetuada por autoridade competente, superior à comissão de licitação, de ofício ou por provocação (recurso administrativo, notícia na imprensa, ou outro meio) ou pode decorrer de sentença ou acórdão do Poder Judiciário. A anulação do processo licitatório leva à anulação do contrato respectivo e produz efeitos retroativos²⁵.

A revogação, por sua vez, desfaz o processo licitatório por razões de interesse público relativas a fatos supervenientes, comprovados, e pertinentes o suficiente para justificar o ato (art. 49)²⁶. A revogação indica a ausência de conveniência e oportunidade na manutenção de uma atividade administrativa, plenamente válida. Tem a ver, também, com ausência de interesse público, ainda que não tenha sido apurada nenhuma ilegalidade.

²⁴ Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilícitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

²⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 246

²⁶ *Op. cit.*, p. 246

Dá-se na esfera de exercício das competências discricionárias, sendo vedada a revogação de atos vinculados, onde não há juízo de conveniência e oportunidade. As razões de interesse público devem ser motivadas, porém a análise acerca da conveniência e oportunidade da atividade administrativa são atribuições relacionadas ao exercício de competências discricionárias da Administração Pública, “envoltas sob o manto da insindicabilidade jurisdicional do mérito administrativo”²⁷.

A revogação modifica determinada situação ou relação jurídica, com a eliminação dos efeitos futuros, porém com produção de efeitos não-retroativos, *ex nunc*, o que a distingue da anulação. O ato é considerado válido e as condições de interesse público avaliadas na atividade de revogação são as presentes e as futuras, nunca as concernentes ao passado²⁸.

Sobre a imprescindibilidade de ampla defesa nos casos de anulação da licitação ou do contrato, previamente ao desfazimento de qualquer procedimento de licitação ou contrato administrativo, tanto na invalidação como na revogação, impõe-se a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal), inclusive conforme expressamente garantido pelo artigo 49, §3º da Lei nº 8.666/93.

Por certo, e não poderia deixar de ser, o desfazimento do certame deve ser precedido da notificação dos licitantes interessados, para que apresentem suas razões e alegações acerca de possíveis prejuízos decorrentes. Não se pode admitir que os licitantes sejam notificados somente após o ato administrativo de desfazimento, exigindo-se a notificação prévia, sob pena de clara afronta aos princípios insculpidos no artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal, a sustentar a posterior anulação judicial.

O Supremo Tribunal Federal assentou premissa calcada nas cláusulas pétreas constitucionais do contraditório e do devido processo legal, de que a anulação dos atos administrativos cuja formalização haja

²⁷ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O direito dos particulares à indenização no caso de desfazimento (revogação e anulação) de licitações e contratos administrativos.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6125. Acesso em 05 jan.2018

²⁸ TALAMINI, Daniele Coutinho. **Revogação do ato administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2002, p. 202-203

repercutido no âmbito dos interesses individuais deve ser precedida de ampla defesa²⁹.

A declaração de nulidade do contrato e eventual fixação de indenização também pressupõem observância ao princípio do contraditório, oportunizando a prévia oitiva do particular tanto no pertine ao desfazimento do ato administrativo quanto à eventual apuração de montante indenizatório.

Por fim, sobre a nulidade do contrato em decorrência da anulação do certame licitatório, a anulação do processo de licitação induz a nulidade do contrato administrativo, conforme prescrito no art. 49, § 2º da Lei nº 8.666/93. Neste caso, uma vez viciado de nulidade determinado ato da licitação, restam evitados de nulidade todos os atos posteriormente praticados, inclusive o contrato administrativo, se firmado.

A nulidade do contrato administrativo, de acordo com previsão contida no *caput* do art. 59, da Lei nº 8.666/93, dá-se de forma retroativa, *ex tunc*, de forma que não produza mais efeito jurídico e desconstitua aqueles já produzidos³⁰.

Esse momento, e alcance, do ato administrativo sobre o ato ilegal encontra-se bem delineado por Stassinopoulos³¹:

Le retrait d'un acte illégal est assimilé à une annulation accomplie par voi administrative, e il a les mêmes effets rétroactifs qu'une annulation faite par voie juridictionnelle.

L'acte illegal révoqué est considéré comme annulé *ex tunc*, c'est-à dire dès le moment de son émission. Cependant, cette rétroactivité ne renverse pas, sauf dans des cas spécieux, les rapports et les situations créés par l'acte révoqué ("actes-conséquences") et sur lesquels des tiers ont fondé des prétentions.

²⁹ BRASIL. STF. AgRg no RE 342.593, Rel. Min. Maurício Corrêia, DJ de 14/11/2002 ;RE 158.543/RS, DJ 06.10.95

³⁰ Art. 59. 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.

³¹ STASSINOPOULOS, Michel D. **Traité des Actes Administratifs**. Collection de l'Institut Français d'Athènes. Paris: Athènes. 1954, p. 236

Embora se entenda que os serviços regularmente prestados sejam devidos à parte contratada, neste caso, consoante se depreende da leitura do parágrafo único, há que se ater à exceção contida no dispositivo: contanto que não decorra de atos imputáveis ao contrato, que deverá ser responsabilizado. Assim, *a priori*, seria devido o pagamento pelos serviços efetivamente prestados, exceto se comprovado que foram mal prestados, superfaturados ou em casos de dolo e má-fé da parte contratada, como se verá adiante.

4.1. Consequências da anulação do contrato pela Administração

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a decisão que desconstitui o ato administrativo gera efeitos complexos. O contrato administrativo invalidado em decorrência da inobservância dos preceitos contidos na Lei nº 8.666/93, após o advento do termo contratual, ante seu cumprimento integral, não autoriza que a Administração incorpore ao seu patrimônio prestação recebida do particular sem observar a contrapartida, qual seja, o pagamento correspondente ao benefício.

Assim, o Estado não pode apropriar-se de um bem privado, a não ser mediante desapropriação, com o pagamento de justo preço. É evidente que seria inconstitucional o Estado comprar um bem e, em seguida, anular o contrato e ficar com o bem sem pagar o preço. Mais despropositado, ainda, seria produzir esse resultado mediante a invocação de defeito na própria atividade administrativa pública. A anulação contratual não pode gerar efeitos equivalentes aos do confisco. Tudo aquilo que não é lícito ao Estado obter diretamente também é ilícito ser obtido por via indireta – especialmente, por meio de um ato administrativo declarado inválido³².

Esse entendimento persiste inclusive para o caso de existência de nulidade contratual, em face da alteração de contrato, que no mesmo campo de atuação, ou seja, obras em vias públicas, modifica o objeto originalmente pactuado. Persiste a necessidade de pagamento pelas obras efetivamente realizadas. A devolução da diferença havida entre o valor da obra licitada e da obra realizada, daria causa ao enriquecimento ilícito da administração,

³² REsp 753039/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 03/09/2007, p. 122

pois restariam serviços realizados sem a devida contraprestação financeira, máxime, ao se frisar que o contratado não deu causa à nulidade³³.

Portanto, para a exata aplicação do artigo 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, faz-se necessária a aferição de quem foi o culpado pela realização do contrato administrativo irregular. Essa definição é essencial, pois a Administração não pode locupletar-se indevidamente em virtude de nulidade de contrato administrativo, devendo indenizar o particular pelos serviços prestados ou pelas obras realizadas³⁴.

De outro lado, caso fiquem cabalmente comprovados o dolo e a má-fé da parte contratada, de maneira a iludir a Administração, induzindo-a a supor que estava formalizando ato juridicamente idôneo e concorrendo para que se produzisse ato viciado, e, ainda, em casos de conluio para fraudar a licitação, entende-se como plausível a pretensão de ressarcimento de todo o valor despendido pela contratante ao contratado, ou seja, com a apropriação do serviço ou bem prestado, sem a contraprestação.

A circunstância de o contratado de má-fé não ter direito a receber pela execução da avença obtida de forma ilegal guarda coerência com a máxima segundo a qual a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza. Caso fosse reconhecido esse direito, o particular responsável pela ilicitude acabaria premiado por sua conduta, ao tirar proveito da contratação realizada em desigualdade de condições com os demais interessados em pactuar com o poder público, inclusive ao auferir lucro superior ao normal, pois não suportou parcela significativa do custo do seu negócio. Também não se submeteu ao risco inerente ao seu ramo de atividades, pois desde o início teve a certeza de que o contrato seria celebrado³⁵.

Observa-se, dada a relevância, que o pagamento realizado ao contratado de má-fé viola o direito dos demais interessados à igualdade de oportunidades para contratar com a administração. Consoante o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, a licitação destina-se tanto a “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia” quanto a “selecionar a proposta mais vantajosa

³³ AgRg no REsp 332956/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2002, DJ 16/12/2002, p. 251

³⁴ AgRg no REsp 303730/AM, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2002, DJ 02/12/2002, p. 273

³⁵ MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. **Dano ao erário em hipóteses de licitação ou contrato viciado**. Revista de Direito Administrativo, Maio/Agosto de 2010, p. 36

para a Administração”. Se a única finalidade do processo licitatório fosse a obtenção de vantagem para a Administração, até seria possível cogitar do pagamento ao contratado responsável pela ilicitude, pois houve a execução do objeto avençado e o proveito para a entidade pública. Mas, a observância da isonomia entre os interessados em licitar não autoriza que o particular culpado pela ilicitude seja recompensado, mesmo que o poder público tenha sido beneficiado por alguma prestação³⁶.

A parte contratada que tenha atuado maliciosamente não pode ser beneficiada pela teoria da vedação ao enriquecimento sem causa, que se funda em juízo ético-moral³⁷. A hipótese de ocorrência de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade desoneram a Administração de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados³⁸. Assim, não há que se falar em restituição à empresa contratada dos valores já despendidos pela mesma na execução do contrato, quando esta age com má-fé³⁹.

Firma-se, assim, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, o entendimento de que a nulidade da licitação ou do contrato só não poderia ser oposta aos contratados se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, houve concorrência dos participantes para a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento. Portanto, a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados não pode subsistir, porquanto tornou públicos os atos oficiais do ente no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os contratados não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em

³⁶ MEDINA, *in op. cit.*, p. 36

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Dialética: São Paulo, 15 ed, 2012, p. 855

³⁸ AgRg no Ag 1056922/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 11/03/2009

REsp 928.315/MA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 573

³⁹ REsp 440178/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/2004, DJ 16/08/2004, p. 135

razão do serviço prestado. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé⁴⁰.

4.2. Lesividade presumida

Importante destacar outro aspecto decorrente da hipótese de anulação do processo licitatório por conluio entre os participantes, quando não há superfaturamento ou pagamento por serviços não realizados. A existência de violação da legislação implica em presunção de lesividade dos atos praticados, a qual apenas não gera a obrigação de indenizar diante da comprovada boa-fé dos envolvidos. A presunção de lesividade desses atos ilegais é fácil intuir, pois esquivar-se a procedimento licitatório pré-estabelecido e obrigatório, fundado nos princípios da isonomia e da moralidade da Administração, constitui inequívoca lesão à coletividade⁴¹.

Para Seabra Fagundes, o ato administrativo envolve, em regra, múltiplos interesses, raramente afeta um só indivíduo, e em regra afeta direitos de terceiros. Assim, a infringência legal de um ato administrativo será sempre prejudicial ao interesse público⁴².

Por esta razão, a Administração deverá ser ressarcida pela devolução do dispêndio à revelia do procedimento legal, pois o contratado que praticou os atos agiu por sua conta, risco e perigos. Mesmo que pronta a obra, entregue o fornecimento ou prestado o serviço, se impassível de convalidação o ato praticado, impõe-se a devolução. Não se trata de enriquecimento sem causa, porque o prestador do serviço, o fornecedor ou executor da obra serão indenizados, na medida em que tiverem agido de boa-fé. Entretanto

⁴⁰ REsp 579541/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 19/04/2004, p. 165

⁴¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**, São Paulo: Malheiros, 3.ed, 1997, p. 93.

⁴² FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 7. Ed., 2006, p. 39-40

a autoridade superior que determinou a execução sem as cautelas legais, provada sua culpa (o erro inescusável ou o desconhecimento da lei) deverá indenizar o erário por sua conduta ilícita, mediante ação regressiva proposta pela Administração, caso se negue a pagar espontaneamente. O patrimônio enriquecido não terá sido com ausência de título jurídico, mas em decorrência de uma lesão aos valores fundamentais da Administração, como da moralidade administrativa. Esta a razão pela qual compete à parte a prova de que o dano, decorrente da presunção da lesividade é menor do que a reposição integral, e não à Administração.⁴³

Assim, não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro a tese de que a contratação mediante processo ilegal não ocasiona lesão ao patrimônio público, quando não acompanhada de superfaturamento ou inexecução do objeto pactuado. O direito administrativo brasileiro estabelece, ao lado da prática de preços superiores aos de mercado, bem como do inadimplemento contratual, hipóteses autônomas de atos que acarretam prejuízo ao erário, como ocorre na Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa e os instrumentos processuais destinados a reprimi-los⁴⁴.

O art. 10 da Lei nº 8.4429/1992, nos incisos V e VIII, na seção dedicada “aos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário”, estabelece que as condutas de “permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado” e de “frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente” configuram hipóteses independentes de atos de improbidade administrativa que acarretam dano patrimonial ao ente público ou equiparado.

Essas condutas são enumeradas, separadamente, como exemplos de atos que, por si sós, ensejam “perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades” públicas ou custeadas por recursos públicos. Negar semelhante conclusão equivaleria a supor ocioso o citado inciso VIII, art. 10 da Lei nº 8.429/1992, pois, se a ocorrência de prejuízo ao erário dependesse da presença de superfaturamento, ilicitude já contemplada no inciso V, afigurar-se-ia desnecessária a previsão constante naquele outro dispositivo da lei⁴⁵.

⁴³ FIGUEIREDO;FERRAZ, *in op. cit.*, p. 93.

⁴⁴ MEDINA, *in op. cit.* p. 28

⁴⁵ MEDINA, *in op. cit.* p. 30

A interpretação não se baseia somente na literalidade do dispositivo, mas amparo no sistema normativo brasileiro, que mantém a tradição de reputar danosas tanto a contratação antieconômica quanto a realizada com desrespeito ao processo administrativo aplicável. Assim, o art. 4º da Lei nº 4.717/1965, que regulamenta a ação popular, sempre classificou como hipóteses autônomas e igualmente lesivas, de um lado, a compra de bens por preço “superior ao corrente no mercado”, e, de outro, a celebração de contratos “sem prévia concorrência pública ou administrativa”, mediante processo cujo caráter competitivo seja reduzido ou com “desobediência a normas legais” ou “regulamentares” (incisos III, “a”, “b” e “c”, e V, “a” e “b”). Em todos esses casos a lesividade que autoriza a propositura da ação é presumida.⁴⁶

A frustração da licitude do processo licitatório conduz a prejuízo material ao erário, apreciável pecuniariamente, pois o dano corresponde ao valor gasto em favor de quem não se legitimou a contratar com a administração pública. O art. 10 da Lei nº 8.429/1992 cuida de hipóteses de improbidade administrativa em que ocorre prejuízo patrimonial para o Erário, nas situações do inciso VIII — frustração da licitude de procedimento licitatório ou sua dispensa (ou declaração de inexigibilidade) indevida — eis que a Administração (*lato sensu*) paga por algo que adquiriu em condições irregulares e com a não observância de princípios constitucionais. O prejuízo patrimonial é representado pelo pagamento daquilo que foi adquirido com procedimento licitatório viciado e passível de anulação pela Administração⁴⁷.

Conclui-se que, se a contratação processada de forma ilícita é expressamente prevista como causa autônoma de prejuízo ao erário, com lesividade presumida, não é preciso, para que exista dano a ser reparado, que também haja sido efetuada por preço superior ao de mercado nem que tenha ocorrido inadimplemento contratual. É isso o que confirmam os parágrafos do art. 49 e o parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993⁴⁸.

⁴⁶ MEDINA, *in op. cit.* p. 30

⁴⁷ DECOMAIN, P. R. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 120.

⁴⁸ MEDINA, *in op. cit.* p. 30

4.3. Dano ao erário e ressarcimento devido pelo contratado

A leitura do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993 leva a crer que fora redigido para a hipótese de a declaração de nulidade alcançar o contrato quando este já esteja parcial ou integralmente executado pelo contratado, não tendo ainda havido o pagamento por parte do ente público. Entretanto, se o pagamento já foi efetuado, a solução contida no dispositivo segue sendo a mesma: se a administração não deve nem remuneração nem tampouco indenização ao contratado que haja concorrido para a nulidade, o pagamento, se efetuado, terá sido indevido⁴⁹.

Cabe, portanto, a adoção de providências para o fim de reaver o valor indevidamente pago ao contratado de má-fé. Ao verificar que o contratado concorreu para dar causa à nulidade, o STJ tem considerado indevidos os pagamentos feitos, ainda que como contraprestação pelo cumprimento da avença. Para a corte, neste caso, não cabe nem mesmo cogitar de enriquecimento ilícito da administração⁵⁰, conforme explicitou a ementa do REsp 579541/SP⁵¹.

A má-fé do particular deve ser certificada por procedimento administrativo próprio, no qual seja resguardado o contraditório e a ampla defesa. Após

⁴⁹ MEDINA, Marcelo Borges de Mattos Medina. **Dano ao erário em hipóteses de licitação ou contrato viciado**. Revista de Direito Administrativo, Maio/Agosto de 2010, p. 32

⁵⁰ MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *In op.* Cit, p. 34

⁵¹ (...) 4. As alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do DL 2.300/86 e do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93 não merecem vingar. A nulidade da licitação ou do contrato só não poderia ser oposta aos recorrentes se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, vislumbra-se que houve concorrência dos mesmos, pelas condutas descritas, para a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento. Há de ser prontamente rechaçada a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados, porquanto tornou públicos os atos oficiais do Município no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado. 5. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé (...).

a verificação da culpa ou má fé, será justificada a negativa administrativa ao direito de indenização⁵².

O suposto enriquecimento ilícito da Administração, levantado como defesa pelo contratado a quem foi imputável a ilegalidade e a perda do direito à indenização, ainda que haja executado o contrato pelo preço de mercado, não procede. Veja-se que o alegado enriquecimento do poder público nem mesmo é ilícito. A própria Lei nº 8.666/1993 exclui a possibilidade de indenização ao contratado que haja concorrido para a nulidade da avença. Se a lei exonera a administração do dever de pagar ao contratado responsável pelo vício, não se pode dizer que haja locupletamento indevido da entidade pública, em detrimento do patrimônio alheio⁵³.

A vedação ao enriquecimento sem causa pela Administração consiste em princípio geral de direito, defendido por alguns doutrinadores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, que entende não ser admissível que a Administração de locuplete à custa alheia e que em casos tais, o particular tem o direito de ser indenizado pela atividade proveitosa dispensada à Administração. E, nestes casos, ainda que a relação jurídica tenha se travado irregularmente ou mesmo ao arrepio de qualquer formalidade, desde que o Poder Público haja assentido nessa contratação, de forma implícita ou tácita, depreende-se o dever de indenizar pelo mero fato de haver incorporado o objeto do contrato em seu proveito⁵⁴.

Conclui ao afirmar que a regra geral, o princípio retor na matéria, evidentemente é – e não pode deixar de ser – o da radical vedação ao enriquecimento sem causa. E para ser excepcionado, demanda o concurso de sólidas razões em contrário: a prova, a demonstração robusta e substancial de que o empobrecido obrou com má-fé, e concorreu deliberada e maliciosamente para a produção de ato viciado do qual esperava captar vantagem indevida. E, neste caso, assumiu o risco consciente de vir a sofrer prejuízos, se surpreendida a manobra ilegítima em que incorreu. Fora destas hipóteses seria iníquo sonegar-lhe a recomposição do desgaste patrimonial

⁵² CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. Salvador: JusPodivm. 4.ed, rev., amp., atualizada. 2011, p. 368

⁵³ MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *In op.* Cit, p.35

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. I, n. 2, maio, 2001, p. 10-11.

decorrente de relação jurídica, depois considerada inválida, travada com o patrocínio do Poder Público, sob a égide de sua autoridade jurídica⁵⁵.

A essa vedação ao confisco de bens por parte do Estado, sem uma contrapartida, alia-se também Marçal Justen Filho, pois uma eventual invalidade do ato jurídico após a realização da prestação do particular ao Estado não legitima o enriquecimento sem causa. Esta a razão que impõe a restituição do equivalente ao que o particular executou em prol do Estado. Na impossibilidade da restituição, deve ser indenizado⁵⁶.

Para Odete Medauar, a Administração deve indenizar o contratado no tocante à parte já executada e a outros prejuízos comprovados, contanto que não lhe sejam imputáveis⁵⁷. As consequências serão diametralmente diversas, de acordo com a orientação jurisprudencial do Brasil, se comprovada a boa-fé ou a má-fé do contratado.

O argumento do enriquecimento ilícito não encontra fundamento no direito positivo, pois parte do pressuposto de que seria injusto o contratado não receber pela execução do objeto pactuado, ainda que tenha dado causa à nulidade da licitação ou do contrato. Ocorre que o exame do problema desde a perspectiva da justiça ou da injustiça do pagamento ao contratado de má-fé demanda a análise de aspectos que são comumente desconsiderados pelos defensores dessa alegação. Essa especial circunstância de o contratado de má-fé não ter direito a receber pela execução da avença ilegal guarda coerência com a máxima segundo a qual a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza. Caso contrário, o particular responsável pela ilicitude acabaria premiado por sua conduta e tiraria proveito da contratação realizada em desigualdade de condições com os demais interessados em pactuar com o poder público⁵⁸.

O pagamento realizado ao contratado de má-fé viola o direito dos demais interessados à igualdade de oportunidades para pactuar com a administração, pois consoante o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, a licitação destina-se tanto a “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia” quanto a “selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração”. Se essa última disposição fosse a única finalidade do processo licitatório,

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *In op. Cit.*, p. 33

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *In op. cit.*, p. 852

⁵⁷ MEDAUAR, *in op. cit.*, p.194

⁵⁸ MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *In op. Cit.*, p.36

até seria possível cogitar do pagamento ao contratado responsável pela ilicitude, em razão da execução do objeto contratado, com proveito para a entidade pública. Entretanto, a necessidade de garantir a observância da isonomia entre os interessados em licitar não autoriza que o particular seja recompensado ilicitude a que deu causa, ainda que o poder público tenha eventualmente sido beneficiado por alguma prestação⁵⁹.

Ressalte-se que no direito privado, há tradicional hipótese para o caso do devedor, que mesmo tendo recebido a prestação pactuada, tem direito à repetição, não apenas do preço pago, mas de duas vezes esse valor. O devedor que for demandado, no todo ou em parte, por dívida já paga, tem direito a receber do credor o dobro do valor cobrado, conforme o art. 940 do Código Civil e o parágrafo único do art. 42 do Código do Consumidor. Essa hipótese, em certo sentido, é análoga à do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993, embora bem mais gravosa, por prever a restituição dobrada do valor devido. A diferença está em que o direito à devolução em dobro do pagamento realizado surge com a cobrança indevida do contrato executado, enquanto que na Lei de Licitações o pagamento era desde o início indevido, em face da nulidade da contratação. Essa diferença, porém, não explica a razão de não se opor o argumento do enriquecimento ilícito do devedor em detrimento do credor de má-fé, também quanto à regra do direito privado⁶⁰.

Certamente que a regra do direito privado cumpre seu papel legítimo: coibir prática abusiva na cobrança de dívidas. Não sem razão, mais indispensável ainda se torna a função do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993: assegurar a higidez das contratações realizadas pela administração pública, desestimulando condutas que importem a frustração da licitude de processos licitatórios. Decorre do princípio da moralidade administrativa o reconhecimento da ocorrência de prejuízo ao erário, quando da realização de pagamento com base em contratação eivada de ilegalidade. Se o pagamento for indevidamente realizado, a administração pública terá sofrido perda patrimonial, o que impõe o necessário ressarcimento integral do dano⁶¹.

⁵⁹ MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *In op. Cit.*, p.36

⁶⁰ MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *In op. Cit.*, p. 29.

⁶¹ MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *In op. Cit.*, . 38

Considerando-se que a Lei de Improbidade Administrativa não consagrou a responsabilidade objetiva⁶², a condenação do contratado como beneficiário ou partícipe da fraude tem como consequência a sua necessária condenação na devolução dos valores recebidos dos cofres públicos, pois decorrerá de dolo ou culpa. Essa decorrência lógica é mais evidente nos casos em que tanto o comportamento do agente público responsável pelo procedimento, quanto o do contratado são dolosos, pois ambas as condutas também encontram tipicidade penal nos artigos 89 e 90 da Lei nº 8.666/93⁶³.

Em tais hipóteses, a maioria dos casos, a ação de improbidade é uma verdadeira ação civil *ex delicto* e os valores recebidos pela empresa contratada constituem o produto do crime que deve ser restituído ao Patrimônio Público vítima, nos exatos termos do artigo 91, inciso II, alínea “b”, do Código Penal. E mais, nessas hipóteses o Poder Judiciário não poderá negar a devolução dos valores pagos aos cofres públicos, sob pena de admitir que o criminoso pode permanecer com o proveito do crime em seu poder, de forma lícita⁶⁴.

A devolução integral dos valores no caso de má-fé da contratada encontra respaldo na própria legislação que regula a licitação pública no Brasil. Basta uma leitura *contrario sensu* do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993, o qual confirma a regra geral do §1º do art. 49 da mesma lei, no sentido de que o contratado responsável pela nulidade não faz jus sequer à indenização pelo que tenha executado. Com efeito, aquele dispositivo impõe à Administração o dever de indenizar o contratado, “contanto que não lhe seja imputável”. Logo, se lhe for imputável o vício a indenização não lhe será devida, nem pelo que tiver executado, nem por qualquer prejuízo que possa alegar, seja por ter obtido de agente público favorecimento indevido, seja por ter participado de certame em conluio com os demais licitantes, seja ainda por outro motivo⁶⁵.

⁶² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 3ª ed, 2008, p. 238.

⁶³ COELHO, Alexandre Mauro Alves. **A nulidade das licitações fraudulentas e a recuperação do erário**. I Congresso do Patrimônio Público do Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses/a%20nulidade%20das%20licita%C3%A7%C3%B5es%20fraudulentas%20e%20a%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20do%20er%C3%A1rio.doc>. Acesso em 10/01/2018

⁶⁴ COELHO, *in op. cit.*, p. 3

⁶⁵ MEDINA, p. 31

A importância que o ordenamento jurídico brasileiro confere à higidez do processo licitatório e do contrato administrativo é tamanha, que mesmo ao contratado a quem não seja imputável a nulidade não é devido mais que indenização pelos custos e eventuais prejuízos que comprovadamente tenha suportado. De fato, o texto legal não diz ser devida ao contratado de boa-fé a remuneração pactuada, mas tão-somente a indenização cabível, o que, por certo, exclui parcela correspondente ao lucro que poderia ser auferido⁶⁶.

Para Marçal Justen Filho, se o particular concorreu para a consumação do ato ilícito, cabe a redução da indenização correspondente às perdas e danos sofridas, tendo em vista uma avaliação sobre a culpa concorrente.⁶⁷

Entretanto, se a declaração de nulidade sobrevier à execução integral do contrato, a remuneração será devida se a causa da nulidade não for imputável ao contratado. Isso porque o pagamento de importância correspondente apenas ao custo do que executou, excluída a parcela remuneratória do preço é devido, não ao contratado inocente, mas àquele a quem for imputável a ilegalidade⁶⁸.

Observa-se que houve um avanço em relação aos que consideram que o pagamento da contraprestação pelo cumprimento de contrato nulo seria integralmente devido mesmo ao contratado de má-fé, na ausência de superfaturamento ou outra causa de dano ao erário. A tese se seria devida a contraprestação em qualquer situação incorre no equívoco de supor que o lucro do contratado de má-fé é o normal das demais empresas do seu ramo de atividade, de forma que bastaria a exclusão da parcela remuneratória do preço para que a ilegalidade não lhe possibilitasse locupletar-se. Ocorre que o lucro desse particular é invariavelmente mais elevado do que o normal, uma vez que, tendo a certeza de que será contratado pela administração pública ao final do processo viciado, não se sujeita aos riscos próprios do seu negócio⁶⁹.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) consagra algumas das conclusões expostas neste artigo acerca do sentido e do alcance

⁶⁶ MEDINA, p. 31

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, *in op. cit.*, p. 855

⁶⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 673

⁶⁹ MEDINA, p. 31-32

do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/1993. Alguns precedentes daquela Corte, sem distinguirem se o contratado concorreu para a nulidade, proclamam a impossibilidade de devolução dos valores pagos como contraprestação à execução do contrato, sob pena de se proporcionar enriquecimento ilícito à administração pública⁷⁰.

Note-se, no entanto, que em alguns precedentes há entendimento de que o contratado a quem não seja imputável a nulidade tem direito à indenização pelo que houver executado. É que a má-fé não se presume. Ao revés, o concurso do contratado para a prática da ilegalidade de que se encontra eivada a licitação ou o contrato deve ser objeto de prova. Daí por que é significativo que o STJ tenha assentado que impor o ressarcimento por força de ilegalidade de contratação conduziria ao enriquecimento sem causa, mediante a ressalva de que, naquele feito, restava insindicável àquela Corte apreciar a alegação do recorrente no que pertine a boa ou má-fé do contratado (Súmula 07/STJ)⁷¹. Assim, vê-se que o STJ tem jurisprudência firmada no sentido de que a indenização pelos serviços prestados à administração em decorrência de contrato nulo deve-se lastrear na boa-fé do contratante.⁷²

De outro lado, quando se verifica que o contratado concorreu para dar causa à nulidade, o STJ tem considerado indevidos os pagamentos feitos, ainda que como contraprestação pelo cumprimento da avença, como citado

⁷⁰ REsp 802378/SP, rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julg. em 24-4-2007, DJ 4-6-2007; REsp 753039/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julg. em 21-6-2007, DJ 3-9-2007; REsp 861566/GO, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julg. em 25-3-2008, DJe 23-4-2008; REsp 488842/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, rel. p/ Acórdão ministro Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 17-4-2008, DJe 5-12-2008.

⁷¹ REsp 802378/SP, rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julg. em 24-4-2007, DJ 4-6-2007

⁷² AgRg no Ag 1134084/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, julg. em 4-6-2009, DJe 29-6-2009 e outras decisões no mesmo sentido: REsp 579541/SP, rel. ministro José Delgado, 1ª Turma, julgado em 17-2-2004, DJ 19-4-2004; REsp 317463/SP, rel. ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 16-3-2004, DJ 3- 5-2004; REsp 440178/SP, rel. ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, julgado em 8-6-2004, DJ 16-8-2004; REsp 707710/MG, rel. ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 20-10-2005, DJ 7-11-2005; REsp 547196/DF, rel. ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 6-4-2006, DJ 4-5-2006; REsp 928315/MA, rel. ministra Eliana Calmon, 1ª Turma, julgado em 12-6-2007, DJ 29-6-2007; AgRg no Ag 1056922/RS, rel. ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 10-2-2009, DJe 11-3-2009; REsp 1165987/SP, rel. ministro Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 23-2-2010, DJe 8-3-2010.

anteriormente neste trabalho. Para a Corte, em tais casos, não cabe nem mesmo cogitar de enriquecimento ilícito da administração, pois considera que as alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do Decreto-Lei nº 2.300/86 e do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93 não merecem vingar. Não cabe indenização e nem invocação do princípio da proibição do enriquecimento ilícito.⁷³

Há ainda precedentes do STJ voltados para o reconhecimento do direito do contratado ser pago pelo objeto executado mesmo em face de indícios de fraude, mas proferidos com referência ao parágrafo único do art. 49 do revogado Decreto-Lei nº 2.300/1986, cujo texto aproximava-se do enunciado do parágrafo único do art. 59 da vigente Lei nº 8.666/1993⁷⁴.

Todavia, cumpre ter presente que a licitação, nos termos do art. 3º do citado Decreto-Lei nº 2.300/1986, destinava-se “a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração” e que atualmente, sob a égide da Lei nº 8.666/1993, conforme o respectivo art. 3º, a licitação vocaciona-se, não só “a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração”, mas também “a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia”. Essa segunda finalidade impõe nova interpretação à regra hoje contida no parágrafo único do art. 59, a fim de que não se beneficie quem concorreu para a ilegalidade, contratando com o poder público em desigualdade de condições com os demais interessados, mesmo que os preços praticados não estejam superfaturados.

4.5. Publicidade da aplicação de sanções rígidas como forma de prevenção

A Administração pode, desde o início do processo licitatório, incluir no anúncio ou edital da contratação uma chamada de atenção para as sanções nacionais em matéria de conluio entre concorrentes, como a suspensão temporária do direito de participar em contratações públicas durante um período de tempo, sanções específicas para os conspiradores que

⁷³ REsp 579541/SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, STJ, julg. Em 17/02/2004, DJ 19/04/2004, p.165

⁷⁴ REsp 408785/RN, Rel. Ministro Franciulli Netto, 2ª Turma, julgado em 5-6-2003, DJ 30-6-2003 e do REsp 662924/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 16-6-2005, DJ 1-7- 2005

assinaram a Declaração de Independência de Proposta, possibilidade de a entidade adjudicante solicitar uma indenização pelos prejuízos, e outras sanções⁷⁵.

Deve-se deixar bem claro que quaisquer alegações dos concorrentes quanto a aumentos dos custos dos fatores de produção que levem a que o orçamento seja excedido serão cuidadosamente investigadas. Se durante o processo de contratação pública, houver indícios de práticas anticoncorrenciais, com comportamentos impróprios por parte dos concorrentes ou de algum conflito de interesses potencial⁷⁶, tomar as medidas administrativas e penais cabíveis, com a notícia do suposto crime em andamento para as autoridades competentes.

A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011⁷⁷, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, estabelece que constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública (art. 36, §3º, I, alínea d).

E as sanções previstas nessa lei são ainda mais rígidas se a gravidade dos fatos ou o interesse público geral assim o exigir, pelo que podem ser impostas, isolada ou cumulativamente as penas: a) a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a 3 três semanas consecutivas; b) a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos; c) a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; d) a recomendação aos órgãos públicos competentes para que (i) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de

⁷⁵ OCDE, *op. Cit.*, p. 10

⁷⁶ OCDE, *op. Cit.*, p. 10

⁷⁷ BRASIL. Planalto. Lei nº 12.529/11. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127. Acesso em 18/01/2018

titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito (ii) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; e) a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; f) a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; g) qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

5. Considerações finais

A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, de acordo com a Súmula 473 do STF. Embora exista previsão de prazo decadencial de cinco anos, constante na Lei nº 9.874/99, as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis e se transmitem aos herdeiros, dada a previsão do §5º, do artigo 37, da Constituição Federal, o que pode servir de desestímulo à prática da ilegalidade que pode ser consolidada pela prescrição.

À contratada de má-fé, que deliberadamente fraudou processo licitatório, mediante conluio com outros concorrentes, de maneira a iludir a Administração, induzindo-a a supor que formalizava ato juridicamente idôneo e concorreu para que se produzisse ato viciado, entende-se que a pretensão de ressarcimento de todo o valor despendido pela Administração com o contratado, ou seja, a apropriação do serviço ou bem prestado, sem a contraprestação, é factível.

Portanto, a contratada não pode ser beneficiada pela teoria da vedação ao enriquecimento ilícito da Administração, que encontra dois obstáculos: não pode ser invocado por que, deliberadamente, celebrou o contrato com a Administração violando o princípio da moralidade e agiu com comprovada má-fé; e o dano patrimonial e a lesão aos valores fundamentais sofridos pela Administração são maiores do que a reposição integral pelo contratado. A contratação processada de forma ilícita vem a ser causa autônoma de prejuízo ao erário, com lesividade presumida e a devolução dos valores recebidos de má-fé dá-se em razão de sua equiparação ao produto do crime.

A publicidade da atuação da Administração nos casos de fraudes à licitação pode ter efeito pedagógico e desestimular a formação de conluios entre os concorrentes, somadas a outras medidas que podem ser adotadas pelos administradores para coibir as práticas anticoncorrenciais, como a aplicação de penas severas e de reposição de valores dispendidos.

A certeza da punição e a celeridade servem como um desestímulo à corrupção, respeitando-se o devido processo legal, ao passo que a demora na aplicação da sanção acaba condenando os fatos ao esquecimento e à impunidade. A rapidez na penalização do corrupto desestimula a prática de atos semelhantes e serve como freio à corrupção, assim com a divulgação das ações realizadas pelos órgãos voltados ao combate às fraudes.

O fator econômico – no caso a perda do lucro ou a devolução integral de valores à Administração – cumprem seu papel disciplinador e estimulam uma concorrência saudável. Talvez num futuro não muito distante haverá a consciência de que o Estado serve aos cidadãos e que a corrupção corrói os cofres públicos não só de forma metafórica, mas retira de circulação recursos que seriam destinados à educação, à segurança, à saúde, dentre outras destinações, e mina as possibilidades de desenvolvimento de uma Nação. Eis uma forte razão para entrar nessa batalha e vencer!

Referências

- ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. **O combate à corrupção no Brasil e a lei 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do processo de responsabilização através do acordo de leniência.** REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, vol. 4, n. 1, p. 170-203, 2017, p. 171
- BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1996, Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em 05/01/2018
- _____. Lei nº 12.529/11. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127. Acesso em 18/01/2018
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. Sítio Oficial. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 05/01/2018

- ____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. Sítio Oficial. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em 15/01/2018
- CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. Salvador: JusPodivm. 4.ed, ver, amp., atualizada. 2011,
- COELHO, Alexandre Mauro Alves. **A nulidade das licitações fraudulentas e a recuperação do erário**. I Congresso do Patrimônio Público do Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses/a%20nulidade%20das%20licita%C3%A7%C3%B5es%20fraudulentas%20e%20a%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20do%20er%C3%Alrio.doc>. Acesso em 10/01/2018
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O direito dos particulares à indenização no caso de desfazimento (revogação e anulação) de licitações e contratos administrativos**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6125. Acesso em 05 jan.2018
- DECOMAIN, P. R. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007
- DELFORGE, Thaisa Collet dos Santos. **A governança pública no combate à corrupção**. Controladoria-Geral da União. 6º Concurso de Monografias da CGU. Trabalhos Premiados. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/control-social/arquivos/6-concurso-monografias-2011.pdf>, acesso em 10/01/2018
- FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 7.ed., 2006
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**. São Paulo: Malheiros, 3.ed., 1997
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. Dialética: São Paulo, 15 ed., 2012
- HERNANDES, Pedro Petronillio. **Combate à corrupção no Brasil: análise sob a ótica da economia da corrupção**. Controladoria-Geral da União. 6º Concurso de Monografias da CGU. Trabalhos Premiados. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/control-social/arquivos/6-concurso-monografias-2011.pdf>, acesso em 10/01/2018. PP. 21-22
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

- MEDINA, Marcelo Borges de Mattos Medina. **Dano ao erário em hipóteses de licitação ou contrato viciado.** Revista de Direito Administrativo, Maio/Agosto de 2010
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo.** Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1999
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. I, n. 2, maio, 2001
- MESQUITA, Saulo Marques. **O Combate à Corrupção: Uma Tarefa Possível.** I Concurso de Artigos Científicos da ASBAN e do FOCCO/GO. Novembro de 2011. Disponível em <http://www.prgo.mpf.mp.br/foccoantigo/artigos/SAULO-MARQUES-MESQUITA.pdf>. Acesso em 02/01/2018.
- OCDE – **Diretrizes para o combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas.** Fevereiro de 2009. Disponível em <http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>. Acesso em 10/01/2018
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.** 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007
- SANTOS, Renato Almeida dos. **Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional.** Controladoria-Geral da União. 6º Concurso de Monografias da CGU. Trabalhos Premiados. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/control-social/arquivos/6-concurso-monografias-2011.pdf>, acesso em 10/01/2018
- SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos.** São Paulo: Max Limonad, 2001
- STASSINOPOULOS, Michel D. **Traité des Actes Administratifs.** Collection de l'Institut Français d'Athènes. Paris: Athènes, 1954
- TALAMINI, Daniele Coutinho. **Revogação do ato administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2002

Criminalização do Enriquecimento Injustificado de Servidores Públicos – Estudo Comparativo entre Portugal e Brasil

Criminalization of Unjustified Enrichment of Public Servants – Comparative Study between Portugal and Brazil.

REGINALDO ROBERTO ALBUQUERQUE DE SÁ

Resumo: O presente artigo objetiva estudar as tentativas de criminalização do enriquecimento injustificado de servidores no Brasil e em Portugal. Para tal, buscou-se na bibliografia especializada em relação ao tema, ferramentas de direito comparado que foram utilizados para investigar o cenário da corrupção no Brasil, bem como em Portugal, para posteriormente analisar a tentativa sem sucesso de Portugal em instituir a lei de Enriquecimento Injustificado, a qual foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional através do Acórdão n.º 377/2015. Tal estudo se dá de forma comparada à proposta do Ministério Público Federal brasileiro de criminalização do esquecimento injustificado de servidores públicos, medida incluída no pacote “10 medidas anticorrupção”, apresentadas pelo MPF ao parlamento brasileiro em 2016, com o apoio de 2,5 milhões de assinaturas populares. Através deste estudo, pretende-se antecipar um possível embate judicial que ocorrerá no Brasil após a eventual aprovação desta medida pelo parlamento brasileiro, pois diversas associações de servidores e doutrinadores defendem atualmente a sua inconstitucionalidade.

Palavras-chave: *Combate à Corrupção; Criminalização; Enriquecimento Injustificado de Servidores Públicos; Arguição de Inconstitucionalidade.*

Abstract: This article aims to study the attempts to criminalize the unjustified enrichment of servers in Brazil and Portugal. In order to do so, we have searched in

the specialized bibliography on the subject, comparative law tools that were used to investigate the corruption scenario in Brazil and Portugal, and later to analyze the unsuccessful attempt by Portugal to institute the Unjustified Enrichment law, which was declared unconstitutional by the Constitutional Court through Judgment No. 377/2015. This study is in line with the proposal of the Brazilian Federal Public Ministry to criminalize the unjustified forgetting of public servants, a measure included in the package “10 anti-corruption measures” presented by the MPF to the Brazilian parliament in 2016, with the support of 2.5 million of popular signatures. Through this study, it was possible to anticipate a possible judicial clash that will occur in Brazil after the eventual approval of this measure by the Brazilian parliament, since several associations of servants and doctrinators currently defend their unconstitutionality.

Keywords: *Combating Corruption; Criminalization; Unjustified Enrichment of Public Servants; Argument of Unconstitutionality.*

1. Introdução

O combate à corrupção é um dos maiores desafios dos Estados no Século XXI. Em maior ou menor grau, esse comportamento atrapalha o desenvolvimento de políticas públicas diversas, transferindo recursos públicos para particulares e obstaculizando o desenvolvimento social dos cidadãos de diversos países. A procura de meios de enfrentamento a esse mal deve ser buscado de forma dinâmica, seja com atitudes, conscientização, divulgação, punição exemplar, bem como a necessária mudança na legislação, encontrando limites na Carta Maior de cada País.

2. Conceito de Corrupção

Na definição de Pasquino¹ (1998, p. 291), corrupção seria “o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em

¹ Pasquino, Gianfranco. Verbete – corrupção. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 11^a ed. Brasília: UnB, 1998.

troco de recompensa”. O Autor também conceitua o comportamento do agente corrupto: “corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estadual”.

Matheus Passos Silva elenca, com base em autores diversos e também em Pasquino, três tipos principais de corrupção:

Destaca-se aqui a existência de três tipos de corrupção: 1) Aquela em que um indivíduo se utiliza de recursos financeiros para “mudar a seu favor o sentir de um funcionário público”; 2) O nepotismo, ou seja, a concessão de cargos públicos a familiares ; 3) O peculato, sendo este o “desvio ou apropriação e destinação de fundos públicos ao uso privado” (PASQUINO, 1998, p. 291-2). Vale destacar ainda que a corrupção é uma via de mão dupla, ou seja, participa de ato corruptivo tanto aquele que oferece algo – o corruptor – quanto aquele que recebe ou que se deixa corromper – o corrompido.²

Independentemente da modalidade e do tipo, a corrupção de agentes públicos é um mal de que dilapida o Estado e deve ser combatido com veemência, tanto o agente corrompido, quanto o agente corruptor, inibindo a atuação tanto do público quanto do privado. Primeiro, deve existir controle sobre o controle do agente público, mas reconhecendo sempre que o agente privado também deve ser alvo de reprimendas para se obter o êxito no combate aos ilícitos desta natureza.

In Casu, O direito comparado servirá de alicerce para que seja obtido a referência necessária a ser aplicado ao caso concreto escolhido.

2.1. Importância do Direito Comparado.

O Direito Comparado é ramo rico do Direito. Enquanto uma gama de autores os define como ciência, outros preferem caracterizá-lo como método. Para os objetivos deste artigo, ainda que se reconheça a importância do debate, não buscar-se-á participar dele. Para que as bases teóricas e metodológicas fiquem mais claras, trazem-se as definições clássicas de direito comparado para ancorar a metodologia deste artigo.

² SILVA, Passos Campos, “O Combate à Corrupção Por Meio da Cidadania Ativa”, Revista Estado de Direito, Direitos Fundamentais e combate à Corrupção – Interfaces Portugal/Brasil, p. 6-39,

René David considera que «(...) nada mais é, realmente, que a comparação de direitos, é o método comparativo aplicado no domínio das ciências jurídicas», posição esta adotada por diversos especialistas.

O Professor Francisco Ovídio³ traz as definições clássicas de Direito Comparado:

Sujiyama sustenta que «(...) a ciência do direito comparado é um a das disciplinas da ciência do direito supranacional, fundada no novo direito natural, que tem por objeto realizar o progresso comum do direito mundial, mediante a comparação positiva e a aproximação sistemática dos direitos, e em caso necessário, pela construção jurídica.» Martínez Paz afirma que «(...) é a disciplina jurídica que se propõe, por meio da investigação analítica, crítica e comparativa das legislações vigentes, descobrir os princípios fundamentais relativos e o fim das instituições jurídicas e coordená-las num sistema de direito positivo atual 7:39.»

O mesmo autor apresenta também os objetivos deste ramo do Direito, apresentando os recortes metodológicos da Micro e da Macrocomparação:

O Direito Comparado preocupa-se, inicialmente, com a comparação de sistemas jurídicos particulares de diferentes países, destacando os seus pontos comuns ou distintivos, o que constitui a «macrocomparação». Por outro lado, pode limitar a sua atividade à comparação de determinados institutos jurídicos pertencentes a ordens jurídicas distintas, por exemplo, o contrato no Direito Brasileiro e no Direito Italiano, o que representa a «microcomparação».

Desta forma, para os fins que se almejam, utilizaremos da microcomparação antes os sistemas de combate à corrupção nos contratos administrativos no Ordenamento Jurídico português e brasileiro, visando encontrar debates relevantes sobre convergências e diferenças entre os sistemas.

Essa comparação ganha ainda mais importância pelos laços entre Brasil e Portugal. As origens da Administração Pública brasileira foram fundadas nos moldes portugueses. Enquanto colônia, havia estreitos laços entre os

³ Francisco Ovídio, “Aspectos do Direito Comparado”, disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67009/69619>, conforme acesso em 29/01/2018)

gestores daqui e o Império Português. Com a vinda da corte portuguesa de Lisboa para o Rio de Janeiro em 1808, centenas de “servidores públicos”, termo entre aspas pois eram todos subordinados ao poder monárquico, e não republicano, vieram ao país e assumiram os mais altos postos da administração do novo Império Brasileiro, muitos permanecendo mesmo após o retorno do então coroado D. João VI à Portugal em abril de 1821.

Assim, tanto pela base teórica, quanto pelas próprias pessoas que vieram e ficaram no País com a vinda da corte de Dom João I ao Brasil, assumindo os mais altos cargos da administração Imperial, o impacto do Direito Administrativo português é inegável. A influência portuguesa no direito administrativo brasileiro foi tamanha, que a pesquisadora Martah Farah⁴ diagnosticou seus impactos mais agudos até o ano de 1930, com a implementação do Estado Novo:

A tradição da legislação romana introduzida pela colonização portuguesa marcou, de fato, a administração pública no país até os anos 1930, aproximando-a do que Hood (1995) chamou de tradição *law oriented*, característica da Europa continental. Essa tradição deixou um legado cuja influência se faz sentir até hoje no país, em que pese a incorporação posterior de outras perspectivas da administração pública.

Se a tradição formal era de ordem jurídica, a prática da administração pública era fortemente caracterizada pelo patrimonialismo e pelo clientelismo (Nunes, 1997). E foi contra esta ordem ou, no dizer de Edison Nunes, contra esta “gramática” política, caracterizada pela apropriação do público pelo privado, que, na década de 1930, teve início um esforço de consolidação de uma administração pública moderna. A reforma administrativa do Estado Novo teve como propósito instaurar no país um serviço público nos moldes da burocracia weberiana, com base nos princípios do mérito e da impessoalidade, que viesse se contrapor às características patrimonialistas até então prevalecentes na administração pública.

A influência do Direito Administrativo Português, de inspiração romana, marcado pelo patrimonialismo característico das monarquias pôde-se ser

⁴ (Marta Ferreira Santos Farah*, Administração pública e políticas públicas*, em Revista de Administração Pública- RAP 9ISSN 0034-7612 – Rio de Janeiro 45(3):813-36, Maio/jun. 2011 Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rap/v45n3/11.pdf>, conforme acesso em 29/01/2018.

sentido com muita força até 1930, quando modelo de gestão pública burocrática começou a ser implementado no Brasil. Assim, por sua influência recente e herança inegável, a análise da Administração Pública brasileira, seus problemas e mecanismos de melhora em comparação à Portugal é de grande riqueza para a pesquisa e desenvolvimento do direito e combate à Corrupção.

2.2. A Percepção Social da Corrupção em Portugal e no Brasil

A compreensão dos mecanismos de prevenção de corrupção passa pelo diagnóstico desse problema nos países. Ao entender como os nacionais vêem o problema da corrupção em seus países, pode-se ter um recorte de como a legislação e as instituições vêm trabalhando no combate a esses ilícitos através do olhar de seus cidadãos.

A transparência internacional, movimento global pela transparência e combate à corrupção com base em Berlim, divulga regularmente um ranking de percepção de corrupção em 176 países. O ranking é formado através de notas de 0 (corrupção alta) a 100 (corrupção baixa). A média global do ranking é 43. Os países que lideram o ranking da corrupção são Dinamarca e Nova Zelândia, com índice de transparência de 90. Entre os cinco países mais bem avaliados também se encontram Finlândia (89 pontos), Suécia (88) e Suíça (86)

A entidade destaca que, embora nenhum país esteja livre de corrupção, os países mais bem avaliados no ranking, compartilham características de governo aberto, liberdade de imprensa, liberdades civis e sistemas judiciais independentes.

De acordo com o ranking de Transparência Internacional, a Somália, com 10 pontos no ranking, é o país com maior percepção de corrupção dentre as nações analisadas.

Assim, ao comparar-se a posição no ranking e a percepção da população sobre a corrupção de Brasil e Portugal, pode-se ter uma compreensão maior sobre o grau de desvios em cada uma das nações.

Portugal apresenta um resultado melhor do que o Brasil no ranking anual da Transparência Internacional, indicando que o combate à corrupção lusitana está mais avançado do que em terras tupiniquins. Ainda que o resultado de Portugal seja interessante, está em 29º lugar de 176 países

analisados, ressalta-se que o país está estagnado na mesma faixa de pontos a alguns anos, o que indica que o combate à corrupção, à luz dessa pesquisa, não vem aumentando nesse país. A pontuação de Portugal no ranking é 62. O infográfico abaixo apresenta um panorama global da corrupção e uma escala da variação da pontuação lusitana de 2012 até 2016:

Índice de percepção da corrupção 2016



O Brasil também é analisado por esta pesquisa. Entretanto, obtém resultados muito inferiores aos portugueses. Para se ter uma ideia, o Brasil está em 79º lugar no ranking no mesmo ano de 2016. A pontuação brasileira no ranking é 40. Em uma análise dos anos anteriormente, de 2012 até 2016 nos mostra que os brasileiros percebem um aumento na percepção de corrupção no País. Em 2012, a pontuação brasileira era de 43 pontos, em 2016, 40 pontos.

Uma hipótese que pode explicar esse aumento no grau de percepção de desvios é o desvelamento, pela Operação Lava Jato e outras operações, de inúmeros ilícitos cometidos durante diversos governos brasileiros.

Assim, comparando a percepção sobre a corrupção entre os dois países objeto deste estudo, percebe-se que Portugal aparenta estar mais avançado no combate à corrupção do que o Brasil, pelo menos na percepção dos seus cidadãos. Possivelmente, tal diferença de percepção pode estar refletida nos mecanismos de combate à corrupção de ambos os países.

Interessante ressaltar, além do mérito português no combate à corrupção, os mecanismos de transparência e combate à corrupção que se tornaram obrigatórios para o ingresso na União Europeia, que podem ter contribuído para a melhoria das instituições e normativos jurídicos sobre o tema.

2.3. Pontos de Convergência Legislativa no Combate à Corrupção

2.3.1. Legislação existente a respeito do tema em ambos os países

Como não poderia ser diferente, existem no sistema jurídico de ambos os países, legislação a respeito do controle aplicável a práticas ilícitas de agentes públicos visando o combate a corrupção.

O exercício das funções públicas exige a observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública e transparência dos órgãos administrativos, bem como daqueles investidos nos cargos ou funções públicas, sejam de natureza política ou administrativa.

Nesse sentido, em Portugal, a Assembleia da República decretou a Lei n.º 4/83, de 2 de abril, que regulamenta o controle público da riqueza dos titulares de cargos políticos. Referido diploma legal tipifica o crime de riqueza injustificada e visa a promover a probidade e transparência dos titulares de cargos políticos, obrigando-os à declaração de patrimônio e rendimentos.

Há a obrigatoriedade de apresentar declaração de patrimônio e rendimentos aos titulares de cargos políticos, antes do início do exercício das correspondentes funções e quando cessarem as funções. Dessa forma, pode-se perceber eventual incompatibilidade no crescimento patrimonial em relação aos ganhos no exercício da função. Funciona como um instrumento preventivo de práticas associadas à corrupção.

Na declaração exigida pela lei, deve constar, além de demonstrativo do passivo e ativo patrimonial, referência a cargos sociais independentemente se exercido em empresa pública ou privada, bem como a indicação de rendimentos. A Lei n.º 4/83 em seu artigo 1.º prescreve o teor das declarações⁵.

⁵ Lei n.º 4/83 de 2 de Abril. Controle público da riqueza dos titulares de cargos políticos. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=674&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 01/02/2018.

No Brasil, a lei Nº 8.429, de 2 de junho de 1992, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos ou função na Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional⁶. Conforme previsto no artigo 13 da lei 8.429/92, é obrigatória para a posse e o exercício de agente público a apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

O teor da declaração a que se refere o artigo 13 é detalhado pelo Decreto Nº 5.483, de 30 de junho de 2005⁷, que regulamenta, no âmbito do Poder Executivo Federal, o art. 13.º da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, e institui a sindicância patrimonial.

Fazendo um paralelo entre a declaração de bens a que se refere a lei brasileira e a constante no artigo 1.º da lei portuguesa n.º 4/83, encontram-se algumas diferenças. Primeiramente, no que se refere aos períodos em que devem ser apresentadas as declarações, na lei portuguesa aos agentes públicos é exigida a declaração de bens no prazo de 60 dias após o início das funções, devendo ser apresentada uma nova declaração, no mesmo prazo, quando cessarem as respectivas funções. É exigida atualização sempre que houver acréscimo patrimonial acima de cinquenta salários mínimos, conforme prescreve o artigo 2º do mesmo diploma legal.

Na regra brasileira, prevista no decreto 5.483/2005, a declaração de bens e valores dos agentes públicos condiciona a posse e o exercício em cargo, emprego ou função da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional. Além da declaração inicial os agentes públicos atualizarão, em formulário próprio, anualmente e no momento em que deixarem o cargo, emprego ou função, a declaração dos bens e valores, com a indicação da respectiva variação patrimonial ocorrida, nos termos do artigo 3.º do mesmo decreto.

⁶ Lei Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 01/02/2018.

⁷ DECRETO Nº 5.483, DE 30 DE JUNHO DE 2005. Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo Federal, o art. 13 da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, institui a sindicância patrimonial e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5483.htm. Acesso em: 01/02/2018.

A lei portuguesa⁸ tem como destinatários os titulares de cargos políticos e aqueles que exercem funções equiparadas a cargos políticos, nos termos do artigo 1.º, sendo a lei brasileira, em relação aos destinatários, bem mais abrangente, haja vista considerar todos os agentes públicos, sendo esse o conteúdo do seu artigo 2.º⁹

Além daqueles que exercem cargos ou funções públicas, nos termos da lei 8.429/92, a declaração conterà bens e valores do cônjuge, companheiro, filho ou qualquer outra pessoa que viva sob a dependência econômica do declarante. Nesse ponto, a lei brasileira avançou em relação à lei portuguesa.

A lei 8.429/92 ainda tipifica condutas tidas como atos de improbidade administrativa, punindo os atos que importem enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios da Administração Pública, punindo, independentemente das sanções penais, civis ou administrativas, consoante previsão do artigo 12.º do referido diploma legal.

Nos termos do artigo 3.º N.º 1 da Lei n.º 4/83, as punições para não cumprimento da apresentação da declaração de bens são perda de mandato, demissão ou destituição judicial, conforme o caso, ou, quando se trate da situação prevista na primeira parte do n.º 1 do artigo 2.º, incorrer em inibição por período de um a cinco anos para o exercício de cargo.

Conforme pode ser percebido, apesar de algumas semelhanças, há inúmeras diferenças na legislação que visa a fiscalizar a evolução patrimonial com o intuito de coibir o enriquecimento ilícito nos dois países; diferenças que vão desde a titularidade do patrimônio a ser declarado até ao período de apresentação e atualização da declaração de bens e valores. A lei brasileira aparenta maior rigor quando se verifica a obrigatoriedade da apresentação da declaração de atualização de bens, anualmente, independentemente dos valores acrescidos ao patrimônio dos agentes públicos. De outra forma, a lei portuguesa só exige declaração de atualização de patrimônio quando o acréscimo patrimonial exceder a 50 salários mínimos. No que se refere

⁸ Lei n.º 4/83 de 2 de Abril. Controle público da riqueza dos titulares de cargos políticos. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=674&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 01/02/2018.

⁹ “Art. 2.º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

aos destinatários da lei, a definição dada a agente público, pela lei brasileira se mostra mais abrangente.

Outra previsão que demonstra maior rigor da lei brasileira é a inclusão na referida declaração, além dos bens e valores dos agentes públicos, os bens e valores do cônjuge, companheiro, filho ou qualquer outra pessoa que viva sob a dependência econômica do declarante.

2.3.2. Criminalização do Enriquecimento Sem Causa – proposta de alteração legislativa

Tramita atualmente no congresso brasileiro um pacote de medidas anticorrupção elaborado pelo Ministério Público Federal e apoiado por diversas entidades públicas e da sociedade civil. Tal pacote é chamado de 10 medidas contra a corrupção e atualmente encontra-se em discussão no Senado Federal como Projeto de Lei da Câmara nº 27/2017.

Entre as diversas medidas propostas, algumas delas envolvendo mais de uma ação, está a medida 2, que visa a tipificação penal do enriquecimento sem justificativa dos servidores públicos. Tal medida polêmica busca alterar o ônus probatório para os servidores públicos brasileiros, que, caso não consigam comprovar a origem de seus rendimentos, cometeriam um ilícito penal.

Essa proposta gerou grandes debates entre doutrinadores, parlamentares, sindicalistas e sociedade civil, pois, ao mesmo tempo que poderia trazer maior segurança para o erário, traria um possível desrespeito aos direitos fundamentais dos servidores públicos brasileiros, atacando diretamente o Princípio da Presunção de Inocência, consagrado no provérbio romano: “*in dubio pro réu*”.

A proposta de enriquecimento ilícito foi apresentada em conjunto com as demais medidas anticorrupção propostas pelo MPF no Pacote “10 medidas contra a corrupção” em um projeto de lei de Iniciativa Popular que recebeu aproximadamente 2,5 milhões de assinaturas. Em sua justificativa, o Ministério Público Federal sustenta o que segue¹⁰:

¹⁰ Conforme disponível no sitio eletrônico do MPF <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>, conforme acesso em 15/01/2018.

Adicionalmente, a criminalização do enriquecimento ilícito também desvaloriza – sob ponto de vista de conduta e de resultado – a discrepância entre o patrimônio global do agente público e o patrimônio de origem lícita. O estado patrimonial discrepante, não raro oculto ou disfarçado, de um agente público sujeito a regras de escrutínio, transparência e lisura pode ser tipificado.

Assim, a *#medida2* propõe a tipificação do enriquecimento ilícito como art. 312-A. No tocante ao tipo penal, foi adotada a redação da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal (relator senador Pedro Taques), adicionando-se a conduta de “possuir”. A pena adotada, de três a cinco anos, foi aquela do Projeto de Lei nº 5.586/2005, oferecido originariamente pela Controladoria-Geral da União. Ainda assim, as penas continuam a ser passíveis de substituição no caso de delitos menos graves.

O ônus de provar a existência de renda discrepante da fortuna acumulada é da acusação, que só terá êxito se nem uma investigação cuidadosa nem o investigado apontarem a existência provável de fontes lícitas. Evidentemente, se a investigação ou o acusado forem capazes de suscitar dúvida razoável quanto à ilicitude da renda, será caso de absolvição.

O Projeto foi apresentado na Câmara dos Deputados em 2016 e foi autuado como Projeto de Lei 4850/2016¹¹. O projeto teve um trâmite acelerado e polêmico: os parlamentares alteraram o projeto inicial em diversos pontos e, segundo a opinião de membros do Ministério Público brasileiro, teriam retalhado o projeto, esvaziando-o de institutos jurídicos capazes de mudar a realidade brasileira.

Controvérsias a parte, o estudo da proposta legislativa e da sua justificativa perante o congresso é de relevância para compará-la ao que foi discutido em Portugal quando da tentativa de criminalização da conduta de enriquecimento ilícito.

O texto Original pretendia criar o art. 312-A no Código Penal Brasileiro, situado no capítulo I, do Título XI, que descreve os crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, tipificando a conduta de enriquecimento ilícito nos seguintes termos:

¹¹ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>, conforme acesso em 15/01/2018.

“Enriquecimento ilícito

Art. 312-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito: Pena – prisão, de 3 (três) a 8 (oito anos), e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

§ 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do caput, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa.

§ 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.”

Na justificativa para a apresentação da mudança legislativa, forma levantados argumentos interessantes pela aprovação do projeto, entre os quais a refutação de que tal instituto representaria a inversão do ônus da prova contra os servidores públicos, argumento este que, conforme será apresentado mais à frente, será um dos que embasará a declaração de inconstitucionalidade da Lei Portuguesa:

Reforça-se que não se trata de uma inversão do ônus da prova no tocante ao caráter ilícito da renda, mas sim de acolher a única explicação para a discrepância que é encontrada em dado caso concreto, após investigados os fatos e ouvido o servidor. Essa solução é amparada na **moderna teoria explicacionista da prova, que tem por foco encontrar a hipótese que melhor explica a evidência disponível, bem como na tradicional teoria indutiva, que foca em associações entre coisas que estão normalmente vinculadas com base na experiência que todos compartilhamos e é o fundamento de qualquer exame sobre provas. (Grifos nossos).**

Em outras palavras, com base na experiência comum por todos compartilhada, se a acusação prova a existência de renda discrepante da fortuna acumulada e, além disso, nem uma investigação cuidadosa nem o investigado apontam a existência provável de fontes lícitas, pode-se concluir que se trata de renda ilícita. Evidentemente, se a investigação ou o acusado forem capazes de suscitar dúvida razoável quanto à ilicitude da renda, será caso de absolvição.

Conforme afirmado acima, na análise das propostas pela Câmara dos Deputados, foi apresentado um projeto de lei Substitutivo alterando diversos dos institutos propostos pela Lei de Iniciativa Popular. Entre as alterações, restringiu-se e muito a incidência do crime de Enriquecimento Ilícito, praticamente inviabilizando o seu efeito moralizador e de combate à corrupção. Assim, visando reconstituir a redação original do projeto, o Senador Lasier Martins, já com o projeto tramitando no Senado Federal, apresentou emenda ao Projeto de Lei da Câmara:

A tipificação do enriquecimento ilícito constava do art. 2º do Projeto de Lei nº 4.850, de 2016, apresentado à Câmara dos Deputados, e corresponde à Medida 2 do projeto de lei de iniciativa popular das “10 Medidas Contra a Corrupção”.

O então Relator, Deputado Onyx Lorenzoni, propôs aperfeiçoamentos ao tipo originalmente previsto no PL, com a inclusão de outros núcleos do tipo, a fim de o rol de refletir todos os negócios jurídicos previstos no Código Civil, e ajustes de técnica legislativa, como a substituição da expressão “servidor público” por “funcionário público” para harmonização com o disposto no art. 327 do Código Penal.

Na Comissão Especial a redação sofreu alterações que dilapidaram o tipo então previsto, com a supressão de alguns núcleos do tipo e outros elementos do crime. Contudo, manteve sua essência primitiva.

Todavia, por meio de destaque, o crime proposto foi completamente suprimido do Substitutivo na votação pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

O enriquecimento ilícito de servidor público decorre comumente da prática de corrupção e crimes conexos. No entanto, não raras vezes é muito difícil punir o crime de corrupção, salvo quando uma das partes revela sua existência, o que normalmente não acontece.

Tal medida também esteve recentemente no centro dos debates do direito penal e administrativo em Portugal. Em 2015, o Parlamento Português aprovou uma lei com o mesmo objetivo do projeto brasileiro: punição ao acréscimo de patrimônio não justificável pelo rendimento declarado ao fisco. O Projeto foi aprovado pelo Parlamento português através do Decreto Nº 369/XXI, da denominada Assembleia da República, entretanto, sua constitucionalidade foi questionada na Suprema Corte lusitana, o Tribunal

Constitucional pelo Presidente da República Portuguesa. O Decreto previa a inclusão no Código Penal Português do Artigo 335-A:

“Artigo 335.º-A

Enriquecimento injustificado

1 – Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património incompatível com os seus rendimentos e bens declarados ou que devam ser declarados é punido com pena de prisão até 3 anos.

2 – As condutas previstas no número anterior atentam contra o Estado de direito democrático, agridem interesses fundamentais do Estado, a confiança nas instituições e no mercado, a transparência, a probidade, a idoneidade sobre a proveniência das fontes de rendimento e património, a equidade, a livre concorrência e a igualdade de oportunidades.

3 – Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se por património todo o ativo patrimonial líquido existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.

4 – Para efeitos do disposto no n.º 1, entendem-se por rendimentos e bens declarados, ou que devam ser declarados, todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como os rendimentos e bens objeto de quaisquer declarações ou comunicações exigidas por lei.

5 – Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 350 salários mínimos mensais a conduta não é punível.

6 – Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 500 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.”

Inicialmente, cabe apontar a diferença na técnica legislativa entre os dois países. Na legislação aprovada em Portugal, há previsão de valores insignificantes penalmente, conforme se vê no item 5, além da definição conceitual de alguns dos elementos do tipo penal, como património e rendimentos e bens declarados, itens 3 e 4.

Ao apreciar a causa, através do Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 377/2015, O Tribunal Constitucional sustentou a inconstitucionalidade da norma que institui o regime legal do enriquecimento injustificado, por violação do princípio da presunção de inocência consagrado no artigo 32, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, parecendo resultar do desenho o tipo incriminador a presunção da prática do crime, bem como a inversão do ónus da prova.

O Acórdão foi relatado pela Conselheira Maria Lúcia Amaral. Abaixo um extrato dos principais argumentos utilizados¹², quais sejam, a inversão do ónus probatório contra o Réu e a conseqüente violação do Princípio da Presunção de Inocência e a ausência de definição do bem jurídico tutelado e da lesividade da conduta criminalizada, violação do Princípio da Legalidade:

Violação do Princípio da Presunção de Inocência

Assim, e subsidiariamente, pode dizer-se que, sendo deste modo construído o tipo, tudo indica que se considerará *consumado* o crime pela reunião destes dois elementos: património detido, possuído ou adquirido por um lado; incompatibilidade entre este e o sujeito a declaração, por outro. Pelo menos, é o que decorre de uma formulação literal que associa a censura penal à simples verificação de uma certa situação ou de um certo estado de coisas, resultante exclusivamente de uma incongruência, ou de uma «incompatibilidade», entre duas grandezas. A ser assim presumido o cometimento do crime, sobre o agente recairá o ónus de, já no âmbito de um processo contra si instaurado, vir a oferecer justificação para a verificada variação patrimonial. E tal significará que, logo na formulação do tipo criminal e pelo modo como ele foi construído, se contrariou o princípio da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da CRP), entendido, na sua dimensão substantiva, enquanto vínculo do próprio legislador penal.

Violação do Princípio da Legalidade

Perante esta incriminação «típica», porém, torna-se desde logo *manifesto* que, com o seu desenho, o legislador não cumpriu o dever que sobre

¹² Acórdão Do Tribunal Constitucional N.º 377/2015, Publicado em 12/08/2015, disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/69992910/details/maximized>, conforme acesso em 15/01/2018.

ele impende de identificar com a máxima precisão que a natureza da linguagem consentir o facto voluntário que considera punível. A descrição da infração criminal, deste modo feita pelo decreto da Assembleia, não cumpre na verdade as exigências decorrentes do princípio constitucional de *lex certa*, textualmente sediado no n.º 1 do artigo 29.º da CRP. É que, desde logo, não cumpre a função precípua de garantia que o princípio da legalidade penal, nas vestes de tipicidade, prossegue – a de tornar cognoscível o sentido da proibição penal, de modo a que os cidadãos com ela se possam conformar ou por ela se possam orientar. Como se disse no Acórdão n.º 168/99 (cfr., *supra*, ponto 10.2.): «averiguar da existência de uma violação do princípio da tipicidade, enquanto expressão do princípio constitucional da legalidade, equivale a apreciar da conformidade da norma penal [aplicável] com o grau de determinação exigível para que ela possa cumprir a sua função específica, a de orientar condutas humanas, prevenindo a lesão de relevantes bens jurídicos. *Se a norma incriminadora se revela incapaz de definir com suficiente clareza o que é ou não objeto de punição, torna-se constitucionalmente ilegítima*». Ora é precisamente nestas circunstâncias que se encontra a norma incriminadora constante do n.º 1 do artigo 335.º-A, que o decreto da Assembleia pretende aditar ao Código Penal.

Com efeito, e em primeiro lugar, ao considerar-se punível a verificação de uma mera variação patrimonial, ou uma incongruência entre duas grandezas – o património «tido» e o sujeito a declaração – deixa-se por identificar o concreto «comportamento», comissivo ou omissivo, ao qual se associa o juízo de desvalor penal. A exigência que decorre do n.º 1 do artigo 29.º da CRP, segundo o qual «ninguém deve ser sentenciado senão em virtude de lei (...) que declare punível a ação ou omissão (...)» fica assim por cumprir. O que o artigo 335.º-A do decreto da Assembleia pretende criminalizar confunde-se com um estado de coisas reportado a uma situação objetiva de incompatibilidade. Perante uma tal deficiência na construção legislativa do tipo, fica-se logo por esse motivo sem saber em que é que consiste, com o mínimo de determinação exigível, o facto voluntário punível, de modo a que com a previsão penal se possam harmonizar os comportamentos dos cidadãos.

Conclusão

Da análise realizada na tipificação penal de enriquecimento injustificado de servidores públicos em Portugal e no Brasil, conclui-se que em ambos os países tenta-se criminalizar tal conduta, por ser mais uma das muitas propostas legislativas que são trazidas, visando o combate à corrupção, muito também pela recomendação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003.

Em Portugal, a tentativa do parlamento em criminalizar tal conduta foi frustrada pela Suprema Corte que declarou inconstitucional a medida após pedido do Presidente da República. Para fundamentar tal decisão o Tribunal Constitucional lusitano entendeu que tal criminalização afrontava o Princípio da Presunção de Inocência e da Legalidade.

No Brasil, a medida tramita no Congresso Nacional com muita controvérsia e percalços, correndo o risco de ser desfigurada e perder sua eficácia. Além disso, corre o risco de judicialização após sua aprovação, nos moldes do que aconteceu em Portugal. Entretanto, considerando a argumentação sustentada pelo Tribunal lusitano, antecipa-se que os parlamentares brasileiros e o Ministério Público Federal, proponente da medida, vêm argumentando no sentido de rebater desde o início as teses de inconstitucionalidade amparada na inversão do ônus da prova.

Fato é que, conforme relatado acima, a medida de tipificar a conduta dos agentes públicos que enriquecem ilícitamente, por mais que possa trazer grandes benefícios ao combate à corrupção, transita numa tortuosa fronteira de constitucionalidade e gera muita polêmica nos países estudados, o que aponta para um rico, longo e produtivo debate sobre a medida.

Referências

- OVÍDIO, Francisco. “Aspectos do Direito Comparado”, disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67009/69619>, conforme acesso em 29/01/2018)
- FARAH, Marta Ferreira Santos. Administração pública e políticas públicas*, em *Revista de Administração Pública- RAP* 9ISSN 0034-7612 — Rio de Janeiro 45(3):813-36, Maio/jun. 2011

disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rap/v45n3/11.pdf>, conforme acesso em 29/01/2018.

PASQUINO, Gianfranco. Verbete “corrupção. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 11ª ed. Brasília: UnB, 1998.

SILVA, Passos Campos. “O Combate à Corrupção Por Meio da Cidadania Ativa”, Revista Estado de Direito, Direitos Fundamentais e combate à Corrupção – Interfaces Portugal/Brasil, 2016, p. 6-39,

PORTUGAL. *Lei n.º 4/83 de 2 de Abril*. Controle público da riqueza dos titulares de cargos políticos. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=674&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 01/02/2018.

BRASIL. *Lei Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 01/02/2018.

BRASIL. *Decreto nº 5.483, DE 30 DE JUNHO DE 2005*. Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo Federal, o art. 13 da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, institui a sindicância patrimonial e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5483.htm>. Acesso em: 01/02/2018.

BRASIL. Ministério Público federal.

<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>, conforme acesso em 15/01/2018.

BRASIL. CAMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>, conforme acesso em 15/01/2018.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão Nº 377/2015, Publicado em 12/08/2015, disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/69992910/details/maximized>, conforme acesso em 15/01/2018.

Atuação da Advocacia-Geral da União no combate à improbidade administrativa

Attachment of the Attorney General's Office in the fight against administrative improbity

BRUNO LEONARDO GUIMARÃES GODINHO

Resumo: O presente artigo pretende discorrer sobre a Advocacia-Geral da União, instituição que tem previsão constitucional (artigo 131), tendo sido criada pela Lei Complementar nº 73/93. Neste intuito, de modo sintético, apresenta-se seu organograma, traçando as linhas mestras das competências internas. Dentre tais ramos, foi enfatizada a Procuradoria-Geral da União, especialmente no que tange ao combate à improbidade administrativa. Nessa senda, foi exposta também a intensa e crescente cooperação institucional encetada com o Tribunal de Contas da União e a Controladoria-Geral da União. Para tal desiderato foi consultada a bibliografia referente à Advocacia Pública – diga-se de passagem, ainda um tanto escassa – com atenção voltada à defesa do princípio da Moralidade Administrativa. Foi adotado o método discursivo, louvando-se na doutrina nacional. Ao final, foi apresentado um breve rol quantitativo das ações judiciais afetas à matéria, bem como os valores financeiros subjacentes. A título de conclusão, foram expostas sumárias propostas de aprimoramento funcional tendentes a incrementar a defesa da Probidade Administrativa e a proteção do Erário.

Palavras-chave: *Combate; improbidade; advocacia-geral; controladoria.*

Abstract: This article intends to discuss the Advocacy General of the Union, an institution that has a constitutional provision (article 131), and was created by Complementary Law n. 73/93. In this sense, in a synthetic way, its organizational chart is presented, outlining the main lines of internal competencies. Among these branches, the Office of the Attorney General of the Union was emphasized, especially regarding the fight against administrative improbity. In this way, the

intense and growing institutional cooperation initiated with the Brazilian Court of Auditors and the Office of the Comptroller General of the Union was also exposed. For this purpose, the bibliography referring to Public Advocacy was consulted – in passing, still somewhat scarce – with attention focused on the defense of the principle of Administrative Morality. The discursive method was adopted, praising itself in the national doctrine. At the end, a brief quantitative list of the lawsuits related to the matter was presented, as well as the underlying financial figures. By way of conclusion, summary proposals of functional improvement were presented, tending to increase the defense of Administrative Probity and the protection of the Treasury.

Keywords: *combat; impropriety; advocacy general; comptroller.*

1. Introdução

Cuida a presente abordagem da instituição voltada à defesa da Pessoa Jurídica Constitucional, com destaque à proteção ao Erário das investidas ilegais e/ou imorais contra si perpetradas. Com efeito, a União é o ente central da federação, nos moldes insculpidos na Constituição Federal. Exercendo tal protagonismo, relaciona-se com os demais entes autônomos: os estados-membros, o Distrito Federal e os municípios (estes representam uma peculiaridade do sistema federativo pátrio), compondo a organização político-administrativa brasileira.

O Poder Constituinte originário concebeu a Advocacia-Geral da União – AGU, em seu artigo 131, incumbindo-lhe a representação judicial e extrajudicial, bem como a consultoria e o assessoramento jurídico ao Poder Executivo. No plano internacional, a União representa a República Federativa do Brasil. O próprio texto constitucional dispôs que a Advocacia-Geral da União teria seus balizamentos normativos estabelecidos em sede de Lei Complementar, no que toca a sua organização e funcionamento.

Nas linhas seguintes, serão abordadas questões afetas à defesa do patrimônio público e à moralidade administrativa, levadas a efeito pela AGU. Para a caracterização do ato de improbidade administrativa, segundo se depreende do tipo previsto nos artigos 1º e 2º, da Lei nº 8.429/92, é necessária a configuração do binômio “ato praticado por agentes públicos”, “em

detrimento das entidades enumeradas na lei antedita”. Há de se verificar a incongruência da conduta do agente com os princípios norteadores da atividade estatal. A tônica, então, será a observância do conceito de juridicidade, que se desdobra nos princípios da legalidade e da moralidade.

É preciso, em seguida, aquilatar o elemento subjetivo do agente: o ato de vontade livre e consciente de que seu ato viola princípios da atividade estatal. Admite-se, nessa seara, o dolo direto, o indireto ou eventual e a modalidade culposa. Neste último caso, somente se configura se houver efetiva lesão ao Erário (artigo10).

Há, portanto, diversificadas possibilidades de se configurarem as transgressões legais sob análise, que hão de ser coibidas diuturnamente, tanto na seara contenciosa (repressiva) quanto na consultiva (preventiva).

2. Da Advocacia-Geral da União

Nos termos do art. 131 da Constituição Federal, a Advocacia-Geral da União da União (AGU) é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar¹ que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

A atuação da Advocacia-Geral da União se dá, portanto, em dois planos fundamentais: a) representação judicial e extrajudicial da União e b) consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo federal.

A **representação judicial** é exercida em defesa dos interesses da União, nas causas em que esta figura como autora, ré ou interveniente.

A **representação extrajudicial** é exercida perante entidades não vinculadas à Justiça, como, por exemplo, órgãos administrativos dos Estados ou Municípios, em questões eminentemente jurídicas (ex: termo de ajustamento de conduta).

A **representação judicial** da União é exercida pelo Advogado-Geral da União, pela Procuradoria-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (esta última em matéria tributária). A Procuradoria-Geral

¹ Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Federal, criada pela Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2012, vinculada à AGU, representa judicialmente não a União, mas as autarquias e fundações públicas federais.

Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional:

- a) apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial;
- b) representar a União na execução de sua dívida ativa;
- c) representar a União nas causas de natureza fiscal.

A competência da Procuradoria-Geral da União é residual. A ela cabe a representação da União nas causas que não se inserem nas específicas competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

A competência da Procuradoria-Geral Federal diz respeito à defesa dos interesses das autarquias e fundações federais.

A **atividade de consultoria** dá-se por meio do assessoramento e orientação jurídicos aos dirigentes dos órgãos do Poder Executivo da União, com vistas a conferir segurança aos atos administrativos que serão praticados, notadamente quanto à materialização das políticas públicas, à viabilização das licitações e contratos administrativos e, ainda, na proposição e análise de medidas legislativas.

A consultoria e o assessoramento jurídico dos órgãos da administração direta são realizados pelo Advogado-Geral da União e pela Consultoria-Geral da União. A das autarquias federais é realizada pela Procuradoria-Geral Federal.

Excepcionalmente, atividade de consultoria e assessoramento jurídico do Ministério da Fazenda compete à Procuradoria da Fazenda Nacional.

3. Da Procuradoria-Geral da União

À Procuradoria-Geral da União, diretamente subordinada ao Advogado-Geral da União, compete representar a União em causas não fiscais e defender as políticas públicas emanadas do governo federal.

Em sua atuação proativa, à Procuradoria-Geral da União compete: ajuizar as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa; ajuizar

as demais ações civis públicas²; ajuizar ações de ressarcimento; ajuizar as execuções dos julgados do Tribunal de Contas da União; promover o cumprimento de sentenças (obrigação de pagar) e a execução de outros títulos executivos; intervir, no polo ativo, nas ações populares, nas ações civis públicas por ato de improbidade e nas ações civis públicas, em geral, ajuizadas por outros entes ou instituições colegitimados, a exemplo do Ministério Público, estados e municípios.

4. Da defesa da probidade

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da Moralidade Administrativa foi alçado ao nível constitucional, passando a reger não só as relações entre a Administração Pública e os particulares, mas também as relações entre aquela e seus agentes.

Visou o Legislador Constituinte, com a consagração desse princípio, a que agentes e administradores públicos imprimissem em sua conduta um conteúdo ético, de modo que passasse a distinguir não apenas o legal e o ilegal, o conveniente e o inconveniente, mas também o honesto e o desonesto.

Mas não foi só isso. Objetivando conferir uma efetiva proteção à moralidade administrativa, a Constituição Federal dispõe em seu art. 37, § 4º, que ***“os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”***.

É oportuna a lição de Marcelo Figueiredo, a seguir transcrita:

“A probidade, denominada **moralidade administrativa qualificada**, refere-se a determinado aspecto da moralidade administrativa. A probidade se encontra vinculada ao aspecto da conduta do administrador; assim, pode-se dizer que viola a probidade o agente público, no qual, em suas tarefas e deveres cotidianos, atrita os denominados **tipos legais**” (FIGUEIREDO, 2000, p. 22).

² Como, por exemplo, as que são aforadas em defesa do patrimônio imobiliário e minerário da União e do meio ambiente.

No que se refere à imoralidade administrativa, convém, para bem ilustrar a presente exposição, trazer à baila o conhecimento ofertado por Di Pietro, *verbis*:

“Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa” (DI PIETRO, 2013, p. 684).

No plano infraconstitucional, editou-se a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”.

A referida lei tipificou os atos de improbidade administrativa, classificando-os em atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9^o), que causam prejuízo ao erário (art. 10⁴), decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro e tributário (art. 10-A⁵) e que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11⁶).

³ Art. 9^o Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1^o desta lei, e notadamente:

(...)

⁴ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1^o desta lei, e notadamente:

(...)

⁵ Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1^o do art. 8^o-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

(...)

⁶ Art. 11. 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:

(...)

As sanções cominadas pela Lei nº 8.429/92 consistem na perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja o agente sócio majoritário.

São legitimados para a propositura da ação com vistas à responsabilização do agente ímprobo o Ministério Público Federal e a pessoa jurídica interessada.

Portanto, em conformidade com o disposto no art. 17 da Lei n.º 8.429/92 c/c art. 5º, inciso III, da Lei nº 7.347/85, a União é uma das entidades legitimadas a promover, por meio da Ação Civil Pública, a defesa judicial dos interesses difusos relativos à probidade administrativa e ao patrimônio público.

Constitui-se, destarte, atribuição da Procuradoria-Geral da União, pelo seu Departamento de Patrimônio e Probidade e dos órgãos de execução regionais (Procuradorias Regionais da União, Procuradoria da União nos Estados e Procuradorias Seccionais da União) a defesa da probidade administrativa, que se realiza, judicialmente, mediante a propositura de ações civis públicas por atos de improbidade administrativa praticados em detrimento dos interesses da União.

5. Da atuação proativa da Procuradoria-Geral da União em matéria de probidade administrativa

Em 25 de setembro de 2008, a Procuradoria-Geral da União criou grupos permanentes de atuação proativa no âmbito das Procuradorias-Regionais da União, Procuradorias da União nos Estados e Procuradorias-Seccionais da União, que têm por precípuas atribuições:

- I – Propor e acompanhar:
 - a) ação civil pública em geral;
 - b) ação civil pública por ato de improbidade administrativa;
 - c) ação de ressarcimento ao Erário decorrente de atos de improbidade ou cuja recomposição seja superior a um milhão de reais, independentemente da natureza; e

- d) ação de execução de julgados do Tribunal de Contas da União;
- II – intervir no polo ativo, se for o caso, em:
- a) ação civil pública em geral;
 - b) ação civil pública por ato de improbidade administrativa; e
 - c) ação popular.

III – atuar no âmbito extrajudicial com a instauração e acompanhamento de procedimento administrativo prévio tendente à coleta de documentos e informações indispensáveis à atuação judicial.

Ademais, a Advocacia-Geral da União firmou, em 25 de janeiro de 2007, com a Controladoria-Geral da União⁷ (hoje Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União), o Acordo de Cooperação Técnica

⁷ Cumpre esclarecer que se inserem, nos termos da Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016, dentre as atribuições do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU: a) a adoção das providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal; b) a decisão preliminar acerca de representações ou denúncias fundamentadas que receber, indicando as providências cabíveis; c) a instauração de procedimentos e processos administrativos a seu cargo, constituindo comissões, e requisição de instauração daqueles injustificadamente retardados pela autoridade responsável; d) o acompanhamento de procedimentos e processos administrativos em curso em órgãos ou entidades da administração pública federal; e) a realização de inspeções e avocação de procedimentos e processos em curso na administração pública federal, para exame de sua regularidade, propondo a adoção de providências ou a correção de falhas; f) a efetivação ou promoção da declaração da nulidade de procedimento ou processo administrativo e, se for o caso, da imediata e regular apuração dos fatos envolvidos nos autos e na nulidade declarada; g) a requisição de dados, informações e documentos relativos a procedimentos e processos administrativos já arquivados por autoridade da administração pública federal; h) a requisição a órgão ou entidade da administração pública federal de informações e documentos necessários a seus trabalhos ou atividades; i) a requisição a órgãos ou entidades da administração pública federal de servidores ou empregados necessários à constituição de comissões, e de qualquer servidor ou empregado indispensável à instrução de processo ou procedimento; j) a proposição de medidas legislativas ou administrativas e sugestão de ações necessárias a evitar a repetição de irregularidades constatadas; k) o recebimento de reclamações relativas à prestação de serviços públicos, em geral, e apuração do exercício negligente de cargo, emprego ou função na administração pública federal, quando não houver disposição legal que atribua competências específicas a outros órgãos; e l) a execução das atividades de controladoria no âmbito do Poder Executivo federal.

nº 01/2007, que tem por objeto o estabelecimento de cooperação técnica visando a fixar o procedimento e estabelecer formas de colaboração entre as instituições partícipes, com a finalidade de ampliar as ações de articulação, integração e intercâmbios que contribuam para a maior celeridade dos processos que envolvam a proteção e a recomposição do patrimônio da União.

Dentre as incumbências atribuídas à Controladoria-Geral da União está o encaminhamento, à Advocacia-Geral da União, de informações e documentos referentes a processos ou procedimentos que resultem ou possam resultar na responsabilização civil ou administrativa (inclusive no plano da probidade administrativa) de agentes causadores de danos aos bens, valores e direitos integrantes do patrimônio da União. Além disto, cabe à CGU desenvolver parcerias com a AGU nos programas que envolvam temas de controle social, fiscalização da aplicação de recursos públicos e combate à corrupção.

Em sua atividade de controle, e dando cumprimento à Instrução Normativa nº 71, de 28/11/2012, cabe à CGU apresentar Relatório de Auditoria nas Tomadas de Contas Especiais instauradas pelos Ministérios, antes de encaminhá-las à Corte de Contas.

A tomada de contas especial (TCE), consoante esclarece o Tribunal de Contas da União, é um processo administrativo que se destina a apurar a responsabilidade por ocorrência de dano ao erário federal, com vistas à obtenção do respectivo ressarcimento. Por meio da TCE apuram-se os fatos, a quantificação do dano e procede-se à identificação dos responsáveis. Nos termos do artigo 8º, da Lei 8.443/1992, a instauração da tomada de contas especial pressupõe as seguintes irregularidades: a) omissão no dever de prestar contas; b) não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União; c) ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos; d) prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário.

Em regra, a tomada de contas especial deve ser instaurada pelo Ministério ou entidade personificada responsável pela gestão dos recursos públicos, em face das pessoas — naturais ou jurídicas — que deram causa ou concorreram para a materialização do dano, uma vez esgotadas as medidas administrativas hábeis à recomposição do erário.

Quando instaurado, o processo de tomada de contas especial deve ser encaminhado à Controladoria-Geral da União para exame e elaboração

de Relatório de Auditoria. Após isso, será enviado ao Tribunal de Contas da União.

Em razão do Acordo de Cooperação Técnica firmado entre a AGU e a CGU, este último órgão encaminha cópia da tomada de contas especial, acompanhado do Relatório de Auditoria, à Procuradoria-Geral da União. Em sequência à análise preliminar realizada pelo Departamento de Patrimônio e Probidade, órgão imediatamente subordinado à Procuradoria-Geral da União, o feito é conduzido aos órgãos de execução (Procuradorias Regionais da União, Procuradorias da União nos Estados e Procuradorias Seccionais da União), para exame e, se for o caso, a adoção de providências com vistas à defesa da probidade e do patrimônio público.

Distribuído o feito, cabe ao Advogado da União integrante do Grupo de Atuação Proativa, com lastro no acervo documental e informações constantes do processo, observar se emerge dos autos a prática de improbidade administrativa, verificando, portanto, se o agente apontado como responsável: a) auferiu qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º, da Lei nº 8.429/1992; b) incidiu em ação ou omissão, dolosa ou culposa, que ensejou perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da citada lei; c) incidiu qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o *caput* e o § 1º, do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003⁸ ou d) manteve conduta que atenta contra os princípios da administração pública, incidindo em qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

⁸ Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento). (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

§ 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no **caput**, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

Se estiver caracterizado ato de improbidade administrativa, caberá ao Advogado da União ajuizar, em face do agente ímprobo, ação civil pública por ato de improbidade administrativa, com vistas à aplicação das sanções cominadas no art. 12 da citada Lei nº 8.429/92.

Além da atuação decorrente da parceria encetada com a CGU, caberá aos órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União verificar a existência de ato de improbidade administrativa, para fins de propositura da ação civil pública, quando:

- a) a requerimento de órgãos da administração pública, em decorrência de processo administrativo disciplinar, quando aplicada a servidor público federal a penalidade de demissão ou cassação de aposentadoria com fundamento no art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90⁹;
- b) da conclusão de procedimento prévio de coleta de informações, instaurado, dentre outras hipóteses: 1) com lastro em Relatório de Fiscalização da CGU ou outros órgãos de controle interno e 2) com supedâneo em informações ou denúncias noticiando a prática de ato de improbidade administrativa.

Há de se destacar, ainda, a participação da União em processos judiciais na qualidade de assistente, simples ou litisconsorcial, em ações civis públicas por ato de improbidade administrativa ajuizada por outros legitimados, notadamente o Ministério Público Federal.

No que tange ao volume de ações de improbidade ajuizadas pela União, ou em que essa pessoa jurídica constitucional logrou intervir, no interstício dos anos de 2013 a 2016, o Departamento de Patrimônio e Probidade da PGU divulgou, em 10 de fevereiro de 2016, o Relatório de Atuação Proativa, consignando os seguintes números:

⁹ Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

[...]

IV – improbidade administrativa;



Os números acima demonstram que há ainda um longo caminho a percorrer, haja vista o decréscimo no número de ações ajuizadas no período de 2009 a 2016, sobretudo se observarmos a queda abrupta, de cerca de 50%, ocorrida do primeiro para o segundo ano. Após dois anos no mesmo patamar aproximado, novamente se observa uma queda significativa, o que veio a se repetir de 2014 para 2015.

Somente em 2016, apesar de não se ter ainda retornado ao nível do início do período analisado, houve um expressivo crescimento no número de proposituras, e mais expressivo ainda no que se refere ao valor das causas.

Isso se deveu ao conteúdo dos processos alusivos à operação Lava Jato, cujas cifras ultrapassam a casa das dezenas de bilhões de reais.

O cenário descrito evidencia a necessidade de reforço na estrutura de pessoal do Grupo de Atuação Proativa, até mesmo para que se reforce a política de atuação judicial, voltando-a para a postura proativa.

6. Conclusão

Conforme exposto acima, uma das primordiais competências da Advocacia-Geral da União é a defesa do patrimônio público, concretizada, no caso da Procuradoria-Geral da União, por meio de sua atuação em Juízo, zelando pelos direitos e interesses do Estado brasileiro. Nessa linha, a preocupação com a fiel observância dos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade tem especial relevo.

Com vistas a aprimorar a atuação da AGU tendente a coibir os atos que atentam contra os princípios norteadores da atividade estatal, é preciso prover satisfatoriamente seus quadros de pessoal, tanto de membros quanto das carreiras de apoio, capacitando-os com treinamentos eficazes e disponibilizando-lhes os meios materiais necessários e suficientes para a consecução dos objetivos institucionais.

O crescente volume de novas demandas não tem sido acompanhado pelo incremento da estrutura de pessoal da AGU. Observa-se, com muita clareza, uma expansão abrupta da estrutura da Justiça Federal, sem que haja o necessário acompanhamento dos órgãos da União voltados para a atividade jurídica. Esse contexto, que inegavelmente amplia o acesso à Justiça pelos brasileiros residentes nos rincões mais remotos, ocasiona sobrecarga às unidades de execução da AGU.

Especificamente no que se refere ao trabalho desenvolvido pelos grupos de atuação proativa, é notável, a partir de um maior interesse do cidadão pelo tema improbidade, uma elevação no volume de atividades. Assim, resta imperioso prover a AGU de uma estrutura condizente com a boa defesa do erário, tão necessária para a consecução dos propósitos do Estado Brasileiro.

Também é fundamental ampliar a utilização de meios tecnológicos de acesso a informações, tais como sistemas cadastrais de órgãos e entidades responsáveis pelo registro de patrimônio.

Parece-nos salutar, por fim, o estreitamento dos laços com os demais entes federados, bem como com os órgãos de fiscalização e controle, dotando-lhes de mecanismos de apuração e repressão aos ilícitos verificados. Afinal, o zelo com a coisa pública é dever de todos, especialmente dos entes estatais.

Referências

- BRASIL. *Lei nº 7.347/85, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos. [S.I.]: Brasília, 1985. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.
- BRASIL. *Lei nº 8.429/92, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos. [S.I.]: Brasília, 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.
- BRASIL. *Lei nº 8.443/92, de 16 de junho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. [S.I.]: Brasília, 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. [S.I.]: Brasília, 1993. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.
- BRASIL. *Lei nº 10.480/02, de 2 de julho de 2002*. Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União. [S.I.]: Brasília, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10480.htm>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.
- BRASIL. *Lei nº 13.341/16, de 29 de setembro de 2016*. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. [S.I.]: Brasília, 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13341.htm>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

- GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PAIVA, Adriano Martins de. *Advocacia-Geral da União Instituição de Estado ou de Governo?* 1ª ed. São Paulo: LTr, 2015.
- SOUTO, João Carlos. *A União Federal em Juízo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998

Acordo de leniência e o combate à corrupção

LUIZ HENRIQUE DE CASTRO PEREIRA

Resumo: Este artigo aborda o estudo da corrupção no âmbito da Administração Pública e dos mecanismos de combatê-la, sendo que optou-se pelo estudo aprofundado do acordo de leniência, procurando analisar os principais aspectos do tema de acordo com a doutrina e jurisprudência especializadas na matéria, bem como à luz do direito comparado, em especial em Portugal.

Palavras-chave: *Palavras-chave: Administração Pública. Combate à corrupção. Acordo de leniência. Direito comparado.*

Abstract: This paper approaches the study of corruption in Public Administration and the mechanisms to fight against it, and it was decided about a deep study of leniency program, in order to analyse the main features of the theme according to the doctrine and specialised jurisprudence, as well as in the comparative law, especially in Portugal.

Key-Words: *Public Administration. Fight against corruption. Leniency Program. Comparative law.*

I. Introdução

O presente artigo resulta do curso realizado em Lisboa nos dias 30 de outubro a 03 de novembro de 2017 com o tema Mecanismos de Combate à Corrupção na Contratação Pública.

Em um primeiro momento, será abordado o tema da corrupção, bem como os mecanismos para combatê-la. Porém, diante da limitação da

extensão do trabalho, bem como para não tornar-se superficial, optou-se por ser feita uma abordagem aprofundada do acordo de leniência.

O enfoque da pesquisa será jurídico e histórico, pois, inicialmente, será feita uma análise da questão da corrupção na Administração Pública, bem como a história, conceito e características do acordo de leniência.

Em seguida, serão respondidas as seguintes indagações:

O que se deve entender por corrupção no âmbito da administração pública e quais os mecanismos para combatê-la?

O que se deve entender por acordo de leniência ?

Quais as principais características do acordo de leniência?

Através do presente trabalho, procurou-se, com pesquisa à doutrina e jurisprudência especializadas na matéria, compreender o fenômeno da corrupção na Administração Pública, bem como o acordo de leniência, inclusive com relação ao direito estrangeiro.

O trabalho está dividido em dois subitens, sendo que o primeiro abordará a questão da corrupção no âmbito da Administração Pública e o segundo tratará do acordo de leniência e suas principais características.

Por fim, haverá a conclusão sobre os assuntos desenvolvidos na presente pesquisa, buscando dar a visão pessoal do autor.

II. Corrupção na Administração Pública

O combate à corrupção tem se tornado nos últimos anos uma questão de vital importância e trata-se de tema muito discutido nos meios acadêmicos, sobretudo em relação ao Direito Administrativo por envolver a Administração Pública, acarretando, na maior parte das vezes, desvio de recursos públicos e prejuízo à sociedade¹.

A Transparency International é uma Organização Não Governamental que foi criada em 1993 e que está presente em mais de cem países, com o objetivo de acabar com a corrupção e promover a transparência, accountability e integridade em toda a sociedade.

¹ Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira ensinam que “(há) relativo consenso, na atualidade, quanto à necessidade de combate à corrupção como forma de efetivação do republicanismo e do Estado Democrático de Direito”. Manual de Improbidade Administrativa. 6. Ed. São Paulo: Método, 2018. p. 4.

Anualmente, ela divulga o Índice de Percepção da Corrupção, sendo que, no ano de 2016, mais de dois terços de 176 países e territórios ficaram abaixo da média e o Brasil ficou com a pontuação de número 40 e Portugal 62, em uma escala de 0 a 100, sendo que os números menores correspondem aos países mais corruptos².

Quando se fala em corrupção no âmbito da Administração Pública, antes de mais nada torna-se necessário buscar um conceito para este termo, sendo que sua origem remonta à Antiguidade³.

É bem verdade que grande é a discussão doutrinária a respeito do conceito da corrupção, pois ele pode abranger várias práticas, desde aquelas aceitas pela sociedade até mesmo aquelas altamente reprováveis.

Além do mais, a corrupção envolve vários aspectos dimensionais, como o econômico, social, político, legal, administrativo e cultural.

Luís de Sousa traz o seguinte conceito de corrupção:

“Entende-se geralmente por corrupção o abuso de funções por parte de eleitos, funcionários públicos ou agentes privados, mediante promessa ou aceitação de vantagem patrimonial ou não patrimonial indevida, para si ou para terceiros, para prática de qualquer acto ou omissão contrários aos deveres, princípios e expectativas que regem o exercício do cargo que ocupam, com o objectivo de transferir rendimentos e bens de natureza decisória, pública ou privada, para um determinado indivíduo ou grupos de indivíduos ligados por quaisquer laços de interesse comum”⁴.

Para Rodolfo Arland:

“Una de las más completas definiciones de corrupción, es la que propone Saltos Galarza (1999) que la presenta como un sistema de comportamiento

² https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016. Consulta em 19 de janeiro de 2018.

³ RAMONA, Larissa O. Tratamento Jurídico Internacional da Corrupção: A Convenção Interamericana Contra a Corrupção da O.E.A. e a Convenção Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da O.C.D.E. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22141-22142-1-PB.pdf>. p. 201. Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

⁴ Corrupção. Fundação Francisco Manuel dos Santos e Luís de Sousa: Lisboa, 2011. p. 17.

de una red en la que participan un agente (individual o social) con intereses particulares y con poder de influencia para garantizar condiciones de impunidad, a fin de lograr que un grupo investido de capacidad de decisión de funcionarios públicos o de personas particulares, realicen actos ilegítimos que violan los valores éticos de honradez, probidad y justicia y que pueden también ser actos ilícitos que violan normas legales, para obtener beneficios económicos o de posición política o social, en perjuicio del bien común”⁵.

Tratando-se de atividade praticada no seio da Administração Pública, onde não raras vezes envolve o desvio de recursos públicos, torna-se ainda mais reprovável, pois afeta toda a sociedade e merecedora de uma análise mais detida para que se compreenda o que deverá ser punido, bem como os meios para se prevenir e coibir esta nefasta prática.

Aliás, após o recente episódio da operação lava-jato, tem sido muito discutida a questão da corrupção no âmbito da Administração Pública.

A preocupação de combate à corrupção é mundial e, neste sentido, o Brasil ratificou importantes Convenções Internacionais de Combate à corrupção, como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, pelos países que fazem parte da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), do qual Portugal faz parte, e incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto 3.678/2000.

Em 2002, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana contra a corrupção por meio do Decreto 4.410/2002 e, por fim, em relação à Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, que foi adotada pela Assembleia-Geral da ONU em 31 de outubro de 2003 e entrou em vigor em 14 de dezembro de 2005, foi incorporada ao ordenamento brasileiro através do Decreto 5.687/2006 sendo que, em relação a Portugal, sua ratificação pela Assembleia da República ocorreu em 19 de julho de 2007.

O combate à corrupção depende de diversas transformações culturais e institucionais, sendo que a doutrina aponta diferentes mecanismos para sua efetivação, tais como a imposição de pesadas multas, pena privativa de

⁵ *Ética o Corrupción: el dilema del nuevo milenio*. Serie Transparencia. Fundación Estado y Sociedad. Mendoza, 2002. p. 8.

liberdade, controle e transparência no âmbito da Administração Pública, bem como o acordo de leniência⁶.

Tendo em vista a limitação do presente trabalho e a impossibilidade de, em curto espaço e sem ser superficial, desenvolver os diversos mecanismos de combate à corrupção, optou-se pelo estudo do acordo de leniência, com análise da legislação, doutrina e jurisprudência a seu respeito, tanto no Brasil quanto em Portugal.

III. Acordo de Leniência

Uma das formas de combate à corrupção no âmbito da Administração Pública apontada pela doutrina é o acordo de leniência, sendo que leniência é uma palavra que se origina do latim *lenitate* e ela traz a ideia de brandura, suavidade, doçura ou mansidão.

Assim, a ideia do acordo de leniência de fato é abrandar a pena daquele que decide colaborar com a Administração a fim de ter a sua pena diminuída.

A origem do acordo de leniência remonta ao Direito norte-americano através da legislação antitruste.

O instituto foi criado na década de setenta com o nome Leniency Program e tinha como objetivo coibir os atos ilícitos concorrenciais, que eram de difícil apuração. Buscava-se, assim, a extinção da punibilidade à empresa que primeira colaborasse para a extinção do cartel.

Porém, como foi dado um aspecto subjetivo ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos à sua celebração, que gerou grande discricionariedade, houve uma insegurança jurídica e desestímulo à sua prática, tanto que, de 1978 a 1993 apenas um acordo de leniência era celebrado anualmente.

A partir de 1993 houve um aperfeiçoamento do programa, que passou a denominar-se Amnesty Program, o qual passou de discricionário a vinculado, desde que celebrado antes da investigação e preenchidas as seguintes condições:

⁶ O professor António João Maia cita várias medidas de combate à corrupção no âmbito da Administração Pública e seus autores em seus estudos para doutoramento realizado no Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas realizado na Universidade de Lisboa, disponível em: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/12741/2/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-20texto.pdf>. pp. 149-152. Acesso em 22 de janeiro de 2018.

- (i) Ainda não tenham sido recebidas informações por qualquer outra fonte;
- (ii) A sociedade tenha tomado todas as medidas necessárias para cessar a sua participação no cartel;
- (iii) A sociedade promova a completa e contínua cooperação com a autoridade responsável pela investigação;
- (iv) A sociedade confesse a participação como um ato corporativo, não sendo suficiente a confissão isolada de diretores individuais ou outros agentes;
- (v) Quando possível, a sociedade restitua os danos causados a terceiros;
- (vi) A sociedade não tenha coagido às demais partes do cartel a participar da atividade ilegal e claramente não tenha sido a líder da atividade ilegal. (Fidalgo e Canetti, 2015, p. 258)

Após o ano de 1993, passou a ser possível celebrar o acordo após o início das investigações, porém nestes casos sua aprovação tornava-se discricionária e, ainda, deveriam ser preenchidas as seguintes condições:

- (i) A sociedade seja a primeira a requerer os benefícios do programa e se qualificar para tanto;
- (ii) A autoridade responsável ainda não disponha de evidências contra a sociedade suficientes para a sua condenação;
- (iii) A sociedade tenha cessado a sua participação na atividade ilegal;
- (iv) A sociedade promova completa e contínua cooperação com a autoridade responsável pela investigação;
- (v) A sociedade tenha confessado;
- (vi) Quando possível, que a sociedade restitua os danos causados pela atividade;
- (vii) A autoridade entenda que o deferimento da leniência não seria injusto. (Fidalgo e Canetti, 2015, p. 259)

Além do mais, pessoas físicas também poderiam celebrar o acordo de leniência, como empregados, diretores, administradores e outros participantes do cartel.

Este novo tratamento ao programa fez com que o número de acordos saltasse para mais de um por mês a partir de 1993.

Por fim, a celebração do acordo exclui a punição criminal em relação à conduta antitruste e cartéis⁷.

Vale lembrar que, em diversos países, há leis que concedem recompensas a denunciante de boa-fé. Nos Estados Unidos, há três programas principais que recompensam denunciantes: False Claims Act (FCA), SEC Whistleblower Program, e IRS Whistleblower Program.

Cada um deles possui especificidades, mas, em regra, todos garantem ao denunciante uma porcentagem dos recursos desviados ilicitamente que foram recuperados pelo Estado, desde que ele tenha contribuído com evidências significativas para o êxito da ação⁸.

No Brasil, o acordo de leniência surge primeiramente como mecanismo de controle de práticas antitrustes, sendo previsto pela primeira vez na Lei nº 8.884/94, que transformou o CADE em autarquia e dispunha sobre a prevenção e repressão à ordem econômica e dava outras providências, sendo que o acordo era de atribuição da Secretaria de Direito Econômico-SDE.

Posteriormente, a Lei nº 8.884/94 foi revogada pela Lei nº 12.529/2011, sendo que os artigos 86 e seguintes disciplinaram o acordo de leniência, com atribuição da Superintendência-Geral do CADE.

Ele pode ser celebrado entre a pessoa física e jurídica acusada de infração à ordem econômica e desde que da colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informação e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Diante de suas características, pode-se afirmar que sua natureza jurídica é a de um ato administrativo consensual, já que, para a concretização do acordo, é necessário um ajuste de resultados entre o Poder Público e o particular interessado⁹.

Dentre os benefícios do acordo, pode haver a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de 1 a 2/3 da penalidade aplicável.

⁷ SALES, Marlon Roberth; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. *O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade*. Revista do Direito Público. Londrina, v.10, n.3, p.31-50, set/dez.2015. Acesso em 23 de junho de 2017.

⁸ SIMÃO, Moysés Simão; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: Histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

⁹ Esta é a posição defendida por Kleber Bispo dos Santos em sua dissertação de mestrado *Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção*. São Paulo: PUC, 2016. p. 103.

O primeiro acordo de leniência ocorreu em 2003 e tratava-se de um cartel no Rio Grande do Sul com o objetivo de fraudar licitações¹⁰.

Segundo dados do CADE, de 2003 a 2014 foram celebrados quarenta acordos de leniência e nove aditivos, totalizando quarenta e nove acordos.

Na Lei 12.846/13, também conhecida como Lei Anticorrupção, o acordo de leniência está previsto nos artigos 16 e 17, sendo que ele aplica-se às investigações e processos administrativos instaurados pela prática dos atos previstos nesta lei, bem como nos artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666/93¹¹.

O artigo 16, § 1º dispõe acerca dos requisitos que devem estar presentes para a celebração do acordo:

I – a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II – a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

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

De acordo com o inciso I, resta claro que o Brasil adotou o sistema norte-americano, através do qual apenas a primeira empresa que se manifesta é a beneficiada, enquanto o sistema europeu admite múltiplos lenientes para a mesma infração.

Uma crítica que se faz ao sistema europeu é o de que a aceitação de mais de uma empresa no acordo de leniência poderia levar ao conluio entre elas para que sigam a estratégia de esperar para agir, sendo que todas aguardam a primeira empresa a denunciar para, então, agirem, postergando a eficiência da leniência¹².

¹⁰ Op. cit. p. 38.

¹¹ Importante lembrar que esta lei foi regulamentada pelo Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.

¹² GOMES JÚNIOR, Lúcio Alberto. *A delação premiada na defesa da concorrência: perspectivas para a política brasileira de leniência no combate a cartéis*. Trabalho de Conclusão de Curso na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.

No tocante ao terceiro requisito, pode-se questionar a sua constitucionalidade, já que o fato da pessoa jurídica ser obrigada a admitir sua participação no ilícito violaria o artigo 14, e, “g” do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos do qual o Brasil é signatário, bem como o artigo 5º, LXVIII da Constituição Federal de 1988¹³.

No âmbito do Poder Executivo, a autoridade competente para celebrar o acordo de leniência é a Controladoria-Geral da União, sendo que ela busca agir em conjunto com outros órgãos públicos, como a Advocacia-Geral da União¹⁴.

Neste sentido, são formadas comissões de negociação dos acordos de leniência formada por cinco integrantes, dentre Auditores Federais de Finanças e Controle, servidores estáveis da CGU, bem como membros da AGU.

Em relação aos benefícios do acordo de leniência, o artigo 16, §2º da Lei nº 12.846/2013 estipula que a pessoa jurídica ficará isenta das sanções previstas no artigo 6º, inciso II, ou seja, a publicação extraordinária da sentença condenatória; artigo 19, inciso IV, que prevê proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos, e, ainda, redução de até 2/3 da multa aplicável.

Assim, remanesce o dever de ressarcir integralmente o dano, conforme o §3º do artigo 16 da Lei nº 12.846/2013.

Além do mais, conforme apontado por Maria Sylvia Zanella di Pietro, “o acordo não isenta a pessoa jurídica da pena de multa, aplicável na esfera administrativa, nem das penas previstas para a responsabilização civil, na esfera judicial, previstas no artigo 19, incisos I a III. No entanto, a colaboração do infrator na investigação pode ser levada em consideração na aplicação das sanções, influenciando sobre a dosimetria da pena de multa, já que o artigo

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, fev. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=102105>>. Acesso em: 14 de janeiro de 2018.

¹⁴ A colaboração entre a CGU e AGU foi regulamentada pela Portaria Interministerial nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016.

7º da lei, ao indicar as circunstâncias a serem consideradas, prevê “a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações” (inciso VII)¹⁵.

Os benefícios recebidos pela pessoa jurídica são estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o mesmo acordo, em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas (artigo 16, §5º).

Importante destacar que o acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos na lei, conforme §9º do artigo 16.

Pode ocorrer que a proposta do acordo de leniência não seja aprovada pela Administração Pública, sendo que, neste caso, tal proposta não implicará em reconhecimento do ato ilícito investigado (artigo 16, §7º).

Para Maria Sylvia, “(a) norma é pelo menos estranha, tendo em vista que a própria proposta de celebração do acordo já implica o reconhecimento da prática de ato ilícito pela pessoa jurídica ou por terceiros, sem o que a proposta seria inútil”¹⁶.

Por fim, o §6º do artigo 16 estipula que a proposta de acordo somente se tornará pública após a efetivação do acordo, a menos que haja interesse das investigações e do processo administrativo em antecipar a publicidade.

A respeito da extensão do sigilo no tocante ao Poder Judiciário, destaca-se a ementa do Recurso Especial 1554986/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, o qual, apesar de se referir ao acordo de leniência celebrado no âmbito do CADE, também poderia ser aplicado nos casos previstos na Lei Anticorrupção:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DEVER DE COLABORAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ACORDO DE LENIÊNCIA. SIGILO. EXTENSÃO. LIMITES. OPOSIÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

(...)

3. O acordo de leniência é instituto destinado a propiciar a obtenção de provas da prática de condutas anticoncorrenciais, por meio do qual se concede ao coautor signatário benefícios penais e administrativos.

¹⁵ *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 936.

¹⁶ *Idem*, p. 937.

4. Nos termos da legislação, assegura-se o sigilo das propostas de acordo de leniência, as quais, eventualmente rejeitadas, não terão nenhuma divulgação, devendo ser restituídos todos os documentos ao proponente.

5. Aceito e formalizado o acordo de leniência, a extensão do sigilo somente se justificará no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos cujo segredo deverá ser guardado também em tutela da concorrência.

6. Todavia, ainda que estendido o sigilo, não se pode admitir sua protração indefinida no tempo, perdendo sentido sua manutenção após esgotada a fase de apuração da conduta, termo marcado pela apresentação do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo.

7. O dever geral de colaboração para elucidação dos fatos, imposto nos termos do art. 339 do CPC, somente é afastado por meio de regras expressas de exclusão, entre as quais o sigilo profissional calcado na necessidade precípua de manutenção da relação de confiança inerente a determinadas profissões, o que não se afigura razoável na hipótese dos autos em que a relação entre signatários do acordo e a entidade pública se vinculam por meio do exercício do poder de polícia.

8. Nos termos da Lei n. 12.529/11, art. 11, X, compete aos conselheiros do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica prestar informações e fornecer cópias dos autos dos procedimentos administrativos ao Poder Judiciário, quando requeridas para instruir ações judiciais, de modo que eventual sigilo do procedimento administrativo não pode ser oposto ao Poder Judiciário.

9. Recurso especial da Electrolux do Brasil S.A. prejudicado pela perda superveniente de objeto. Recurso especial de Whirlpool S.A. e Brasmotors S.A. conhecido e não provido. Prejudicada a medida cautelar vinculada ao recurso especial¹⁷.

Caso o acordo de leniência seja descumprido pela pessoa jurídica infratora, haverá o registro no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP previsto no artigo 22 da Lei nº 12.846/13.

Conforme §5º do artigo 22, os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos após o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou

¹⁷ DJe 05/04/2016.

do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.

Marcos Augusto Perez menciona que esta lei padece de alguns defeitos, como a morosidade dos processos, principalmente quando correm concomitantemente com processos criminais, bem como pelo fato da lei não associar a leniência às sanções de ordem penal.

Ora, a empresa que resolve realizar um acordo de leniência corre o risco de ter seus dirigentes processados penalmente, o que acaba por não incentivar tais acordos. Para resolver tal impasse, o autor menciona que, na prática, “CGU e Ministério Público (titular da ação penal) e, por vezes, também o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica: agência de defesa da concorrência) tentam interagir para que os acordos se façam com renúncia ou modulação das sanções penais”¹⁸.

Para tentar minimizar este problema, foi editada a Medida Provisória nº 703/2015, de 18 de dezembro de 2015, porém ela teve sua vigência expirada em 29 de maio de 2016, pois não houve acordo para a aprovação de seu texto na Comissão Mista do Congresso Nacional.

Posteriormente, a AGU apresentou premissas ao relator do Projeto de Lei nº 3636/2015, Deputado André Moura, a fim de que seja prevista a atuação conjunta da CGU, AGU, TCU e Ministério Público¹⁹.

A respeito do tema, registre-se sua importância no âmbito da Operação Lava-Jato, que foi uma das maiores investigações de corrupção e lavagem de dinheiro no mundo.

Valdir Moysés Simão e Marcelo Pontes Vianna destacam que, no sítio eletrônico específico para a Operação Lava Jato, “é possível observar a informação de que, no âmbito de tal investigação, foram firmados sete acordos de leniência, sem, no entanto, especificar as empresas que seriam signatárias”²⁰.

¹⁸ PEREZ, Marcos Augusto. *Controle da Administração Pública no Brasil: um breve resumo do tema. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239968>>. Acesso em: 14 de janeiro de 2018.

¹⁹ http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/472395. Acesso em 14 de janeiro de 2018.

²⁰ Disponível em <http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato/index.html>. Em pesquisa nos veículos de imprensa, os autores identificaram a notícia de acordos envolvendo apenas seis empresas: Grupo SOG, Camargo Córrea, Lowe e FCB, Andrade Gutierrez, Carioca Engenharia e Grupo

Os autores acima referidos examinaram quatro acordos de leniência e constataram que as empresas assumiram o seguinte conjunto de obrigações:

a. fazer descrição detalhada das infrações e ilícitos relacionados aos fatos objeto do acordo que a pessoa jurídica tenha participado ou tenha conhecimento (inclusive acionistas, sócios, diretores e funcionários de outras empresas que estiveram envolvidos”.

b. Apresentar documentos, informações e outros materiais que comprovem os fatos narrados.

c. Revelar quaisquer outras informações, documentos ou materiais relevantes relacionados aos fatos narrados no âmbito do acordo de leniência, sempre que solicitado pelas autoridades no curso da investigação.

d. Cessar completamente seu envolvimento nos fatos objeto do acordo.

e. Cooperar plena e permanentemente com as autoridades mencionadas e especialmente com o MPF.

f. Comparecer perante as autoridades mencionadas sempre que solicitadas, arando com as despesas para tanto.

g. Implementação de programa de compliance²¹.

h. Pagamento de multa cível²².

Por fim, vale destacar que o artigo 17 da Lei 12.836/2013 dispõe que a administração pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas que praticarem os ilícitos previstos na Lei nº 8.666/93, podendo atenuar ou isentar as sanções administrativas previstas nos artigos 86 a 88.

Em Portugal, o acordo de leniência recebe o nome de programa de clemência e ele vem previsto nos artigos 75 a 82 da Lei nº 19/2012, que aprova o novo regime da concorrência, tendo, ainda, sido regulamentado pelo Regulamento nº 1/2013.

Da mesma forma que no Brasil, para que se beneficie da dispensa da coima (multa), a empresa deve ser a primeira que forneça informações e elementos de prova que levem a diligências para busca e apreensão no caso de atos que possam limitar ou suprimir a concorrência entre as empresas

Odebrecht. In *O Acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 159.

²¹ Somente não constou no acordo firmado com o grupo SOG.

²² Op. cit. pp. 167-168.

e a autoridade da concorrência não dispunha de nenhuma informação, ou, então, caso seja verificada a existência de uma infração ao artigo 75²³ da mesma lei e a autoridade da concorrência também não disponha de nenhum elemento de prova.

Além do mais, devem ser preenchidos os requisitos previstos no número 2 e 3 do artigo 77.

Vale lembrar que, na hipótese de não estarem previstas as condições do número 1 do artigo referido, é possível a redução da multa no caso da empresa apresentar informações e provas referentes às infrações do artigo 75 e que apresentem valor adicional às informações e provas de que a autoridade da concorrência já disponha, bem como sejam verificadas as condições das alíneas “a” e “b” do número 2 e número 3 do artigo 77²⁴.

²³ Artigo 75:

A dispensa ou a redução especial de coimas são concedidas no âmbito de processos de contraordenação que tenham por objeto acordos ou práticas concertadas entre duas ou mais empresas concorrentes proibidos pelo artigo 9.º da presente lei e, se aplicável, pelo artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que visem coordenar os seus comportamentos concorrenciais no mercado ou influenciar variáveis concorrenciais relevantes, nomeadamente através de fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, atribuição de quotas de produção ou de venda, repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restrição de importações ou exportações ou ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes.

²⁴ Artigo 77:

1 – A Autoridade da Concorrência concede dispensa da coima aplicável, nos termos do disposto no artigo 70.º, à empresa que revele a sua participação num alegado acordo ou prática concertada, desde que essa empresa seja a primeira a fornecer informações e elementos de prova que, no entender da Autoridade da Concorrência, lhe permitam:

a) Fundamentar o pedido para a realização de diligências de busca e apreensão nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º e dos artigos 19.º e 20.º e, no momento da entrega da informação, a Autoridade da Concorrência não disponha ainda de elementos suficientes para proceder a essa diligência; ou

b) Verificar a existência de uma infração prevista no artigo 75.º, desde que, nesse momento, a Autoridade da Concorrência não disponha ainda de elementos de prova suficientes sobre a infração.

2 – A Autoridade da Concorrência concede a dispensa da coima, nos termos do número anterior, desde que a empresa cumpra, cumulativamente, as seguintes condições:

a) Coopere plena e continuamente com a Autoridade da Concorrência desde o momento da apresentação do pedido de dispensa ou redução da coima, estando a empresa obrigada, designadamente, a:

Neste caso, mais de uma empresa pode ser beneficiada e o percentual do desconto é definido pela ordem de chegada das empresas que forneçam as informações e provas adicionais, conforme previsto no artigo 78.

Como lembram Gonçalo Anastácio e Alberto Saavedra,

Note-se que este regime se encontra agora mais alinhado com o direito europeu, na medida em que se aplica apenas aos casos de cartéis e se alarga o leque de empresas que dele pode beneficiar. Com o reforço ao nível da segurança jurídica e das garantias das empresas para um padrão europeu, existirão maiores incentivos para que o instituto cumpra os seus objectivos de eficácia na detecção de cartéis²⁵.

Trata-se, assim, de importante mecanismo para o combate à corrupção no âmbito da Administração Pública, sobretudo no âmbito das licitações públicas, contribuindo para a lisura das contratações delas decorrentes.

i) Fornecer todas as informações e provas que tenha ou venha a ter na sua posse ou sob o seu controlo;

ii) Responder prontamente a qualquer pedido de informação que possa contribuir para a determinação dos factos;

iii) Abster-se da prática de quaisquer atos que possam dificultar a investigação, nomeadamente a destruição, falsificação ou dissimulação de informações ou provas relacionadas com a infração;

iv) Abster-se de revelar a existência ou o teor da apresentação, ou da intenção de apresentação, do pedido de dispensa, salvo autorização escrita da Autoridade da Concorrência;

b) Ponha termo à sua participação na infração, até ao momento em que forneça à Autoridade da Concorrência as informações e as provas a que se refere a alínea a), exceto na medida do que seja razoavelmente necessário, no entender da Autoridade da Concorrência, para preservar a eficácia da investigação;

c) Não tenha exercido coação sobre as demais empresas para participarem na infração.

3 – As informações e provas referidas nos números anteriores devem conter indicações completas e precisas sobre o acordo ou a prática concertada e as empresas envolvidas, incluindo os objetivos, atividades e funcionamento, o produto ou serviço em causa, o âmbito geográfico, a duração e informações específicas sobre datas, locais, conteúdo e participantes em contactos efetuados e todas as explicações relevantes apresentadas em apoio do pedido.

²⁵ A Nova Lei da Concorrência Portuguesa. Notas preliminares. Disponível em https://www.srslegal.pt/xms/files/PUBLICACOES/A_Nova_Lei_da_Concorrencia_Portuguesa_Notas_Preliminares.pdf. Acesso em 16 de janeiro de 2018.

IV. Conclusão

O presente artigo procurou analisar a corrupção na Administração Pública e o acordo de leniência como um dos mecanismos de combate à corrupção, com a visão da doutrina e jurisprudência especializadas na matéria.

Para tanto, foi importante trazer o conceito de corrupção no âmbito da Administração Pública, bem como abordar os diferentes mecanismos de combatê-la, lembrando que o recente episódio da operação lava-jato despertou a comunidade jurídica para a necessidade do estudo e combate à corrupção no âmbito da Administração Pública.

É neste contexto que se destaca a relevância do estudo do acordo de leniência como meio de combate à corrupção, sua origem e principais características, sobretudo levando-se em consideração as inovações legislativas a este respeito.

Assim, conforme a pesquisa realizada, constatamos que a leniência tem origem no direito norte-americano e surgiu como um mecanismo para a descoberta de condutas irregulares.

No direito brasileiro, foi inserida no ordenamento jurídico a partir da Lei nº 8.884/94, tendo sido recentemente prevista na Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção.

Entendida a leniência como um acordo que se faz com altas autoridades e empresas envolvidas em atos ilícitos, de grande importância destacar que, como forma de se incentivar a sua prática, necessário que a empresa seja a primeira a propor o acordo.

Muito embora haja críticas da doutrina em sentido contrário, trata-se de importante meio para dismantelar esquemas criminosos envolvendo empresas e servidores públicos, o qual, através de seus benefícios, como a não publicação da sentença condenatória, a continuidade de recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público e, ainda, redução de até 2/3 da multa aplicável, contribui para que sejam descobertos esquemas de corrupção.

Também é importante destacar a previsão do acordo de leniência no âmbito das licitações públicas, como forma de se evitar as práticas ilícitas previstas na Lei nº 8.666/93, podendo levar à isenção ou atenuação das penalidades previstas nos artigos 86 a 88.

É bem verdade que a lei ainda padece de melhoramentos, como a definição da autoridade competente para a celebração do acordo de leniência, já que, da pesquisa realizada, constata-se que o fato do acordo não envolver o Ministério Público Federal, por exemplo, acaba desestimulando a sua prática e reduzindo o seu potencial.

Importante destacar que foram feitas tentativas de melhorar a interlocução com outros órgãos públicos, como o caso da Portaria nº 2.278/2016, que previu a participação de membros da Advocacia-Geral da União para sua celebração, porém ainda não consta a previsão de participação do MPF e do Tribunal de Contas da União, tal como vinha previsto na Medida Provisória nº 703/2015 que, infelizmente, por motivos políticos, acabou perdendo sua vigência.

Em Portugal também se percebe uma valorização do uso da clemência no combate à corrupção, sendo que ela guarda semelhanças com o acordo de leniência no Brasil, com a diferença de que outras empresas também podem se beneficiar, embora apenas com a redução da penalidade.

Assim, salutar o estudo e aprofundamento a respeito deste importante tema, que é fundamental para contribuir para o combate à corrupção, contribuindo para uma administração pública eficaz e que atenda aos interesses legítimos de toda a sociedade.

Bibliografia

- ANASTÁCIO, Gonçalo e SAAVEDRA, Alberto. A Nova Lei da Concorrência Portuguesa. Notas preliminares. Disponível em https://www.srslegal.pt/xms/files/PUBLICACOES/A_Nova_Lei_da_Concurrencia_Portuguesa_Notas_Preliminares.pdf.
- ANDRADE, Flávio da Silva. *Reflexões sobre os instrumentos de consenso na defesa da concorrência: acordo de leniência e termo de compromisso de cessação de prática anti-truste*. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 115, jan/abril 2017.
- ARLAND, Rodolgo. *Ética o Corrupción: el dilema del nuevo milenio*. Serie Transparencia. Fundación Estado y Sociedad. Mendoza, 2002.
- BÓRQUEZ, Juan Carlos Ferrada. *Los procesos administrativos en el Derecho chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI. Valparaíso, Chile, 2011.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GOMES JÚNIOR, Lúcio Alberto. *A delação premiada na defesa da concorrência: perspectivas para a política brasileira de leniência no combate a cartéis*. Trabalho de Conclusão de Curso na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas*. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, fev. 2014.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. 6. ed. Método: São Paulo, 2018.
- PEREZ, Marcos Augusto. *Controle da Administração Pública no Brasil: um breve resumo do tema*. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, jan./mar. 2016.
- RAMONA, Larissa O. Tratamento Jurídico Internacional da Corrupção: A Convenção Interamericana Contra a Corrupção da O.E.A. e a Convenção Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da O.C.D.E. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*.
- SALES, Marlon Roberth; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. *O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade*. *Revista do Direito Público*. Londrina, v.10, n.3, p.31-50, set/dez.2015.
- SANTOS, Kleber Bispo dos. Dissertação de mestrado Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. São Paulo: PUC, 2016.
- SIMÃO, Moisés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: Histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.
- SOUSA, Luís de. *Corrupção*. Fundação Francisco Manuel dos Santos e Luís de Sousa: Lisboa, 2011.

Acordo de Leniência no Brasil: sistema normativo e dinâmica institucional

Brazil's leniency agreement between normative background and negotiation dynamic

MARINA CAMARGO ARANHA LIMA

Resumo: As autoridades brasileiras responsáveis pelo combate à corrupção têm encontrado dificuldade em desenvolver harmoniosamente suas competências relacionadas ao direito sancionador negocial (delação e leniência). Este artigo, em sua primeira parte, objetiva recuperar os antecedentes históricos, normativos e conjunturais que circunscrevem e definem essa dificuldade. Procura demonstrar que inúmeros comandos legais atribuem a diferentes autoridades o dever do combate à corrupção. Contudo, a dinâmica das negociações dos primeiros e principais casos evidencia que os atos de corrupção puníveis nas esferas penal, civil e administrativa encontram-se imbricados num mesmo núcleo de ação. A segunda parte do texto apresenta dois casos paradigmáticos que ilustram a complexidade de coordenação dos entes públicos competentes na negociação de acordos de leniência com empresas privadas (AGU, CGU, TCU, MPF, empresas públicas – como a Petrobrás). No “caso SBM”, não obstante ainda haver pendências relevantes, chegou-se a um acordo em que todas as autoridades públicas relevantes participaram e assentiram. No caso de interface entre AGU e MPF para tratar desdobramentos da Operação Lava Jato no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região, vê-se a amplitude pretendida pelo acordo firmado pelo MPF e os problemas dele decorrentes. São tecidas considerações analíticas a respeito dos casos, com avaliação de ganhos e perdas em cada um. Por fim, nas conclusões finais, menciono a existência da MP 703, de 2015, e ofereço alternativas para melhorar o cenário institucional nos acordos de leniência.

Palavras-chave: *Combate à corrupção, Acordo de leniência, Conflito de competências, Coordenação entre autoridades públicas.*

Abstract: Brazilian authorities in charge to fight against corruption have faced difficulties to develop its activities harmoniously when the subject is their diverse attributions to negotiate criminal and administrative leniency agreements. The first part of this essay intends to restore historic, normative and conjunctural background that circumscribes and defines such difficulty. It demonstrates that innumerable legal commands ascribe to different authorities the duty to fight against corruption. Nevertheless the negotiation dynamic surrounding first and leading cases evinces corruption acts – that are, generally speaking criminal, civil and administrative punishable – are overlapped in a unique nuclear conduct. The second part of this paper lodges two paradigmatic concrete cases that illustrate how complex it is to coordinate the public sphere within the negotiation of a leniency agreement regarding private firms (Federal Attorney General Bureau, Comptroller General Office, General Accounting Office, Federal Criminal Prosecutors, as well as public firms, such as Petrobras). In the “SBM case” public authorities managed to achieve a general agreement in a way they all participated and assented, in spite of the pendency that still threaten the deal. In the other case the Attorney General Bureau and the Federal Criminal Prosecutors had an interface to settle Lava Jato Operation before the Federal Court of the 4th Region. At last, I introduce the Provisional Measure 703/2015 and offer my proposals to clear the scenario between institutions.

Key words: *Fight against corruption, Leniency agreements, Conflict of attributions, Coordination between public authorities.*

1. Introdução

A corrupção não é um problema enfrentado apenas pelo Estado brasileiro, mas ela tem tomado um protagonismo na definição do cenário político e no desenho de nossas instituições nos últimos anos.

O combate à corrupção no âmbito administrativo mudou de patamar com algumas medidas normativas e de gestão adotadas especialmente entre os anos 2000 e 2015. Neste artigo, analisamos o acordo de leniência, previsto na Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846, de 2013).

De início, mapeamos a evolução legal dos mecanismos institucionais de combate à corrupção, sob o ponto de vista administrativo e penal, pontuando um fortalecimento do modelo de direito sancionador com viés negocial no país e a coexistência de diversos legitimados.

Em seguida, são apresentados dois casos recentes que retratam a dinâmica de atuação da instituições, reconhecendo, em cada um deles, os pontos de tensão e as complexidades institucionais que caracterizam o cenário atual de aplicabilidade do instituto da leniência.

Essa realidade gera uma dinâmica complexa, contraditória e até conflituosa, prejudicando a eficácia do instituto, a estabilidade da instituições e a segurança jurídica.

Na conclusão, aponto legislativos e institucionais que podem contribuir no aprimoramento deste novo instituto e do próprio sistema de controle e combate à corrupção.

2. Integração e coexistência dos sistemas de controle e combate à corrupção: lógica estática de conjugação simples das leis

O advento de mecanismos institucionais de combate à corrupção no Brasil foram se sucedendo no tempo e formam hoje um mosaico legal de difícil decodificação.

Esta primeira parte do texto propõe mapear o sentido da evolução legal desses mecanismos sob o ponto de vista administrativo e penal, notadamente destacando os principais sujeitos-alvo dos marcos legais. Com isso, identifica as pessoas cujos crimes ou ilícitos administrativos foram endereçados pelas diversas leis mencionadas.

Procuo demonstrar como os acordos sobre ilícitos travados com os diversos atores da Administração Pública passaram a ter papel fundamental na atualidade do processo penal e dos processos de responsabilização administrativa. Por fim, só indico a sobreposição que suscitam, para, nos próximos itens abordar o assunto mais a fundo.

Iniciemos com algumas palavras sobre a questão penal.

O Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940) tipificou três condutas puníveis que dizem respeito mais de perto ao tema deste artigo. Para a figura do funcionário público, no conceito amplo do código¹, foram

¹ V. Art. 327 – Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º – Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000*)

destinados basicamente dois crimes: (i) o de concussão², quando efetivamente exige uma vantagem indevida (reclusão, de 2 a 8 anos, além de multa), e (ii) o de corrupção passiva³, hipótese na qual a vantagem indevida – ou sua mera promessa – é solicitada ou aceita pelo agente público (reclusão, de 2 a 12 anos, mais multa). Em relação a pessoa física, particular, que corrompe o agente público, fica reservado o tipo de corrupção ativa⁴. Segundo este tipo, o agente privado oferece vantagem indevida de modo a levar o funcionário público a (a) praticar, (b) omitir, ou (c) retardar ato de ofício.

Os crimes contra a Administração Pública, conforme previstos no Código Penal, podem, assim, ser cometidos tanto pelo agente público como pelo agente privado. Recae sobre a pessoa física de ambos. Não alcançam as pessoas jurídicas das empresas privadas que têm interface com o Poder Público.

O procedimento de apuração e julgamento desses crimes obedece a uma lógica tradicional definida pelo direito processual penal brasileiro. A polícia judiciária utiliza o inquérito policial para obter elementos de autoria e materialidade e, em seguida, remete o feito relatado ao Ministério Público, que avalia apresentação de denúncia ao juiz. É de se registrar que, após duradoura controvérsia, reconheceu-se também ao Ministério Público a legitimidade para atuar na fase de investigação⁵. Oferecida a denúncia, o réu (agente público ou privado) litigava até a última instância, protegido pelas garantias processuais, antes de, no caso de ser condenado, ter sua pena executada.

Mais recentemente, duas alterações impactaram os rumos do processo criminal em geral, mas atingiram, em especial, os crimes de corrupção. Essas alterações, dentre outras circunstâncias, tiveram como sentido mais

² Art. 316 – Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa.

³ Art. 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (*Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003*)

⁴ Art. 333 – Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (*Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003*)

⁵ RE 593727/MG (Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 14.05.2015)

geral fortalecer o instituto do acordo de colaboração premiada celebrado com o Ministério Público.

A primeira alteração no cenário do processo penal foi normativa. Deu-se por conta do advento da Lei n. 12.850, de 12.08.2013, que instituiu a colaboração premiada. Franqueou à polícia judiciária (ao menos literalmente, embora haja controvérsia a respeito) e ao Ministério Público celebrarem o acordo com o investigado/acusado (art. 4º §6º). A decisão judicial que homologa o acordo pode reconhecer benefícios que vão do perdão judicial à redução de pena privativa de liberdade ou mesmo a substituição por uma pena de restrição de direitos (art. 4º, caput).

O segundo impacto foi jurisprudencial. Em outubro de 2016, ao julgar liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu ser possível o início da execução da pena criminal após a condenação em segunda instância, não sendo imprescindível que se aguarde a conclusão do julgamento de eventuais recursos nas cortes superiores.

Para compreender o efeito da conjugação da inovação representada pelo acordo de delação e a mudança de entendimento do STF a respeito do início do cumprimento de pena, vale contextualizar dizendo que nas apurações decorrentes da Operação Lava Jato, avolumou-se um padrão de prolongadas prisões preventivas, que perduravam decretadas até que se concluíssem negociações para os acordos de colaboração premiada. Com isso, do ponto de vista da estratégia de defesa dos investigados/acusados, firmar a colaboração ganhou importância. Se apresentando como a alternativa mais célere para se deixar a prisão⁶.

⁶ Fugiria do escopo deste texto enveredar por uma crítica analítica à duração das prisões preventivas decretadas no âmbito da operação Lava Jato. Registre-se, no entanto, a preocupação desta autora com o abuso do instrumento previsto no art. 312 do Código de Processo Penal e o risco de a prisão preventiva se tornar meio de coação para que investigados/acusados negociem acordos de colaboração premiada, o que viola as garantias constitucionais mais básicas do cidadão e põe em xeque a integridade das informações delatadas. A construção doutrinária estabeleceu, anos atrás, o limite máximo de 81 dias para a preventiva (somatório dos prazos processuais), inclusive utilizando a menção global de prazo da antiga lei de combate às organizações criminosas (Lei n. 9.034, de 1995, hoje revogada pela Lei n. 12.850, de 2013) (ver Oliveira, 2008, pp. 439/442). Ainda que hoje se chegue a 120 dias de prazo máximo, seguindo a nova lei (art. 22, parágrafo único, Lei 12.850, de 2013), soa exagerado o padrão da conhecida operação. Segundo levantamento do site Consultor Jurídico, a média das prisões preventivas

Também a perspectiva do início da execução da pena e, portanto, do recolhimento à prisão, tão logo findos os trabalhos da segunda instância, autorizada pela decisão do STF de 2016, alterou a dinâmica de forças entre acusação e defesa. A perspectiva de prisão – mais uma vez – deu o tom, uma vez que, de um lado, alongavam-se as prisões preventivas de primeira instância e, de outro, já se antevia a nova possibilidade de prisão, agora definitiva, tão logo terminados os trabalhos do tribunal⁷.

Enquanto o modelo de defesa criminal anteriormente existente se enfraqueceu, ganhou peso a estratégia que lança mão da delação premiada. Rememore-se, por fim, que estamos tratando, aqui, sempre de pessoas físicas respondendo a processo criminal por corrupção.

Paralelamente, o combate à corrupção no âmbito administrativo mudou de patamar com algumas medidas normativas e de gestão adotadas especialmente entre os anos 2000 e 2015 (LIMA, 2016, pp. 274-278)⁸.

Para os fins deste texto, voltamos a atenção à Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013, regulamentada pelo Decreto n. 8.420/2015). Como se depreende desde a intenção original⁹, a medida preencheu a lacuna de efetivamente trazer responsabilização civil e administrativa a pessoa jurídica por atos de corrupção e fraude a contratos públicos que lhe beneficiassem.

Até então, apesar dos compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional, não havia propriamente um mecanismo voltado a atingir o

na Lava Jato são de mais de 9 meses, ou algo em torno de 281 dias. Mas há casos de pessoas que ficaram presas por mais de 1.000 dias, mais de 900 dias e mais de 800 dias (Canário, 2017).

⁷ Além da controvérsia acerca da constitucionalidade desta decisão de caráter provisório, tendo em vista o princípio da inocência estabelecido no art. 5º, LVII da CF/88 – *LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* –, o assunto é complexo em termos de política criminal, aspecto que não será enfrentado neste artigo. Esta autora se preocupa com a aplicação de soluções simbólicas a problemas reais, como o abuso no uso da prisão preventiva em crimes comuns e a morosidade do judiciário.

⁸ Alguns exemplos são a estruturação com autonomia da Controladoria-Geral da União, a sindicância patrimonial para os servidores federais (Decreto n. 5.483/2006), a criação do SICONV – Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (Decreto n. 6.170/2007), a constituição, também em 2007, da chamada Super-Receita, que permitiu maior combate a fraudes e à sonegação, o combate ao nepotismo no governo federal (Decreto nº 7.203/2010), e a chamada Lei da “Ficha Limpa” (LC nº 135/10).

⁹ Exposição de Motivos que acompanhou o envio do PL 6826/2010, acessível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1084183&filename=A+vulso+-PL+6826/2010 (31 de janeiro de 2018).

patrimônio da empresa. Os instrumentos disponíveis miravam as pessoas naturais e facilmente enveredavam por processos complexos de comprovação de culpa ou dolo dos agentes privado e público envolvidos.

Com a nova lei, a Administração Pública como um todo (os três Poderes, nas três esferas da Federação) passa a poder manejar um instrumento de elucidação de ilícitos e responsabilização de empresas, fomentando a adoção de melhores práticas pelos agentes de mercado (programas de *compliance*).

Neste ponto, cabe uma pequena digressão acerca dos principais mecanismos de combate à corrupção existentes até o advento da Lei Anticorrupção, justamente para elucidar essa brecha preenchida pela lei de 2013.

O combate à corrupção no Brasil encontrou há tempos caminhos que não se resumiam à esfera criminal. Desde a década de 60, qualquer do povo pode manejar ação popular com o fito de (i) anular lesivo ao patrimônio público e (ii) requerer reparação dos danos em benefício do poder público por parte de quem tiver dado causa (v. art. 11 da Lei 4.717/1965).

Já na década de 80, aparece a ação civil pública (Lei n. 7.347/1985). Tem se revelado o principal instrumento de tutela de interesses difusos e coletivos, como meio ambiente, direitos do consumidor e ordem urbanística. Sua sistemática autoriza a condenação (i) em dinheiro ou (ii) ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º). Em tese, a lei da ação civil pública pode alcançar todos os destinatários: agente público, entidade pública, empresário e empresa privada. Contudo, ainda lhe falta força para reprimir atos de corrupção, missão para a qual não parecia ter sido especialmente concebida para cumprir.

Nesse passo, impulsionada por expressa disposição constitucional¹⁰, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) (Lei n. 8.429/1992) foi forjada para responder à conduta ilícita do mau gestor público. Lateralmente, pode alcançar o particular, pessoa física ou jurídica, que concorra com a irregularidade, mas seu foco é inegavelmente punir e afastar o agente público improbo. A lei prevê atos de improbidade em quatro níveis, quais sejam: os que importam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário, os decorrentes de concessão indevida de benefício financeiro

¹⁰ Art. 37, § 4º, CF/88 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 tributário¹¹ e os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

As sanções trazidas na LIA inauguram uma nova fase no combate à corrupção, em que pese seja preciso registrar a vagueza e absoluta generalidade de suas capitulações, que ainda hoje clamam por um amadurecimento jurisprudencial que imprima previsibilidade e segurança jurídica, notadamente para guiar o ajuizamento de ações por parte da Advocacia Pública e do Ministério Público.

Para além (i) da perda do patrimônio acrescido ilicitamente e (ii) do ressarcimento integral do dano, que se poderia alegar já estariam presentes como consequência necessária do ordenamento civil e das leis administrativas de combate à corrupção até então em vigor, a LIA contemplou: (iii) a perda da função pública, (iv) a suspensão dos direitos políticos por até dez anos, (v) multa civil em regra bem superior ao enriquecimento obtido ou ao dano causado, (vi) proibição de contratar com o poder público por até dez anos, ainda que indiretamente por empresa da qual seja sócio majoritário, e mesmo (vii) proibição de receber benefícios ou incentivos, fiscais ou creditícios, também ainda que indiretamente por empresa da qual seja sócio majoritário.

Sublinhe-se a diferença. Na sistemática da ação civil pública, por exemplo, a lei prevê a aplicação de multa como forma de coagir o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer. Não há autorização legal, nem escala, para devida dosimetria de sanção pecuniária propriamente dita, como ocorre na LIA.

A aplicação da LIA vem sofrendo adaptações sistemáticas com o tempo. Em 2007, na via incidental, o STF, por maioria, desautorizou a aplicação da LIA a agentes políticos sujeitos à lei de crime de responsabilidade¹².

¹¹ Seção II-A (*Incluída pela Lei Complementar nº 157, de 2016*)

Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (*Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016*)

¹² Rcl 2.138/DF (Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 13.06.2007). É verdade que em julgado recente, houve um detalhamento da jurisprudência do tribunal, quando se assentou (i) a responsabilização política, mediante “impeachment”, desde que ainda titular

Com esse precedente, o STF sinalizou a existência de dois regimes de improbidade, um aplicável a agentes políticos que estariam sujeitos às leis de crime de responsabilidade, que pode acarretar o afastamento do mandato (*impeachment*) e, outro aplicável aos demais servidores públicos, sujeitos à LIA.

Embora o entendimento ainda esteja sujeito à consolidação pelo STF, haja vista a proliferação de ações de improbidade ajuizadas contra agentes políticos pelo Ministério Público, o precedente é relevante por descortinar um passo a mais o universo de leis concebidas para o combate à corrupção e os diversos públicos-alvo trazidos por cada qual.

Assim, veja que os crimes de responsabilidade estão basicamente previstos na Lei n. 1.079/1950, em relação ao Presidente da República, aos Ministros de Estado, aos Governadores e aos Secretários de Estado, além de Ministros do STF e do Procurador-Geral da República, e também no Decreto-lei n. 201/1967, este específico para Prefeitos e Vereadores.

O impacto da Lei Anticorrupção no processamento de ilícitos administrativos até então governados pela LIA é semelhante ao da Lei 12.850, de 2013, e a previsão da colaboração premiada no processo penal. O modelo de direito sancionador com viés negocial ganhou inegavelmente espaço no sistema brasileiro. Da mesma forma que alterou-se a dinâmica tradicional do processo penal, onde nunca se admitiu negociação entre acusado e Ministério Público, a Lei Anticorrupção impacta vedação de “transação, acordo ou conciliação” prevista na LIA (art. 17, §1º).

Contudo, o antecedente mais próximo da Lei Anticorrupção e que contribuiu para o desenho do modelo de leniência nela previsto foi a nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/2011).

Essa lei de 2011 já havia descrito os requisitos e as condições que um acordo de leniência com o Poder Público deveria ter, tendo sido basicamente estampada pela Lei Anticorrupção. Em verdade, a sistemática do programa de leniência adotada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) conjugada com (i) a participação próxima do Ministério Público (art. 20) que atua perante o próprio colegiado concorrencial e (ii) a previsão legal de extinção da punibilidade criminal uma vez cumprido o acordado

de referido mandato eletivo e (ii) a responsabilização civil por improbidade administrativa, uma vez extinto subsequentemente o mandato de governador de estado (RE 803.297 AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 01.09.2017)

(art. 87) alçaram os acordos de leniência firmados com o CADE a modelo a ser seguido pelas demais autoridades competentes.

A Lei 13.506, de 27.11.2017, atualizou as regras aplicáveis às sanções administrativas que Banco Central e CVM aplicam no respectivo setor regulado. Houve uma repaginação das condutas vedadas e alterações importantes no processamento interno das autarquias com impacto nas leis específicas: Lei n. 4.594, de 1964 e Lei n. 6.385, de 1963.

Seguindo a tendência das novas disciplinas penais e administrativas, a nova lei franqueia ao BC e à CVM a celebração de “acordos administrativos em processo de supervisão” (art. 30), muito próximos aos acordos de leniência contemplados na Lei Anticorrupção. Contudo, apesar de setorial, difere do previsto na Lei 12.529, de 2011 (lei do CADE), já que o cumprimento do acordo com BC e CVM não gera aos particulares (pessoas físicas e jurídicas) efeitos na seara penal, como a redução de pena ou a extinção de punibilidade.

Em artigo publicado enquanto ainda vigorava (e tramitava) a MP 784, Valdir Simão, ex-Ministro da CGU, defende que a medida fortalece a capacidade de fiscalização dessas instituições e ressalta que os acordos travados com BC e CVM não prejudicam as atribuições do Ministério Público, a quem inclusive devem ser comunicados indícios de crime, nem a aplicação da Lei Anticorrupção pela CGU (Simão, 2017).

Fato é que uma vez assinados e tornados públicos os acordos de delação, na seara criminal, os casos de corrupção entre agentes públicos e dirigentes de empresas privadas geram imediatas consequências no âmbito administrativo. Embora a tipificação de condutas proibidas esteja esparramada pelas várias leis concebidas como parte do esforço de combate à corrupção, sejam penais, civis ou administrativas, a prática revela que os atos de corrupção estão imbricados num mesmo núcleo de ação envolvendo empresários e agentes públicos.

Assim como os acordos de delação premiada podem melhorar, sob uma perspectiva mais imediata, a situação do investigado/acusado, os acordos de leniência emergiram como alternativa célere para que a Administração Pública, de um lado, apure ilícitos, prejuízos e responsabilidades e, de outro, permita à empresa seguir com sua atividade regularmente, uma vez quantificados os danos devidos ao erário.

De um ponto de vista estático do ordenamento brasileiro, o Ministério Público (e a autoridade policial, em que pese a controvérsia atual) detém

competência para celebrar acordos de colaboração premiada, nos termos da Lei n. 12.850, de 2013 (art. 4º §6º), conforme mencionado acima.

A Lei Anticorrupção atribui à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública lesada, a competência para firmar o acordo de leniência (art. 16 *caput*), acrescentando que a “*Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal*” – negritei (art. 16, §10).

Por sua vez, Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278, de 15.12.2016, dispõe sobre os procedimentos para celebração de acordo de leniência, estabelecendo a participação da AGU em três momentos cruciais: (i) composição da comissão responsável pela negociação e pela elaboração do relatório final (art. 3º, §2º, art. 4º, inciso I, e art. 5º, inciso VI, §§4º e 5º), (ii) emissão de parecer jurídico (art. 5º, §6º), e (iii) assinatura do acordo em si (art.5º §6º e art. 6º *caput*).

A Lei de Improbidade Administrativa prevê uma fase interna de apuração de atos de improbidade praticados por servidores públicos. Nesse caso, a lei reforça a competência da autoridade superior que tiver ciência¹³ para determinar, em processo administrativo disciplinar próprio, a investigação do caso (art. 14, §3º da Lei 8.429/92). Já no âmbito judicial, a Lei estabelece competência concorrente para a propositura da ação de improbidade administrativa entre o MP e a pessoa jurídica interessada, por sua procuradoria, que, no caso do Executivo Federal, é exercida pela AGU (arts. 16 e 17).

O Tribunal de Contas da União (TCU) aparece como outro ator importante nos acordos de leniência firmados com a Administração Pública Federal. Sublinhando sua função de controle externo e sua competência para acompanhar a execução das contas dos agentes públicos sujeitas à sua aprovação, editou a Instrução Normativa n. 74, de 11.02.2015¹⁴, em que basicamente afirma sua competência para aprovar cada etapa da leniência, a começar pela manifestação de interesse da pessoa jurídica de direito privado em firmar o acordo (art. 1º, inc. I e §1º).

¹³ Art. 43 da Lei 8.112/90: *A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.*

¹⁴ Apesar da Lei anticorrupção não atribuir competência ao TCU e de ser questionável a legalidade e constitucionalidade da abrangência de competência que o órgão se atribui.

O conteúdo dos acordos firmados com o MP na seara criminal e a extensão de seus efeitos, em alguma medida por estarem timidamente disciplinados, têm gerado controvérsia por afetar a competência de outros agentes do Estado. Assim, é preciso notar que, via de regra, os acordos nascem atrelados à investigação criminal. Nela, empresários e agentes políticos implicados têm o compromisso de reconhecer ilícitos e entregar informações e provas que permitam aos investigadores conhecer como operava a organização criminosa como um todo e responsabilizar outros envolvidos.

Ao relatar os fatos que se enquadram como crimes contra a Administração Pública, investigados e acusados veem-se delatando também os demais ilícitos civis e administrativos. Avolumando-se os casos e considerada as pressões do mercado, nasce uma pretensão do meio empresarial de aglutinar as negociações da empresa responsável com interlocutor claro que represente o Estado brasileiro. Almeja-se, assim, obter o quanto antes segurança jurídica que permita dar continuidade à atuação empresarial.

3. Acordos de Leniência: dinâmica de atuação das instituições nos casos mais recentes

Esta segunda parte do texto se propõe a analisar a dinâmica de atuação da instituições, partindo do mosaico legal apresentado no tópico anterior. Iniciamos com a apresentação de dois casos paradigmáticos, apontando obstáculos, divergências interpretativas e impasses práticos enfrentados na aplicação do instituto da leniência.

Procurou reconhecer, então, os pontos de tensão e as complexidades institucionais que caracterizam o cenário atual de aplicabilidade do instituto. Essa realidade gera uma dinâmica complexa, contraditória e até conflituosa, prejudicando a eficácia do instituto, a estabilidade da instituições e a segurança jurídica. Por fim, indico consequências de tal realidade para as pessoas jurídicas envolvidas e para o país.

Deixo para a conclusão notas acerca dos caminhos a serem adotados.

a) O caso SBM

Em março de 2015, foi assinado um dos primeiros memorandos de entendimento pela CGU, em que se formalizou interesse da empresa “SBM

Offshore” em celebrar acordo de leniência. Após tratativas da comissão designada, em maio de 2016, foi assinada uma primeira versão de acordo por empresas do grupo SBM, pela CGU, pela Petrobrás e pelo MPF. Entretanto, a AGU não participou das negociações e não constou como parte do acordo (lembre-se que a Portaria interministerial entre CGU e AGU é de dezembro de 2016).

A segunda versão do acordo foi assinada por todas as partes envolvidas, MPF, CGU, AGU e Petrobrás, além de empresas do grupo SBM, em julho de 2016. Como não houve aprovação prévia por parte do TCU, instaurou-se na corte de constas um procedimento para averiguar o descumprimento da IN TCU nº 74/2015.

Este acordo de leniência com o grupo SBM, ademais, não foi homologado pela 5ª Câmara de Combate à Corrupção do MPF, conforme relatado por Mendes e Mendes (2017, p. 115). Em setembro de 2016, referida câmara do MPF, a partir de atribuições definidas na LC 75/93 (arts. 58 e ss.), entendeu que o acordo não reunia condições para ser homologado, ressaltando que (i) não restava demonstrada a existência de provas novas proveitosas para a investigação; (ii) não era possível dar quitação do dano sem sua total e absoluta identificação; (iii) havia desproporcionalidade entre renúncias e vantagens acordadas; (iv) não estariam preenchidos todos os requisitos legais, como admissão pela empresa de sua participação no ilícito; e (v) não seria possível que houvesse destinação de valores ao próprio MPF.

Houve recurso contra essa decisão da 5ª Câmara de Combate à Corrupção ao Conselho Institucional do Ministério Público, conforme ata da 10ª Sessão Ordinária de 2016, de 14.12.2016, que, de sua vez, reconheceu não lhe haver atribuição para revisar as conclusões e orientações dadas pela 5ª Câmara. Diante da não homologação, o acordo foi considerado nulo e o procedimento perante o TCU perdeu o objeto.

Em janeiro de 2017, membros da AGU foram incorporados à comissão de negociação anteriormente capitaneada pela CGU, em razão da portaria interministerial. As tratativas com a empresa continuaram de forma separada entre CGU/AGU/Petrobrás e com o MPF. Isso porque o MPF entendeu que seu acordo não deveria ser submetido à fiscalização ou aprovação pelo TCU. Na mesma linha, no entanto, CGU/AGU se posicionaram no sentido de que o acordo assinado pelos Ministros de suas pastas não estava sujeito à homologação pela 5ª Câmara do MPF.

Na última sessão do ano de 2017, em 12 de dezembro, o TCU aprovou previamente os termos e condições da minuta do acordo de leniência encaminhado pela CGU/AGU. Entretanto, dia 8 de dezembro, na sexta-feira anterior, o MPF ajuizou ação de improbidade administrativa contra duas empresas do grupo SBM, ex-dirigentes da empresa e ex-agentes públicos pelos mesmos fatos objeto do acordo de leniência aprovado pelo TCU.

Registre-se que há relatório de auditoria da CGU sobre os contratos objeto do acordo de leniência com o grupo SBM indicando a existência de danos não diretamente constantes do negociado, informação que já foi encaminhada ao TCU para apuração.

A SBM seria a primeira empresa a ter um acordo referendado por CGU, AGU, TCU, Petrobrás e MPF. Até a elaboração deste artigo, entretanto, o caso continua pendente de um deslinde definitivo. Temos portanto o envolvimento direto de pelo menos 6 instituições (AGU, CGU, MPF, Petrobrás, TCU, e agora o judiciário¹⁵), dois acordos assinados sem eficácia, um terceiro acordo previamente aprovado pelo TCU, mas não assinado pelas autoridades, e um histórico de 3 anos de negociação, 6 Ministros diferentes à frente da CGU e 4 da AGU.

b) Interface entre AGU e MPF: Operação Lava Jato

Outro caso interessante de ser relatado para o propósito deste artigo, trata de episódio específico envolvendo AGU e MPF no caso Lava Jato. O episódio tem origem em irregularidades apuradas pela operação Lava Jato, consistentes, resumidamente, em cartel de empreiteiras que teria fraudado licitações relativas a grandes contratos da Petrobrás, combinando entre si os resultados dos certames, definindo as empresas (individualmente ou por meio de consórcio) às quais os contratos seriam adjudicados e manipulando o valor das referidas contratações subscritas com a estatal. Este esquema teria viabilizado o pagamento de propinas a representantes da Petrobrás, a agentes políticos e a agremiações partidárias.

¹⁵ Uma vez que a ação de improbidade contra as empresas do grupo SBM que estavam negociando

A partir das provas obtidas pela investigação criminal e pelo CADE, a AGU ajuizou Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa¹⁶ contra ex-diretor de Abastecimento da Petrobrás, várias empreiteiras, entre elas a Mendes Júnior e a Andrade Gutierrez, e integrantes da cúpula diretiva da empresa Mendes Júnior. Ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, a AGU ajuizou medida cautelar na qual pleiteou o bloqueio de bens dos envolvidos¹⁷. Ambos os processos foram distribuídos à 3ª Vara Federal de Curitiba.

Após o ajuizamento da ação de improbidade administrativa pela AGU, o grupo Andrade Gutierrez assinou acordo de leniência com o MPF que prevê a impossibilidade de condenação em ações civis por atos de improbidade administrativa e o pagamento de R\$900.000.000,00 (novecentos milhões de reais). O acordo foi homologado pelo juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba (juízo criminal).

Neste caso, a AGU chegou a entendimento de que o acordo firmado com o MPF, conquanto possuísse validade e pudesse produzir efeitos, não ostentava a eficácia ampla que pretendiam os signatários (empresa e MPF), muito menos a de vincular materialmente a União e a Petrobrás. Nesse sentido, escreveram os Advogados da União que atuaram no caso:

*“o ato jurídico é válido e eficaz, tendo a aptidão para produzir efeitos, tão somente, em relação as partes o assinaram, enquanto reflexo do princípio da relatividade negocial ou fruto da vontade única dos celebrantes. Desse modo, não pode, automaticamente, vir a produzir efeitos em face de terceiros que tenham sido atingidos pelos ilícitos, sem que estes tenham integrado os termos do acerto.”*¹⁸

Seguindo esta linha, a AGU reconheceu a validade do acordo entabulado com o MPF e admitiu, por exemplo, a possibilidade de que os valores acordados sejam utilizados como amortização parcial do débito e que o valor

¹⁶ Autos nº 5027001-47.2015.404.7000

¹⁷ Autos nº 5045015-79.2015.404.7000

¹⁸ Trecho retirado da peça de contrarrazões da União, representada pela AGU, ao agravo de instrumento nº 5025933-42.2017.404.0000 interposto contra decisão exarada no autos do processo n. 5027001-47.2015.404.7000, que determinou expedição de ordem de indisponibilidade de precatório em ação judicial no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, cujo valor aproximado de cinco milhões de reais seria levantado pela Construtora Andrade Gutierrez.

correspondente à multa prevista no inciso I, do artigo 12, da Lei 8.429/92 não seja incluído na ordem de bloqueio deduzida pela União¹⁹.

Como o valor pleiteado a título de ressarcimento ao erário supera o valor acordado pelo MPF, defende a AGU, neste caso, que:

“conquanto o Ministério Público atue como representante da sociedade brasileira, detendo o monopólio para o ajuizamento da Ação Penal Pública, ele não pode pretender representar a vítima no condizente aos efeitos civis dos crimes praticados, consoante explícita previsão contida na parte final do inciso IX, do artigo 129 da Constituição Federal, que veda aos membros do parquet a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas. Tampouco pode pretender dar quitação quanto ao ressarcimento devido às vítimas pelos autores dos crimes contra ela praticados.”²⁰

Ainda em decorrência do desmembramento na área civil dos fatos tratados na Lava Jato, foi proposta pela AGU ação de improbidade em face de ex-dirigentes e funcionários da Petrobras, Alberto Youssef, Construtora OAS S/A, empresas do grupo Odebrecht, UTC engenharia S/A e integrantes da cúpula diretiva das empresas, requerendo a aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92 e o ressarcimento integral dos danos causados à sociedade brasileira e à Petrobrás²¹. Parte dos valores de ressarcimento foram ancorados em decisões do TCU, em relação aos quais a AGU requereu a indisponibilidade de bens. A Justiça Federal em Curitiba decretou a indisponibilidade dos bens requeridos, dentre eles aqueles pertencentes ao Grupo Odebrecht.

Em 20.01.2017, o MPF apresentou promoção defendendo que o processo possuía uma ausência parcial de condição de ação porque as empresas do Grupo Odebrecht tinham assinado de acordo de leniência, em 1º.12.2016, homologado pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF. Em 14.02.2017, o MPF apresentou nova promoção e, revendo seu posicionamento, afirmou que o pedido de desbloqueio abrangia o ressarcimento ao erário.

O MM Juízo da 1ª Vara Federal de Curitiba decidiu desbloquear os bens do Grupo Odebrecht, por entender que: (i) MPF e AGU são indistinguíveis e que se tratava de mera dissidência entre órgãos que compõem o Estado

¹⁹ Manifestações constantes dos autos da Medida Cautelar nº 5045015-79.2015.404.7000

²⁰ V. nota 18.

²¹ Autos nº 5025956-71.2016.4.04.7000/PR

em si (unitariamente concebido), e (ii) uma vez celebrado acordo com o colaborador, em que se pactua o levantamento de constrição, não é concebível manter o bloqueio dos bens do agente apenas em razão de que não houve imputação dos pagamentos.

Contra tal decisão a União interpôs agravo de instrumento²², provido por unanimidade pela 3ª Turma do TRF4, que determinou, então, o bloqueio dos bens das empresas do Grupo Odebrecht. Entendeu o tribunal por limitar os efeitos do acordo de leniência firmado pelo MPF, visto que a autoridade competente para firmar o acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal, é a CGU²³.

Apesar de não haver impedimentos para a participação de outros órgãos da administração pública federal AGU, MPF e TCU, entendeu o TRF4 que o acordo de leniência firmado pelo Grupo Odebrecht no âmbito administrativo necessita ser ratificado pela CGU, levando-se em conta o ressarcimento ao erário e a multa, sob pena de não ensejar efeitos jurídicos válidos. O processo aguarda julgamento de embargos de declaração.

O MP do Estado de São Paulo não endossou o acordo de leniência firmado pelo MPF no âmbito da Lava Jato. Deixou de receber provas de pagamento de propina em obras do Metrô, CPTM, Dersa e DER, sob fundamento de que haveria irregularidades no termo firmado, como a ausência de assinatura pela CGU e AGU (CARVALHO, 2017). O TCU, que também apura prejuízos à Petrobrás, já se posicionou no sentido de que a assinatura de acordo de leniência não afasta suas competências, inclusive para aplicar a penalidade de inidoneidade (art. 46 da Lei n. 8.443/92 – Lei Orgânica do TCU).

O primeiro caso relatado, da SBM, aponta que na origem do insucesso de se propiciar uma solução administrativa definitiva prevista em lei, não está o descumprimento de requisitos legais, mas a incapacidade de conciliação de pretensões e de funcionamento em harmonia dos atores envolvidos. O fato de o MP não ser legitimado pela lei anticorrupção para firmar acordo de leniência ou da lei de improbidade administrativa vedar transação, acordo ou conciliação em seu âmbito, parece ter prejudicado menos a aplicação do instituto da leniência do que prejudicou a disputa por protagonismo entre as instituições.

²² Autos nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR

²³ AI n. 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, Rel. Vânia Hack de Almeida, j. 22/08/2017.

Esse cenário é agravado pela falta de definição legal do papel de cada uma das instituições no processo de celebração de acordos de leniência. Esta lacuna legislativa pode ser tornar um espaço perigoso de normatização infra-legal autônoma de cada uma das instituições, vide o caso da IN TCU n. 74/15, em prejuízo da atuação cooperativa necessária à eficácia do instituto no cenário de combate à corrupção.

Regulamentações elaboradas em conjunto por mais de uma instituição, pelo contrário, parecem otimizar e destravar os obstáculos enfrentados. No caso da SBM, por exemplo, se já houvesse a edição da Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2278, de 2016, seria provável que a assinatura da primeira versão já prevalecesse.

O segundo caso expõe a problemática mais específica de coordenação das atuações da AGU e do MPF. Vê-se que a falta de atuação coordenada dificulta que o acordo de leniência atinja seu objetivo principal, qual seja, o de obtenção célere de provas e alavancagem de investigações, quanto seu objetivo residual, que é recuperar ativos ao erário. No caso da SBM, o MPF ajuizou ação de improbidade administrativa dias antes da aprovação pelo TCU da minuta final de acordo de leniência, que seria provavelmente assinado por CGU, AGU e Petrobrás. No fim, o caso permanece sem solução. Nos casos da Lava Jato, a AGU ajuizou ações de improbidade administrativa, prejudicando ao ver do MPF, as tratativas para assinatura de acordos de leniências que, posteriormente, vieram a ser assinados e homologados em juízo²⁴.

Este cenário é agravado pelo fato de o MPF ter assinado acordos chamados de leniência, sem legitimidade legal para tanto. Apesar de não previstos em lei com sendo leniência, os acordos firmados pelo MPF são negócios jurídicos *sui generis*, válidos e eficazes, a princípio. Nesta condição, estão aptos para produzir efeitos jurídicos e práticos. A abrangência e o contorno desses efeitos não estão definidos na lei ou na jurisprudência, incerteza que gera insegurança jurídica e desincentiva a aplicação do instituto.

²⁴ A autora não aprofundará esse aspecto do texto, mas entende que legalmente apenas os acordos firmados pela CGU têm a abrangência atribuída pela Lei Anticorrupção e apenas a AGU pode representar judicial e consultivamente a União, inclusive no que se refere aos danos pecuniários por ela sofridos. De forma que, apesar dos casos parecerem simétricos – assinatura de acordo por uma instituição e ajuizamento de ação de improbidade pela outra –, as características e os efeitos não são similares.

Especificamente no que se refere ao TCU, o caso aponta para o fato de que uma empresa que firma acordo de leniência com CGU, AGU e MPF, pode ser cobrada administrativa e judicialmente pela integralização do dano ao erário²⁵, decorrente dos mesmos fatos objeto do acordo, mas não contemplados nos valores negociados. Assim como, apesar do acordo, a empresa pode ter declarada sua inidoneidade pelo TCU. Neste cenário, os benefícios para a empresa parecem incertos e inseguros.

Diante desta análise, pode-se presumir que as empresas não sabem a quem procurar quando pretender ver aplicado o instituto previsto nos art. 16 e 17 da Lei n. 12.846/13, se buscam o MPF, a CGU, a AGU, o TCU ou o CADE. Quando firmam acordo com uma ou mais dessas instituições, não tem certeza da validade, abrangência e efeitos desse acordo. Essa insegurança jurídica desestimula que novos agentes procurem autoridades para firmar acordos de leniência, prejudicando a eficácia do instituto.

Mais do que isso, a assinatura de acordos de leniência parece não garantir que ações de improbidade administrativa sejam ajuizadas, que penalidades de inidoneidade sejam aplicadas, que providências de reparação integral do dano sejam adotadas, e que créditos junto a instituições do sistema financeiro público sejam pleiteados²⁶. Neste quadro, o acordo de leniência não “ressocializa” a empresa leniente, mesmo após a “confissão” de seu “crime”, dificultando sua reinserção no mercado.

²⁵ Vale mencionar neste ponto, que todos os atores envolvidos têm dificuldade para definir o que é ressarcimento integral do dano e seu valor correspondente. Mesm o TCU tem um histórico instável e vagaroso na apuração definitiva do valor do dano em casos complexos, de forma que a celebração do acordo não pode depender desse elemento, incompatível com a função de obtenção célere de informações e documentos que contribuam na apuração do ilícito.

²⁶ No caso do BNDES, por exemplo, legalmente a penalidade de não contratar com o poder público pelo prazo de 10 anos depende de trânsito em julgado de ações judiciais ou processos administrativos. Entretanto, com o cenário da lava-jato e de suas implicações, surgiram preocupações da Agu e do Banco Central quanto à disponibilização de crédito, de forma que o BNDES passou a considerar para efeitos cadastrais (rebaixamento) as empresas que eram rés em ações penais cuja vítima fosse a administração pública ou rés em ações de improbidade administrativa. Entretanto, a assinatura de acordo de leniência (CGU\AGU) ou delação premiada (MPF), limpava o cadastro da empresa. Entretanto, além da análise cadastral, o BNDES realiza análise de crédito, que fica prejudicada no caso de haver improbidade administrativa ajuizada (pela AGU ou pelo MPF quando o outro órgão assinou o acordo) ou mesmo quando há risco de condenação pelo TCU.

Essa obstaculização a novos investimentos prejudica não apenas a pessoa jurídica envolvida, mas todo um setor da economia. Assim, empresas cujos ativos são relevantes para a economia do país são vendidas a preços irrisórios; novos agentes econômicos se sentem desestimulados a ingressar no setor; e o próprio setor envolvido pode ficar estagnado, quando o caso de corrupção abrange diversos agentes econômicos relevantes, gargalo este sentido atualmente no setor de infraestrutura.

4. Conclusão

A dificuldade de atuação coordenada entre as autoridades públicas, conforme analisada ao longo deste artigo, deve-se tanto a fatores legais quanto institucionais. Ela foi agravada pelo fato de a lei anticorrupção ter sido publicada em agosto de 2013, entrando em vigor 180 dias depois, em fevereiro de 2014, em pleno auge da operação Lava Jato. Não houve amadurecimento e aprimoramento antes de seu uso em larga e relevante escala.

O instituto da leniência nasceu sob os holofotes da mídia, o que intensificou a disputa das instituições por protagonismo. O impasse foi gerado: o MPF se avocou competência não prevista em lei para suprir lacuna legal e fechar acordo de “delação premiada” com pessoas jurídicas. O TCU, não contemplado pela Lei Anticorrupção, editou norma interna avocando para si a competência de fiscalizar e dar a palavra final nos acordos de leniência negociados entre empresas e o Poder Executivo, além de sempre ressaltar ser instância final acerca da apuração do valor do dano ao erário. AGU e CGU editaram portaria para atuação conjunta e a partir de então firmaram apenas 2 acordos de leniência²⁷, estão com mais de 20 casos em negociação e têm de compatibilizar esta atuação com aquela desenvolvida pelo TCU e pelo MPF.

Como bem pontuou o ex-Ministro do STJ, Gilson Dipp, o problema é que: “*todos querem um acordo de leniência para chamar de seu*”²⁸.

²⁷ Sendo que em um deles a empresa entrou com pedido de recuperação judicial no dia seguinte à assinatura do acordo.

²⁸ Fala proferida como mediador do painel II: Os diferentes sistemas de sanção, avanços e desafios, do evento organizado pelo Jota e pelo Insper, “*O Sistema de Justiça e os Novos Desafios*”, no dia 18 de agosto de 2017.

Não há modelo pronto ou solução simples. Mas alguns encaminhamentos podem ser apontados a fim de contribuir para o aprimoramento deste cenário.

No âmbito legislativo, três aspectos parecem primordiais. Primeiramente, nos parece impreterível a definição da competência das instituições. Esse modelo normativo precisa contemplar os atuais atores (MPF, CGU, AGU, TCU) e incluir e dialogar com os demais relevantes (CADE, Banco Central, CVM e Polícia Federal), garantindo que o desenvolvimento da competência para firmar o acordo por uma instituição não prejudique a obtenção de provas pela outra, tampouco tenha sua eficácia prejudicada pela punição em outra esfera

Em segundo, é preciso definir até onde podem ir cada um dos negócios jurídicos, atentando aos efeitos que devem ou não gerar. Isso implica dizer que, aguardada alguma decantação temporal das práticas Brasil afora, será preciso dizer qual o conteúdo possível para os acordos negociados com cada autoridade.

Em terceiro, aproveitado as conclusões parciais acima lançadas, é preciso dar racionalidade ao sistema quando encarado sob a ótica das pessoas físicas e jurídicas de direito privado. O Estado deve organizar-se para oferecer um relacionamento seguro, porém eficaz aos administrados. Com isso, sugere-se que haja, nos moldes do previsto na lei do CADE, de 2011, uma integração dos efeitos caso o acordo seja integralmente honrado pelos particulares.

A MP 703, de 2015 (caducou em 29.05.2016) chegou a esboçar alguma resposta quanto aos seguintes pontos: (i) procurou incorporar o MPF e a AGU, junto à CGU, na celebração dos acordos de leniência, (ii) pretendeu atribuir efeito de impedir o ajuizamento da ação de improbidade administrativa e a aplicação das sanções administrativas da Lei nº 8.666, de 1993 (arts. 86 a 88), além de ter (iii) previsto a participação do TCU, uma vez que haveria o encaminhamento do acordo para sua análise e aprovação, mas isso após sua celebração.

Por fim e para além das adequações legislativas, gostaria de enumerar outras duas alternativas que podem ajudar a desanuviar o nó institucional hoje experimentado.

Em primeiro lugar, soluções pactuadas e discutidas entre as várias autoridades públicas envolvidas podem, ainda que não encontrem solução imediata, pavimentar caminhos para uma atuação mais coordenada. Atos em conjunto, infra-legais, como fizeram CGU e AGU, podem ser bastante

úteis. Experiências como a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA ajudam nessa direção.

Por último, é preciso considerar o debate mais amplo, no seio mesmo da sociedade civil organizada, para encontrar soluções inovadoras e criativas. O debate feito entre as autoridades envolvidas pode não bastar, uma vez que os vieses são, por definição, todos muito parciais. Experiências de transparência radicais e de compartilhamento de dados abertos, aliados à própria percepção dos usuários dos diversos serviços públicos devem agregar na busca de alternativas a essa e a outras discussões.

Referências

- CANÁRIO, Pedro. *Criticadas por Gilmar, preventivas da “lava jato” duram e média 9,3 meses*. Consultor Jurídico, 7 de fevereiro de 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-fev-07/criticadas-preventivas-lava-jato-duram-media-93-meses>
- CARVALHO, Mario Cesar. *Ministério Público de São Paulo rejeita acordo com Odebrecht*. Folha de São Paulo, 25 de setembro de 2017. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/09/1921432-ministerio-publico-de-sao-paulo-rejeita-acordo-com-odebrecht.shtml>
- GARCIA, Mônica Nicida. *Voto n. 9212/2016*, proferido no âmbito da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF. Brasília, 1º de setembro de 2016.
- LIMA, Marina Camargo Aranha. *Corrupção, Legalismo e Impunidade no Brasil? Reflexões acerca da função preventiva da AGU. Implicações do Novo CPC na Atuação Proativa da AGU e Temas Correlatos*. Brasília: Escola da AGU, 2016, p. 261-291.
- MENDES, Francisco Schertel e MENDES, Vinicius Marques de Carvalho. *Compliance: concorrência e combate à corrupção*. 1ª ed. São Paulo: Trevisan, 2017.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.
- SIMÃO, Valdir. *Acordo de leniência no BC e na CVM: foco no que é importante*. Jota, 23 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-de-leniencia-no-bc-e-cvm-foco-no-que-e-importante-23062017>.

A lei anticorrupção e outras ferramentas extrapenais de controle e combate à corrupção no Brasil

The anticorruption law and other non-criminal tools of control and combating corruption in Brazil

JULIANA GONÇALVES MELO¹

Resumo: O artigo traz breves reflexões sobre a Lei nº 12.846/13 e outros instrumentos normativos de controle e combate à corrupção no Brasil. Nesse contexto, examina a vertente pela qual a Lei Anticorrupção pretende enfrentar o fenômeno da corrupção, prevendo a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, a valorização da esfera processual administrativa, a possibilidade de celebração de acordo de leniência e o instituto do *compliance* como elemento apto a diminuir eventuais sanções impostas. Também destaca a ação popular, a ação civil pública, e a Lei de improbidade administrativa, como instrumentos relevantes de caráter não penal no enfrentamento das práticas corruptivas na administração pública.

Palavras-chave: *Corrupção; Instrumentos de controle; Lei Anticorrupção.*

Abstract: This article presents brief reflections on Law 12.846/13 and other normative instruments of control and fight against corruption in Brazil. In this context, it examines the extent to which the Anti-Corruption Law intends to face the phenomenon of corruption, providing for the objective responsibility of legal persons, appreciation of the administrative procedural sphere, the possibility of entering into a leniency agreement and the compliance institute as an element capable of reducing sanctions imposed. It also highlights popular action, the public civil action, and the Law of administrative improbity, as relevant non-criminal instruments in confronting corruptive practices in public administration.

Keywords: *Corruption; Control instruments; Anti-Corruption Law.*

¹ Procuradora Federal – PSF Varginha/MG.

1. Introdução

O fenômeno da corrupção, tão presente na realidade brasileira, afeta os cidadãos, as entidades públicas e as instituições privadas.

Conceituar *corrupção* não é tarefa simples, principalmente em razão da existência de definições políticas, legais e de opinião pública sobre o fenômeno.

Embora não exista consenso quanto ao significado do termo em estudo, entendemos que sua essência pode ser extraída da definição trazida por Petrelluzzi:

“Por entendermos que os elementos constitutivos da corrupção são o desvio de poder inerente a ente público e a obtenção de vantagem ilícita, cremos que podemos apontar a definição indicativa de corrupção como sendo a conduta de pessoa natural ou jurídica, em conexão a qualquer ente público, destinada a obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita de qualquer natureza².”

A corrupção abala a imagem e credibilidade interna e externa do país, causando importantes danos para as suas instituições políticas e econômicas.

Para os fins pretendidos neste trabalho, importa destacar que no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilização por crimes contra a administração pública está veiculada ao âmbito penal, sendo a corrupção um destes crimes.

Recentemente, a denominada Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), de caráter não penal, estabeleceu a responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Essa lei revela-se uma importante ferramenta extrapenal de controle e combate à corrupção no Brasil, ao lado de outros mecanismos já existentes, uma vez que as pessoas jurídicas poderão receber graves sanções civis e administrativas pela prática de atos lesivos à administração pública, podendo até mesmo ser determinada a sua dissolução compulsória. Trata-se de uma reação estatal contra a figura da pessoa jurídica corruptora, que patrocina ou se beneficia dos atos de corrupção que assolam o país.

² PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origem, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.

2. Lei anticorrupção

2.1. Responsabilidade administrativa e civil da pessoa jurídica

A partir de 1988 foram aprovadas várias normas em defesa da probidade, da ética pública e da moralidade administrativa, que se destacavam pela previsão da responsabilização da pessoa física, do agente público.

Alguns dispositivos normativos anteriores à Lei nº 12.846/2013 já tratavam sobre a responsabilização de pessoas jurídicas, embora, em nenhum deles fossem previstas sanções tão rigorosas e um procedimento que pretende ser célere e eficaz na punição como o da atual legislação³.

A Lei nº 12.846/2013 surge para concretizar os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em especial com a ratificação da Convenção Internacional sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Internacionais”, da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), que dispõe, em seu artigo 2, o dever de cada Parte “tomar as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos⁴”, deixando espaço para a escolha da modalidade de responsabilização do ente coletivo⁵.

A lei foi aprovada num contexto de grande efervescência social, sob a pressão das manifestações populares de junho de 2013, que acelerou a aprovação de um projeto que não era novo, mas aguardava a deliberação final do Congresso Nacional⁶.

A Lei Anticorrupção, de caráter não penal, amplia consideravelmente seu campo de atuação ao prever a punição mediante a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção contra a

³ MARINELA, Fernanda; PAIVA, Fernando; RAMALHO, Tatiany: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35.

⁴ BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Brasília, 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

⁵ LIVIANU, Roberto. Corrupção – Incluindo a nova Lei Anticorrupção. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 183.

⁶ LIVIANU, Roberto. Idem. p. 183.

administração pública nacional ou estrangeira (incluindo organizações públicas internacionais), com multas expressivas e publicação da decisão condenatória.

O Ministério Público e a Advocacia Pública estão legitimados a propor em juízo ações visando perdimento de bens, suspensão ou interdição parcial de atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica, além da proibição de receber incentivos, e outras sanções.

2.2. Responsabilidade objetiva, sanções e valorização da esfera processual administrativa

No plano penal, a responsabilização é subjetiva, exigindo-se a comprovação do dolo direito ou eventual, ou da culpa (nos tipos penais que preveem a punição da conduta culposa).

Conforme já referido, a Lei Anticorrupção adota sistema de responsabilização objetiva, exigindo-se a comprovação do elo da pessoa jurídica com a prática apontada, não se exigindo qualquer espécie de demonstração de culpabilidade concreta de pessoas no plano individual. A pessoa jurídica pode ser responsabilizada independentemente da condenação do agente público também envolvido, ou mesmo da pessoa física que tenha efetivamente praticado a conduta.

A lei prevê a imposição de sanções isoladas ou cumulativas, com previsão expressa referente à indisponibilidade de bens e destinação preferencial de valores à pessoa lesada.

A Lei Anticorrupção valoriza o campo administrativo como instrumento de controle e punição dos atos de corrupção. Nesse sentido, a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

2.3. Acordo de leniência

Nos termos da Lei Anticorrupção, a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas

jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos na Lei, que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração⁷.

O acordo de leniência somente pode ser estabelecido com o próprio órgão de controle interno estatal. A celebração do acordo isenta a pessoa jurídica de parte das penas e implica redução em até 2/3 da multa, mas não exime da responsabilidade de reparar integralmente o dano causado.

2.4. Compliance ou programa de integridade

Nos termos da Lei, quanto mais significativo for o programa de controle interno instituído pela pessoa jurídica, e quanto maior for o seu grau de efetividade, maior relevo terá na fixação da sanção.

Assim, nos termos do art. 7º, inciso VIII, serão levados 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”.

Tal previsão normativa fomenta a autorregulação empresarial, por meio de incentivos à adoção de modelos de organização de caráter preventivo com objetivo de evitar a prática delitiva.

Cabe esclarecer que a inexistência de programas de integridade não recomenda automaticamente a responsabilização. Da mesma forma, a existência de *compliance* não significa ausência de punibilidade.

2.5. Controle externo exercido pelos tribunais de contas

Nos termos do art. 70, *caput*, da Constituição Federal de 1988, caberá aos Tribunais de Contas, como órgãos de controle externo, fiscalizar pela a adequada e correta aplicação, pelos gestores públicos, da Lei Anticorrupção,

⁷ LIVIANU, Roberto. Idem. p. 186.

naquilo que for de suas competências. O administrador público que não efetivar a responsabilização administrativa dos casos de atos lesivos à administração, independentemente de não estar ele mesmo envolvido na prática desses atos, responderá perante os órgãos de controle externo.

Eventual omissão na instauração e julgamento de processo administrativo para apuração de responsabilidade de pessoa jurídica cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação. Fica evidente que eventual omissão, no desempenho dessa atividade, caracteriza-se como uma irregularidade a ser apontada e verificada pelos Tribunais de Contas, em atenção ao princípio da legalidade⁸.

Não apenas a instauração e o julgamento desse procedimento, mas também a sua regularidade e a efetividade das sanções eventualmente aplicadas estão submetidas à mesma espécie de controle. Da mesma forma, o denominado “acordo de leniência” eventualmente firmado poderá ser objeto de controle externo, para verificação de sua legalidade e eficiência.

Como se pode perceber, a fiscalização eficaz realizada pelas Cortes de Contas acerca da aplicação dos instrumentos previstos na Lei Anticorrupção pode traduzir-se em importante ferramenta de controle e combate à corrupção, dissuadindo os agentes no cometimento de práticas deletérias a toda a sociedade.

3. Outras ferramentas extrapenais de controle e combate à corrupção no Brasil

Todas as Constituições brasileiras trouxeram dispositivos normativos que tratavam de forma direta ou indireta acerca de atos relacionados à corrupção e à improbidade administrativa⁹.

No plano infraconstitucional, vários instrumentos normativos concernentes à matéria surgiram, cabendo aqui destacar apenas alguns deles, que ainda se mostram relevantes no controle e combate à corrupção na administração pública.

⁸ SANTOLIM, Cesar. *A Lei Anticorrupção e os Tribunais de Contas*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 181, jan. 2017, p. 31.

⁹ MARINELA, Fernanda; PAIVA, Fernando; RAMALHO, Tatiany. *Idem*. p. 32.

3.1. Ação popular

A ação popular é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXIII, nos seguintes termos:

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

É regulada pela Lei nº 4.717/65, que foi recepcionada pela Constituição de 1988, devendo ser interpretada à luz da Constituição Cidadã.

Esse instrumento processual garante ao cidadão um meio de submeter ao controle do Poder Judiciário os atos administrativos, visando à defesa da coisa pública.

Apesar da previsão de legitimação individual do cidadão para o ajuizamento da ação popular, busca-se a defesa do interesse da coletividade (direito transindividual).

A ação popular permite que os indivíduos fiscalizem o exercício da atividade administrativa, apurando seus desvios e possíveis responsabilidades na gestão da coisa pública, destacando-se como meio de controle popular no combate à corrupção.

Por ter caráter corretivo, tem como um dos principais efeitos a busca de sentença que propicie o retorno ao estado anterior ao ato lesivo. É possível, contudo, que se obtenha caráter preventivo por meio da concessão de liminar para suspender o ato impugnado. Apesar de não estabelecer sanções diretas aos agentes, estabelece a obrigação de recompor o patrimônio público e ressarcir o dano causado.

3.2. Ação civil pública

A ação civil pública está prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 129, inciso III e parágrafo 1º:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]

§ 1º – A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

Está regulada na Lei nº 7.347/85, que fixa legitimidade ativa concorrente e disjuntiva. Dessa forma, podem propor ação civil pública visando à defesa de direitos e interesses transindividuais não só o Ministério Público, mas também a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; as autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista; bem como as associações, desde que preenchidos determinados requisitos previstos em lei, relacionados ao seu tempo de constituição e ao seu objeto.

Embora não se possa negar a importância da previsão de colegitados para a propositura da ação, o protagonismo do Ministério Público no exercício de tal ação é evidente. A própria lei estabelece que, se não intervier no processo como parte, o MP atuará obrigatoriamente como fiscal da lei (art. 5º, § 1º, da Lei nº 7.347/85), ressaltando que, em caso de desistência infundada ou abandono por associação legitimada, o *parquet* ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

O objeto da ação civil pública é amplo. Nos termos previstos no art. 1º da Lei nº 7.347/85, busca-se por meio desta ação a responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valores artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica; à ordem urbanística; e à honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. A ação civil pública pode ter ainda caráter preventivo, buscando evitar a ocorrência de danos, conforme previsão contida no art. 4º da Lei nº 7.347/85.

A ação civil pública é instrumento essencial para o combate às mazelas produzidas pela corrupção no seio da administração pública. A possibilidade de sua titularidade ativa pelo Ministério Público, bem como a impossibilidade de sua desistência infundada, permite que sua utilização seja mais recorrente e eficiente na tutela do patrimônio público do que a ação popular.

3.3. Lei de improbidade administrativa

O parágrafo 4º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu, como consequências da prática de atos de improbidade administrativa, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

A Lei nº 8.429/92 regulamentou o dispositivo constitucional, procurando atingir não só aqueles que prestam serviços à administração direta, indireta ou fundacional. Estão incluídos na referida lei, como agentes públicos, todas as pessoas que exerçam, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, mandato, cargo, emprego ou função, na administração direta, indireta e fundacional, de empresas incorporadas ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual. No artigo 3º, a lei ampliou sua abrangência, incluindo aquele que, mesmo sem ter a condição de agente público, “tenha induzido ou concorrido para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficiado sob qualquer forma direta ou indireta”.

Na conceituação de ato de improbidade, a doutrina se vale de dois critérios. O primeiro, subjetivo, vincula o ato de improbidade administrativa ao aspecto moral do exercício da atividade pública. Já o critério objetivo relaciona o ato de improbidade ao descumprimento de um dever legal. A legislação brasileira parece ter adotado um critério misto na conceituação dos atos de improbidade, considerando aspectos subjetivos, da moralidade, como também aspectos objetivos, da legalidade.

Desta forma, o conceito de probidade se vincula à obrigatoriedade de os agentes públicos agirem sempre em consonância com a lei, em respeito à moralidade e aos princípios da administração pública, sujeitando seu autor às sanções legais.

As sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato, não excluindo a incidência das sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica. De qualquer forma, a incidência das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa requerem fundamentação, não sendo simples consequência da existência de ilícito administrativo.

O combate à corrupção encontra na Lei nº 8.429/92 um meio eficaz de prevenção e repressão desta prática deletéria. A referida norma constitui

importante instrumento principalmente contra os agentes públicos que não observem as disposições legais no desenvolvimento de suas funções, ou que atentem contra a moralidade administrativa.

4. Conclusão

Embora o Brasil tenha vivenciado diversos escândalos de corrupção ao longo de sua história recente, é possível perceber um amadurecimento e recrudescimento dos instrumentos e instituições públicas no enfrentamento do fenômeno.

Nos planos constitucional e infraconstitucional, temos a previsão de dispositivos normativos em defesa da probidade e da moralidade administrativa, visando repelir e punir nas esferas criminal, civil e administrativa a prática de atos de corrupção. Dentro desse contexto, destaca-se a denominada Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

Embora antes do advento da Lei nº 12.846/2013 já existissem algumas normas que tratavam sobre a responsabilização de pessoas jurídicas (v.g. Lei nº 8.884/94, substituída pela atual Lei nº 12.529/2011, que trata do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), verificam-se na Lei Anticorrupção sanções mais rigorosas e um procedimento que pretende ser célere e eficaz na punição dos entes envolvidos nesses ilícitos.

Constata-se a existência de relevantes instrumentos extrapenais de controle e combate à corrupção no Brasil. Talvez um dos grandes desafios atuais seja a mudança na cultura cotidiana da corrupção. Conforme alerta Helena Regina Lobo da Costa, “enquanto a sociedade brasileira não se conscientizar, verdadeiramente, sobre a necessidade de mudança profunda na mentalidade, qualquer tentativa de alteração do panorama atual restará fadada ao mais redundante fracasso”¹⁰.

¹⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Corrupção na História do Brasil: reflexes sobre as origens no period colonial*. Capítulo 1. In: *Temas de anticorrupção e “compliance”*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. P. 32.

Referências

- ALBUQUERQUE, Ana Claudia de Paula. *Inter-relacionamento entre a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção*. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 6, n. 17, p. 9-35, maio/ago. 2017.
- BONELLI, Francisco Sérgio Oto Souza. *Convenções internacionais contra a corrupção e a Lei de Improbidade Administrativa*. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 6, n. 16, p. 9-40, jan./abr. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 de dezembro de 2017.
- BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular.. [S.I.]: Brasília, 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em 29 de dezembro de 2017.
- BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. [S.I.]: Brasília, 1985. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 30 de dezembro de 2017.
- BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de julho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. [S.I.]: Brasília, 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em 30 de dezembro de 2017.
- BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Brasília, 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em 30 de dezembro de 2017.
- BRASIL. Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. [S.I.]: Brasília, 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Corrupção na História do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial*. Capítulo 1. In: Temas de anticorrupção e compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. P. 32.
- DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio; CASTRO, Renato de Lima (Org.). *Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- FERNANDES DIAS, Bruno. *O papel da Advocacia Pública nos programas de integridade para o combate à corrupção nas empresas*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 182, p. 9-24, abr. 2016.
- GALRÃO, Marina Caetano Sarraf. *Acordo de leniência: Lei no 12.846/2013 e Decreto Federal nº 8.420/2015*. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 6, n. 16, p. 183-227, jan./abr. 2017.
- HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- LIVIANU, Roberto. *Corrupção – Incluindo a nova Lei Anticorrupção*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- MARINELA, Fernanda; PAIVA, Fernando; RAMALHO, Tatiany. *Lei anticorrupção: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PIRES, Antonio Cecilio Moreira; GALIL, João Victor Tavares. *A responsabilização das Pessoas Jurídicas por atos de corrupção frente à Lei de Improbidade Administrativa*. BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, NDJ, ano 33, n. 3, p. 265-270, mar. 2017.
- SANTOLIM, Cesar. *A Lei Anticorrupção e os Tribunais de Contas*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 181, p. 29-32, jan. 2017.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*, São Paulo: Saraiva, 2015.

O princípio da Publicidade nas contratações públicas como meio de combate à corrupção – uma análise comparativa entre o Brasil e Portugal

The principle of Advertising in public contracting as a mean of fighting corruption – a comparative analysis between Brazil and Portugal

VALERIA CARNEIRO LAGES RESURREIÇÃO¹

Resumo: Este trabalho ocupa-se do princípio da publicidade, dentre aqueles que regem as contratações públicas. Ao estudar as normas vigentes no Brasil e em Portugal busca encontrar aquelas que são comuns, em particular, os princípios que vinculam a Administração Pública. Destaca o princípio da publicidade revelando sua faceta mais moderna, aquela que exige que os atos administrativos sejam transparentes, bem assim, procura demonstrar que os atos escusos não atendem ao princípio democrático que é assegurado tanto pela Constituição Portuguesa de 1976 quanto pela Constituição Brasileira de 1988. Procura traduzir o princípio da publicidade como princípio instrumental e democrático, no sentido de que por meio da divulgação e acesso fácil às informações os cidadãos podem realizar o controle da gestão pública, inibindo comportamentos que levam à corrupção.

Palavras-chave: *Contratação pública; princípio da publicidade; democracia; transparência; combate à corrupção.*

Abstract: This work deals with the principle of publicity, among others that rules public business. Looking for principles that are common in Brazilian and Portuguese Law try to find the ones that bind Public Administration. It highlights

¹ É Procuradora Federal, integrante dos quadros da AGU/Brasil. Mestre em Direito Constitucional pela UFPE e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa/UFAL registrado no CNPQ sob o título “Os Direitos Fundamentais: bases teóricas e concretização em Alagoas”.

the principle of publicity by revealing its more modern facet, which requires that acts and contracts should be transparent, as well as trying to demonstrate that secret acts do not fit with the democratic principle guaranteed by the Portuguese Constitution of 1976 and the Brazilian Constitution of 1988. It seeks to demonstrate that the principle of publicity must be understood as an instrumental and democratic principle, in the sense that through the publicity of the information the citizens carry out the control of public management, exercising their citizenship and inhibiting behavior that leads to corruption.

Keywords: *Public contracts; principle of publicity; democracy; transparency; fight against corruption.*

1. Introdução: para que servem as contratações públicas?

Pode-se afirmar que o Estado se traduz numa complexidade de organização e atuação que concentra poder, articulando-se através de seus órgãos, funções, serviços e faculdades, cujos poderes encontram-se institucionalizados e são coercíveis, cabendo-lhe a administração da justiça e a integração, defesa e direção da sociedade².

Para atender aos seus objetivos não lhe faltarão atividades a serem realizadas. Buscará promover o bem-estar das pessoas tendo de, por si mesmo ou através de terceiros, realizar obras, prestar serviços e desenvolver atividades nas áreas de saúde, educação, segurança pública, cultura, pesquisa e inovação tecnológica, estimular mercados, entre tantas outras ações que lhe são esperadas.

Ao contratar terceiros, deverá seguir as normas existentes em matéria orçamentária, financeira, de contratos públicos, além de obedecer às regras gerais de direito administrativo e de boa gestão. Nesse contexto, o regime das contratações públicas apresenta-se como uma forma de reger as relações do Estado com os seus contratados. Assim, as contratações públicas não são uma oportunidade de negócio para a Administração Pública; são, porém, verdadeiros instrumentos de políticas públicas que possibilitam a

² MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 3-8.

atuação do Estado com a afetação de recursos públicos³. Daí a necessidade de serem periodicamente repensadas para a recolocação das prioridades e objetivos a serem atingidos, sem descuidar dos princípios que são sua base já que devem estar pautadas em valores éticos, sociais e de boa governança, além de buscar o seu fim específico.

No Brasil, a definição de contrato público pode ser encontrada no parágrafo único do art. 2º da Lei 8.666/93, sendo por ele entendido “*todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada*”.

Como desburocratizar, simplificar e flexibilizar tais contratações? Como usar o dinheiro público arrecadado por meio dos impostos de forma eficiente e proba? Esse o ponto crucial em que se encontra o Direito Administrativo.

2. As normas que regulam as contratações Públicas no Brasil e em Portugal

Comparados os regramentos aplicáveis às contratações públicas no Brasil e em Portugal, vê-se que, a despeito de divergirem os procedimentos de seleção e contratação dos interessados, as respectivas normas internas não deixam de trazer princípios coincidentes que funcionam como base – aqui e lá – do Direito Administrativo e das contratações públicas.

2.1. As normas Brasileiras – Quais princípios a vinculam o Brasil?

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, reverbera o que entende relevante para a Administração Pública. Preconiza observância geral aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade**

³ ESTORNINHO, Maria João. A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum. In: ESTORNINHO, Maria João. (Coord.). *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016. Disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_0.pdf. Acesso em 27 de dezembro de 2017.

e eficiência. No âmbito das contratações, como padrão, impõe que as obras, serviços, compras e alienações devem ser contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei (art. 37, XXI da CFB/88).

Atendendo à disposição constitucional, a Lei de Licitações Públicas Brasileira (Lei nº. 8.666/93) trouxe vários princípios-base para dar o tom das contratações públicas. Tais princípios estão explicitamente definidos no art. 3º ao definir que estas devem observar o princípio constitucional da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa para a administração e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, que deverá ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da **publicidade**, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

A Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99), em seu art. 2º apregoa respeito aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência; e no inciso V do art. 2º traz a obrigação de **divulgação oficial dos atos administrativos**. Não é diferente com a Lei nº. 12.527/2011 – que tem por fim assegurar o direito fundamental de **acesso à informação**, além de definitivamente colocar como uma das diretrizes a observância da **publicidade** como preceito geral e o sigilo como exceção.

2.2. O Código de Contratações Públicas de Portugal – Quais princípios vinculam Portugal?

As normas vigentes na União Europeia, no que se referem a contratações públicas, são a Diretiva 2014/23/EU, a 2014/24/EU e a 2014/25/EU, todas do Parlamento Europeu e Conselho, tratando a primeira delas dos contratos de concessão, a segunda de aquisições, serviços e obras, e a última dos setores especiais tais como água, energia, transportes e serviços postais. Portugal, desde que assinou o Tratado de Adesão à Comunidade Europeia,

em 12 de junho de 1985⁴, faz parte do grupo de Estados-Membros que integram a União Europeia e comprometeu-se a seguir e replicar suas disposições normativas.

As normas presentes na Diretiva 2014/24/EU, e.g., trazem como norte, no primeiro dos considerandos desta Diretiva⁵, os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da **transparência**. Nesse sistema, o princípio da Concorrência é um princípio mestre e, ao tempo em que a Diretiva busca colocar em prática uma estratégia para que os Estados-Membros desenvolvessem um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo procura conduzir à utilização mais eficiente dos fundos públicos.

Para internalizar as Diretivas 2014/UE, Portugal aprovou o Decreto-Lei nº 111-B/2017⁶, vigente desde 01 de janeiro de 2018 (art. 13º). Segundo as próprias disposições presentes no preâmbulo do Decreto Português, as alterações introduzidas podem ser agrupadas em três grandes grupos: (i) alterações decorrentes da transposição das diretivas; (ii) medidas de simplificação, desburocratização e flexibilização; e (iii) medidas de **transparência** e boa gestão pública.

No Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei nº 18/2008, recém alterado pelo Decreto nº 111-B/2017) observa-se a introdução da consulta preliminar, permitindo que, antes de um procedimento de contratação, a entidade adjudicante realize consultas informais ao mercado; a limitação da utilização do procedimento de ajuste direto (em que há consulta a apenas uma entidade); a utilização do procedimento de consulta prévia, com consulta a três entidades, para as aquisições de bens e serviços entre 20 mil euros e 75 mil euros e para as obras públicas entre 30 mil euros e

⁴ EUROPA. A História da União Europeia. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1980-1989/1985_pt. Acesso em 08 de janeiro de 2018.

⁵ EUR-Lex. Diretiva n. 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014. Relativa aos Contratos Públicos. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>>. Acesso em 09 de janeiro de 2018.

⁶ PORTUGAL. Decreto Lei n. 11-B, de 31 de agosto de 2017. Procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos. Disponível em < <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/108086621/details/maximized>>. Acesso em 09 de janeiro de 2018.

150 mil euros; previsão dos procedimentos de formação de contratos públicos com a utilização de meios eletrônicos e, o alargamento da utilização das plataformas eletrônicas de contratação pública.

Quanto aos princípios previstos, o Novo Código inseriu disposição (art. 1º-A) determinando que, tanto na formação quanto na execução dos contratos públicos devem ser respeitados os princípios gerais decorrentes da Constituição, dos Tratados da União Europeia e do Código do Procedimento Administrativo, e, especialmente, os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, e, ainda, os princípios da concorrência, **da publicidade e da transparência**, da igualdade de tratamento e da não-discriminação. Outros dispositivos reclamam respeito aos princípios gerais de direito administrativo, da boa-administração, da proporcionalidade (art. 275/4, 280/3, 280/4) e aos aplicáveis à contratação pública (art. 250-C). Há, inclusive, previsão no art. 284/1 de que os “*contratos celebrados com ofensa de princípios ou normas injuntivas são anuláveis*”.

3. A função dos princípios

Afirmou José Cretella Júnior que “*princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípio, neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência*”⁷.

Os princípios que podem ser extraídos do Direito Positivo já estão, portanto, positivados. Há, porém, outros que estão ligados a valores permanentes e universais que transcendem o Direito Positivo e são, como em outros ramos, também utilizados no Direito Administrativo por força da interpretação dos princípios extraídos do Direito Positivo ou do Direito Comparado.⁸

⁷ CRETELLA JUNIOR, Jose. Os cânones do Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 25, n. 97, mar. 1988, p. 5-52. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181819/000435101.pdf?sequence=1>>. Acesso em 09 de janeiro de 2018.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 167.

Como ensina Jorge Miranda, o Direito não poderia esgotar-se em regras mutáveis, constantemente alteráveis pelos órgãos de poder. Ao revés, é um conjunto harmônico e integrado que “*projecta-se em sistema; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto essa unidade, esse valor projecta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos*”. Não se trata de uma unidade constituída, mas construída com os axiomas e valores sociais transpostos pelos diálogos e interpretações da sociedade a que rege. Os princípios não estariam, portanto, acima do Direito, mas tomam parte do próprio conteúdo abarcado pelo conjunto que é o sistema normativo.

Garcia de Enterría e Fernandez admitem que “*o ordenamento jurídico é uma unidade e opera como tal, [...] sem prejuízo de que a sua constituição interna obedeça a um cuidadoso sistema de relações e de limites entre as diversas fontes que o nutrem.*”¹⁰ Esse sistema, porém, não se fecha em si mesmo; é um sistema aberto no sentido de que é incompleto, evolui e se modifica. Essa abertura decorreria da incompletude e da provisoriedade¹¹ do conhecimento científico.

Os princípios atuam sob o aspecto positivo ao exercerem um influxo em relação às decisões jurídicas e nos conteúdos que essas decisões instalam e, sob o aspecto negativo, representam a exclusão de normas e dos valores que nestas repousem quando incongruentes com os princípios e valores desse sistema.¹²

Princípios, pois, são valores fundamentais, são normas que possuem como característica um grau maior de generalidade e indeterminação e que prospectam suas determinações aos preceitos ajustando-lhes o sentido aos valores daquele sistema. Por serem mais gerais e amplos, seu conteúdo tende a variar no tempo, evoluindo, abrindo-se e expandindo-se para abarcar novas situações. Os princípios permitem a interpretação das normas de forma não exclusiva, de forma ponderada, sem revogação ou invalidação daquela que aparentemente se choque com outra ou com ele próprio, vez

⁹ MIRANDA, JORGE. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1. Ed. 3ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 431.

¹⁰ Enterría e Fernandez, *Curso de Direito Administrativo*, trad. Arnaldo Setti, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 370.

¹¹ Eros Roberto Grau, *O Direito posto e o Direito pressuposto*, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 19.

¹² LAURENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, p. 33.

que servem justamente para, com seus valores, dar a necessária ordenação. Nesse contexto, os princípios têm uma relevante função ordenadora¹³, prestam-se, pois, à harmonização do sistema e definição dos valores que lhes são mais caros, funcionando como critérios de interpretação, de valoração e de integração, conferindo coerência ao sistema.

3.1. O Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade “*exige ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei*”¹⁴.

A publicidade dos atos ocorre com a divulgação oficial para conhecimento público e prolação de seus efeitos. Hely Lopes Meirelles ensina que a publicidade “*não é elemento formativo do ato, é requisito de eficácia e moralidade*”¹⁵ e que todo ato deve ser publicado porque é pública a Administração de onde emanou.

A publicidade dos negócios públicos é atributo dos regimes democráticos posto que é instrumento para dar conhecimento a todos, facultando aos cidadãos, de um lado, o exercício e a defesa de seus direitos fundamentais e, de outro, a oportunidade de exercer o controle da legalidade dos atos públicos. Desse modo, facilitando o acompanhamento das ações governamentais, prevenindo o mau uso dos recursos e exigindo gestão eficiente e proba dos gestores, o “*processo administrativo passa a servir de instrumento de realização e aperfeiçoamento democrático e constitucional da própria Administração, ao propiciar ao administrado a oportunidade de influir no teor da decisão final*”¹⁶. Obviamente que o administrado o fará se dispuser dos meios, dos fatos e dos motivos que levaram a Administração à tomada de decisão.

¹³ MIRANDA, JORGE. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1. Ed. 3ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 431 e ss.

¹⁴ DIPIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 67.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. Ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 93.

¹⁶ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. *Juridicidade contra legem no processo administrativo: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 241.

O Princípio da Publicidade consagra-se, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, no “*dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos*”¹⁷. Baseia-se na ideia que o Estado Democrático de Direito não subsiste se houver o ocultamento dos assuntos públicos. O dever da Administração é de, salvo as exceções previstas em lei, dar publicidade aos seus atos. Em verdade, “*o que o princípio da publicidade reclama é que as atividades da Administração devem ser transparentes, sem subterfúgios, omissões ou artifícios ardilosos, sendo seu objetivo alcançar o conhecimento dos administrados*”¹⁸.

A publicidade, por ser princípio do Direito Administrativo – inscrito no art. 37, *caput*, da Constituição Brasileira de 1988, e no art. 119 da Constituição da República Portuguesa – abrange toda a atuação estatal, desde a divulgação oficial de seus atos até a conduta de seus agentes. Segundo Hely Lopes Meirelles, abrange, inclusive, os atos concluídos ou ainda em formação, os pareceres jurídicos e técnicos, os despachos finais e intermediários, as atas, contratos, comprovantes de despesas e prestações de contas¹⁹.

No que diz respeito às contratações públicas, Ivan Barbosa Rigolin afirma que “*enquanto princípio genérico e amplo, a publicidade é requisito absolutamente essencial à regularidade de qualquer licitação*.”²⁰

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal demarcou a importância e a amplitude deste Princípio, destacadas na seguinte decisão²¹:

Lei federal 9.755/1998. Autorização para que o TCU crie sítio eletrônico denominado Contas Públicas para a divulgação de dados tributários e financeiros dos entes federados. (...) **A norma não representa desrespeito ao princípio federativo, inspirando-se no princípio da publicidade, na sua vertente mais específica, a da transparência dos atos do poder público.**

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 117.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei n. 9.784, de 29/1/1999)*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 69.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. Ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 94-95.

²⁰ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Manual prático das licitações: lei nº 8.666/93, 3. ed.*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 108.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=511>>. Acesso em 09 de janeiro de 2018.

Enquadra-se, portanto, no contexto do aprimoramento da necessária transparência das atividades administrativas, reafirmando e cumprindo, assim, o princípio constitucional da publicidade da administração pública (art. 37, *caput*, CF/1988). – não há grifos no original

[ADI 2.198, rel. min. Dias Toffoli, j. 11-4-2013, P, DJE de 19-8-2013.]

Desse modo, pode-se inferir que o princípio da publicidade não se resume à mera divulgação dos atos administrativos. Em sua faceta moderna, revela a necessidade de que essa divulgação seja transparente, facilitando o controle pelos órgãos legitimados além de tornar acessível os dados a todos cidadãos quantos se interessem no correto, probo e eficiente funcionamento da máquina pública. Assim, não basta que os atos sejam publicados, eles terão de ser publicados em local de fácil acesso ao maior número de pessoas; não basta que os atos sejam apresentados desordenados e amontoados, deverão ser publicados de modo acessível fornecendo dados concretos, aferíveis e que demonstrem a evolução dos mesmos, revelando-se em estatísticas; não se admite a informação omissa ou incompleta, há que constar valores, partes envolvidas, objeto do contrato, forma de contratação, motivação, o processo que lhe deu origem, entre outros dados relevantes; não basta a informação técnica, ela tem de ser disposta de modo que as pessoas comuns também possam alcançá-la; não basta a informação imparcial, ela deve ser clara e plena para a defesa do direito e para o exercício do controle dos atos e contratos administrativos.

Esse o verdadeiro sentido do Princípio da Publicidade revelado no dever de manter plena transparência dos atos e comportamentos na esfera pública.

3.2. A publicidade como meio de dar efetividade aos direitos e demais princípios.

Jorge Miranda agrupa os princípios constitucionais em três grandes categorias, quais sejam: (a) “princípios axiológicos fundamentais”, que correspondem aos limites transcendentais do poder constituinte, e que passam do Direito Natural para o Direito Positivo, tais como a irretroatividade da lei penal e a inviolabilidade da vida; (b) “princípios políticos-constitucionais”, correspondentes aos limites próprios do poder constituinte, que se revelam nas opções e valores constitucionais, presentes nas direções materiais de

cada Constituição, sendo exemplos o princípio democrático e o princípio republicano; e (c) “princípios constitucionais instrumentais”, como aqueles que estruturam o sistema constitucional em sua operacionalidade e racionalidade, dentre os quais menciona o princípio da tipicidade das formas da lei, da competência dos órgãos constitucionais, e da publicidade das normas²².

Colocado em seu devido lugar, o princípio da publicidade mostra sua verdadeira função: a de servir de meio para ação de outras normas previstas nas Constituições. Nesse sentido, é verdadeiro instrumento, imprescindível para conferir a justiça do ato administrativo, sua compatibilidade com os princípios tais quais o da legalidade, da moralidade, da gestão eficiente, da isonomia, entre tantos outros.

A publicação do edital de licitação, e.g., é essencial para chamar os interessados para que apresentem sua melhor proposta no processo seletivo da contratação, não apenas para dar efetividade ao princípio da transparência, mas para assegurar iguais oportunidades aos interessados, inibindo tratamentos anti-isonômicos. É a publicidade que assegura a fiscalização dos princípios da igualdade, da competição, bem assim dos demais princípios²³, podendo os interessados e licitantes verificar se estes estão sendo realmente observados pela Administração.

Tal é a importância da publicidade que a Lei de Licitações Brasileira (Lei nº 8666/93) trouxe disposição expressa no art. 16 no sentido de que, mensalmente, deve ser publicada relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação. Essa disposição não se confunde com o dever de divulgação do extrato do contrato, previsto no art. 61, nem com a obrigação de encaminhar os documentos necessários para a regular fiscalização efetivada pelos Tribunais de Contas.

Marçal Justen Filho chama atenção para o fato de que a publicidade cumpre duas funções distintas, quais sejam: assegurar e orientar a participação de todos os interessados no certame licitatório, ao tempo em que assume também a função de ser instrumento de controle da atividade

²² MIRANDA, JORGE. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1. Ed. 3ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 435-436.

²³ MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8. Ed. 3. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32.

administrativa, ao propiciar a transparência da ação dos agentes públicos e o exercício dos meios de controle. Nesse último sentido, “a publicidade é um desincentivo à adoção de práticas reprováveis, na medida em que amplia a possibilidade de revelação de condutas indevidas”.²⁴

O Princípio da Publicidade ou transparência, portanto, “além de iluminar o aspecto da motivação dos atos administrativos, possibilita a efetivação do controle e participação da sociedade na Administração Pública”²⁵ e evidencia-se como o mais representativo das ideias que foram transpostas na Constituição Federal Brasileira de 1988. Em outras palavras, o princípio da publicidade “além de dar efetividade a todos os princípios que devem nortear a licitação, atende ao princípio da transparência, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito”²⁶.

Nesse sentido, a publicização do ato e do processo administrativo como um todo torna-se útil ao aprimoramento democrático da própria Administração, por meio da possibilidade deixada aos interessados de influir no processo decisório mediante a apresentação de fatos, argumentos e provas.

4. A publicidade como meio de exercício democrático no combate à corrupção

José Afonso da Silva ensina que a essência da democracia está no fato de o poder residir no povo e, ainda, que a democracia repousa sobre dois princípios: o da soberania popular, que identifica o povo como única fonte de poder; e o da participação direta ou indireta do povo no poder.²⁷

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*. 4. Ed. 1. Reimpressão. São Paulo: Dialética, 2006, p. 98.

²⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficiência nas Licitações e Contratos*. 12. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 117.

²⁶ GENOSO, Gianfrancesco. Normas Gerais de Licitação e seus reflexos no princípio da publicidade: uma análise do art. 7 da Lei Municipal de São Paulo 13.278, de 01.07.2002. In ALVIM, Arruda (Coord.). *Licitações e contratos administrativos – Uma visão atual à luz dos Tribunais de Contas*. 1. Ed. 3. Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012, p. 269-288 (p. 278).

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 131-133.

Cidadania, na lição de Jorge Miranda, é a qualidade de cidadão, “*significa ainda, mais vincadamente, a participação em Estado democrático*”²⁸. No exercício do poder político, no direito de votar e ser votado, ao se abrir espaço para permitir a interferência do cidadão nas decisões políticas, tal como na iniciativa popular ou nas audiências públicas ou o exercício do controle social, é nesse viés que a democracia se enrobustece e evolui, como todo processo histórico.

Nesse processo, a distinção entre governantes e governados é crucial pois, tanto menos abissal esta separação, maior a participação popular e maiores as chances para o triunfo do princípio democrático. E para a efetividade do princípio democrático, ter acesso à informação é decisivo. Logo, se o princípio da publicidade está intrinsecamente ligado ao direito à informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado²⁹, revelando sua vinculação ao princípio democrático, pode ser visto em duas vertentes: através do direito à informação, como garantia de participação e controle do cidadão na decisão do Estado; e através da revelação do comportamento da Administração Pública, para que possam ser conferidos o respeito aos princípios constitucionais.

As Constituições Portuguesa de 1976 (art. 2º) e Brasileira de 1988 (art. 1º) afirmam que são Estados Democráticos de Direito, tendo como princípios, dentre outros, a soberania popular e a cidadania. No Brasil, a CF/88 trouxe garantias para acesso à informação (direito de petição, o habeas data, etc.) e, ao Estado, deixou deveres de transparência traduzidos na necessidade de publicidade do ato. E é justamente esse conjunto de direitos e deveres que são a essência do princípio da publicidade e revelam sua característica instrumental, pois somente quando o cidadão tem livre acesso aos dados e informações poderá exercer o controle social; porque de posse dos dados pode aquilatar se houve dano; pode fazer denúncia junto ao Ministério Público ou ao Tribunal de Contas contra ato improbo praticado por servidor; pode ingressar com Mandado de Segurança para atacar o ato ilegal; pode ingressar com ação popular fazendo o questionamento dos atos lesivos ao

²⁸ MIRANDA, JORGE. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1. Ed. 3ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 205.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Administração Pública e Responsabilidade Civil do Estado*. In MENDES, G.; Branco, P.G.G.. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 848

patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, etc.

Não haveria controle efetivo se não houvesse acesso a dados públicos.

Ao mesmo tempo, novas tecnologias e soluções vêm surgindo para proporcionar maior efetividade ao princípio da publicidade, cabendo ao Estado delas dispor. Do papel impresso à rede mundial de computadores, do limitado acesso a dados publicados em jornais oficiais impressos à publicação em jornais *on line*; da notícia em rádio ou em jornal impresso à notícia divulgada instantaneamente na televisão ou na rede mundial de computadores; do computador como algo economicamente inacessível à democratização do acesso a laptops, tablets e *smart phones*; do limitado número de residências com tv para a popularização dos planos de dados; tudo concorreu para atualizar e ampliar a divulgação dos negócios públicos e facilitar o controle pelo cidadão. Por isso mesmo, somente o fato de publicizar a decisão e seus motivos tende a gerar, de per si, o cuidado do gestor; a busca pela eficiência administrativa e a racionalização dos custos públicos. Outra não é a intenção da lei quando obriga a divulgação dos dados oficiais nos Portal da Transparência (Decreto nº. 5.482/2005 no Brasil, e art. 2º do Decreto-Lei nº. 111-B/2017 em Portugal).

O compromisso de transparência deve ser buscado na mais ampla divulgação de dados úteis e esclarecimento possíveis, evitando indeterminações. Porém, esse dever estatal não pode se descuidar nem ferir o direito à intimidade, inviolabilidade, vida privada e honra das pessoas, ou atentar contra a segurança do Estado e da sociedade.

Em suma, a obrigação de tornar público e de dar transparência ao ato administrativo torna aferível a legalidade e legitimidade dos negócios públicos, contribuindo para o desestímulo às práticas indesejadas. O princípio da publicidade, portanto é instrumento no plano prático para o combate à corrupção.

5. Conclusão

As contratações públicas representam a forma pela qual o Estado se relaciona com seus contratados, servindo para estabelecer procedimentos que guardem respeito aos princípios determinantes do Direito Administrativo,

tais como legalidade, moralidade, isonomia, impessoalidade, concorrência, entre outros.

Os princípios têm papel essencial no controle dos atos administrativos, dentre os quais se incluem as contratações públicas.

O princípio da publicidade é mais que a simples publicação do ato no jornal oficial, pois o dever do Estado de ser transparente não se encerra com a divulgação de dados parciais, incompletos, inconsistentes ou não claros. É necessário que a publicidade seja transparente no sentido de revelar todos os dados relevantes da contratação. Esses dados devem, igualmente, ser inteligíveis ao homem comum e sua divulgação deve estar acessível ao maior número de pessoas possível.

É preciso admitir que o acesso das pessoas à internet assegura maior divulgação e controle das ações públicas e privadas. Logo, há mais informação disponível, mais exposição, mais crítica, maior controle por parte dos cidadãos e da sociedade.

Cabe ao Estado, em obediência ao princípio da publicidade, promover os meios para dar cada vez mais ampla divulgação dos negócios públicos. Os cidadãos têm direito de acesso à informação e aos dados, exceto àqueles que violem os direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas ou que ofensivos à segurança do Estado ou da sociedade.

Do exposto, o princípio da publicidade é instrumental no sentido de conceder acesso a informações que conduzem à efetivação do controle dos negócios públicos e possibilitar o exercício do princípio democrático, contribuindo para a inibição de condutas ímprobas e para o combate à corrupção.

Referências

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. *Juridicidade contra legem no processo administrativo: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=511>>. Acesso em 09 de janeiro de 2018.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei n. 9.784, de 29/1/1999)*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CRETELLA JUNIOR, Jose. Os cânones do Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 25, n. 97, mar. 1988, p. 5-52. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181819/000435101.pdf?sequence=1>>. Acesso em 09 de janeiro de 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Direito Administrativo*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 1997
- Enterria e Fernandez, *Curso de Direito Administrativo*, trad. Arnaldo Setti, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- Eros Roberto Grau, *O Direito posto e o Direito pressuposto*, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 2000.
- ESTORNINHO, Maria João. A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum. In: ESTORNINHO, Maria João. (Org.). *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016. Disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_0.pdf. Acesso em 27 de dezembro de 2017.
- EUROPA. A História da União Europeia. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1980-1989/1985_pt. Acesso em 08 de janeiro de 2018.
- EUR-Lex. Diretiva n. 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014. Relativa aos Contratos Públicos. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>>. Acesso em 09 de janeiro de 2018.
- GENOSO, Gianfrancesco. Normas Gerais de Licitação e seus reflexos no princípio da publicidade: uma análise do art. 7 da Lei Municipal de São Paulo 13.278, de 01.07.2002. In ALVIM, Arruda (Coord.). *Licitações e contratos administrativos – Uma visão atual à luz dos Tribunais de Contas*. 1. Ed. 3. Reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012, p. 269-288.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*. 4. Ed. 1. Reimpressão. São Paulo: Dialética, 2006.
- LAURENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. Ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

- MENDES, Gilmar Ferreira. Administração Pública e Responsabilidade Civil do Estado. In MENDES, G.; Branco, P.G.G.. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficiência nas Licitações e Contratos*. 12. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8. Ed. 3. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PORTUGAL. Decreto Lei n. 11-B, de 31 de agosto de 2017. Procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos. Disponível em < <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/108086621/details/maximized>>. Acesso em 09 de janeiro de 2018.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Manual prático das licitações: lei nº 8.666/93*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

A corrupção na administração pública brasileira como obstáculo à materialização de seus princípios constitucionais basilares

Corruption in brazilian public administration as an obstacle to the materialization of its basilar constitutional principles

AUREA KENIA BARROS DE MORAES¹

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar a prática da corrupção no âmbito da Administração Pública no Brasil e seus impactos na atuação dos agentes públicos. A corrupção no serviço público brasileiro é um mal que se alastra na Administração há décadas, encadeando uma série de crises nas instituições públicas brasileiras, levando o país à beira de um colapso político-econômico, trazendo sérios problemas para a sociedade de modo geral. Por ser um problema que afeta diretamente a sociedade brasileira entender seu funcionamento e quais os problemas gerados para o convívio social é fundamental para encontrar o caminho de combate e prevenção. É importante ressaltar que para combater à corrupção num país com dimensões continentais como o Brasil é imprescindível a atuação conjunta dos órgãos de controle interno e externo.

Palavras-chave: *Corrupção; Administração; Brasil.*

Abstract: This article aims to analyze the practice of corruption within the Public Administration in Brazil and its impact on the performance of public agents. Corruption in the Brazilian public service is an evil that has spread in

¹ Graduada em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Espírito Santo. Mestranda em Gestão Pública. Administradora da AGU – Advocacia Geral da União. E-mail: aurea.moraes@agu.gov.br

the Administration for decades, chaining a series of crises in Brazilian public institutions, leading the country to the brink of a political-economic collapse, bringing serious problems for society in general. Because it is a problem that directly affects the Brazilian society to understand its functioning and what problems generated for the social life is fundamental to find the way of combat and prevention. It is important to emphasize that in order to combat corruption in a country with continental dimensions such as Brazil, it is essential that the internal and external control bodies work jointly.

Keywords: *Corruption; Administration; Brazil*

1. Introdução

A corrupção tornou-se um dos principais problemas para a gestão pública e para a democracia, questão essa amplamente reconhecida pela opinião pública no Brasil. Muito tem-se discutido sobre corrupção e possíveis mecanismos para combatê-la no Brasil, especialmente em tempos de “operação LavaJato”.

A Operação Lava Jato parece ter feito emergir um latente sentimento punitivista em parte da sociedade brasileira, o qual se conecta, de forma inexorável, à noção de que a corrupção se apresenta como um problema de índole comportamental ou postural, a ser corrigido a partir de sanções rígidas, capazes de reprimirem a prática desse crime. Diagnostica-se que é a “impunidade” a causa fundamental desse mal.

A palavra corrupção (ou corrução) possui a mesma acepção de suas correlativas em francês, italiano e espanhol, bem como em inglês, e têm uma mesma origem na palavra latina *corruptione*. Essa palavra denota decomposição, putrefação, depravação, desmoralização, sedução e suborno. Normalmente, associamos corrupção a um ato ilegal, no qual dois agentes, um corrupto e um corruptor, travam uma relação “fora-da-lei”, envolvendo a obtenção de propinas.

O senso comum identifica a corrupção como um fenômeno associado ao poder, aos políticos e às elites econômicas. Mas, igualmente, considera a corrupção algo freqüente entre servidores públicos (como policiais e fiscais, por exemplo), que usam o “pequeno poder” que possuem para extorquir

renda daqueles que teoricamente corromperam a lei – ultrapassando o sinal vermelho ou não pagando impostos. Na verdade, existem muitos sentidos que podem ser atribuídos à palavra corrupção, mas há um denominador comum a todos: ela envolve a interação entre pelo menos dois indivíduos ou grupos de indivíduos que corrompem ou são corrompidos, e essa relação implica uma transferência de renda que se dá fora das regras do jogo econômico ou político-legal *stricto sensu*, especialmente na esfera pública.

Não podemos esquecer que a desigualdade naturalizada (não apenas de classe, mas étnica, de gênero, religiosa, de poder, entre tantas outras clivagens), especialmente num país como o Brasil, cria o cenário para a aceitação da injustiça e, portanto, para a estruturação de práticas sociais que adotem a ilegalidade ou para compensar a desigualdade, ou para reforçá-la – daí a ambiguidade, por exemplo, do chamado “jeitinho”, por tantas vezes compreendido como a razão da corrupção (e aqui admitido como possível sintoma dele). Se as instituições reproduzem essa falta de tratamento equânime, então não há porque acreditar na equidade como um caminho.

A corrupção pública é uma relação social (de caráter pessoal, extra-mercado e ilegal) que se estabelece entre dois agentes ou dois grupos de agentes (corruptos e corruptores), cujo objetivo é a transferência ilegal de renda, dentro da sociedade ou do fundo público, para a realização de fins estritamente privados. Tal relação envolve a troca de favores entre os grupos de agentes e geralmente a remuneração dos corruptos com o uso da propina e de quaisquer tipos de incentivos, condicionados estes pelas regras do jogo e, portanto, pelo sistema de incentivos que delas emergem.

2. Corrupção na Administração Pública

Para Meirelles (2003, p. 63), Administração Pública é “todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”. Percebe-se que o fim a ser alcançado pela administração pública será sempre o de satisfazer as necessidades da coletividade, contribuindo, assim, para a busca do bem estar social e o alcance da cidadania preconizado no inciso II do art. 1º da Constituição Federal (1988).

A Administração Pública não possui os recursos necessários para o alcance de todos os seus objetivos. Com isso precisa gerir a coisa pública (res publica) da melhor maneira. Portanto, não basta mais administrar de acordo com a lei. Necessário se faz que alcance o melhor resultado com o mínimo de recurso possível. Surge, então, o modelo gerencial centrado na maior eficiência, eficácia e economicidade possível.

Nas últimas décadas, com a globalização e o rápido avanço na área de tecnologia da informação, a administração federal brasileira sofreu diversas transformações, como a implantação de sistemas integrados (Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI, Sistema Integrado de Administração de Pessoal – SIAPE, Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – SIASG etc.), auxiliando, assim, os controles internos e externos e, por consequência, buscando uma maior transparência e controle social.

Com o intuito de dispor de maior transparência à Administração Pública, como também facilitar o acesso às informações dos gastos públicos, é que, em novembro de 2004, houve o lançamento do Portal da Transparência pela Controladoria-Geral da União – CGU, permitindo, assim, que qualquer cidadão possa acompanhar os programas e as ações de Governo. Conforme disposto no site, o Portal da Transparência foi uma das formas encontradas pela CGU para promover o aumento da transparência na gestão pública, incentivar o controle social, fortalecer a democracia e prevenir a corrupção.

Em paralelo a sociedade passou a se organizar criando organizações não-governamentais (ONG's), sociedades civis, entre outras, para exigir seus direitos constitucionais bem como uma maior transparência na administração pública.

Segundo Ribeiro (2004) o tema da corrupção tem sido objeto de estudos em diversas áreas do conhecimento. Ações têm sido difundidas com o propósito de influenciar a pesquisa nesse campo, auxiliando na descoberta ou novos enfoques sobre o tema em questão.

Infelizmente, a corrupção passa diretamente pela questão cultural de uma nação. Num país de dimensão continental e problemas estruturais básicos como o Brasil o controle, a prevenção e o combate à corrupção tornam-se mais penosos e complexos. Conforme Gunnar Stetler, promotor-chefe da unidade anticorrupção do governo sueco, localizada no centro de Estocolmo, “Se uma pessoa tem que lutar diariamente por sua sobrevivência para ter acesso à alimentação, à escola e a hospitais, a questão do combate

à corrupção na sociedade certamente não estará entre seus principais interesses. Mas quando uma pessoa se sente parte da sociedade à qual pertence, passa a não aceitar os abusos do poder”.

Ora, num país como o Brasil, em que a maior parte da população enquadra-se na descrição de Stetler, resta aos agentes públicos o papel de atuar, combater, denunciar e fiscalizar, sempre com base nas normas postas, outros agentes que atuem de maneira corrupta, deteriorando e comprometendo a rés pública, além de tomar para si benesses em razão dos atos ilícitos.

Do ponto de vista da sanção, se considerarmos a legislação penal, observada a letra da lei, a morosidade do judiciário, as prerrogativas concedidas aos agentes públicos e, por fim, a certeza de que a punição, caso exista, será a médio ou longo prazo, tudo isso, de certa forma, estimula o agente público a permanecer, ou tornar-se corrupto.

3. Princípios Constitucionais

Com a Nova Gestão Pública voltada à administração gerencial, cujo controle deixa de somente basear-se nos processos para concentrar-se também nos resultados alcançados, surge a necessidade de uma gestão voltada à boa governança.

A Administração Pública guia-se por um conjunto de princípios, tanto explícitos quanto implícitos. Destaque-se àqueles previstos no art. 37 da CF/88, com análise direcionada aos dois que consideramos principais na questão aqui tratada.

[...] “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” [...]

O princípio da Legalidade é a diretriz básica da conduta dos agentes na Administração Pública. Toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Caso contrário, será ilícito.

O princípio “implica subordinação completa do Administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais

modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas” (BANDEIRA DE MELLO, 2007)

Na teoria do Estado Moderno há duas funções estatais básicas: criar a lei e executar a lei. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei (CARVALHO FILHO, 2017)

Já o princípio da Publicidade indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação para proporcionar aos administrados controlar a legalidade da conduta dos agentes administrativos. A consciência coletiva da necessidade de transparência da Administração Pública transforma o princípio da publicidade num dos principais institutos do direito administrativo para interação do cidadão com a administração pública.

4. Transparência

A questão da transparência passa a ter lugar de destaque visto que a corrupção apresenta-se como fenômeno que enfraquece a democracia, a confiança no Estado, a legitimidade dos governos e a moral pública.

Um importante avanço foi a Lei de Acesso à Informação, que objetiva tornar os atos públicos claros e transparentes, permitindo que os cidadãos acompanhem os mesmos, e fazendo da questão “transparência” um conceito mais aprofundado e uma nova faceta do princípio constitucional, enquanto instrumento capaz de assegurar um maior controle pelos administrados e uma administração menos malevolente.

No caso brasileiro é perceptível que a corrupção é um problema grave e estrutural da nossa sociedade e nosso sistema político. Assim, diante da aceitação que existe uma corrupção sistêmica no país, torna-se possível apresentar algumas questões analíticas chaves: como ocorrem as transações corruptas e como se mantêm em segredo? Como são administrados os bens e serviços obtidos de forma corrupta? Como ocorre a associação dos agentes públicos e das pessoas ou grupos privados?

Além da LAI – Lei de Acesso à Informação (LO 12.527/11) o país teve alguns bons avanços no campo legislativo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. A lei de Licitações (LC 8.666/93), Lei de

Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) e Lei 12.846/13, popularmente batizada como Lei Anticorrupção, são bons exemplos.

5. Compliance

O Compliance constitui um avanço direcionado à ética e à transparência das relações negociais e um sinal de que a empresa deve adotar um determinado padrão de conduta compatível com uma boa-fé objetiva (DE CAMPOS, 2014).

Na Lei Anticorrupção o Compliance não é de implementação obrigatória, sendo que a sua adoção é estimulada na medida em funciona como mero atenuante de pena caso a empresa seja condenada por uma das infrações previstas na Lei. Pode parecer pouco, mas como assiná-la (SANTOS, 2014) não se pode esquecer que a Lei Anticorrupção adotou o sistema de responsabilidade objetiva, em que as absolvições são restritas a casos em que houver quebra donexo causal. Neste contexto, investir em um mecanismo seguro de atenuação de pena é mais produtivo. Assim, se, por um lado, a comprovação de mecanismos de Compliance pela empresa não tem condão de isentá-la da infração cometida, por outro lado, a atenuação da pena ganha muita importância, sobretudo se considerarmos que a multa prevista pela lei é bastante elevada.

Essa postura da legislação brasileira de estímulo a um comportamento social e empresarial ético é alvissareira e revela o nascimento de uma política pública indutora de comportamento com características behaviorista neoliberal capaz de produzir práticas sociais aptas a enfrentar condutas antiéticas e de corrupção da população e empresas brasileiras.

A adoção do Compliance no Brasil revela uma nova perspectiva da legislação brasileira para enfrentar o problema da corrupção com a possibilidade de quebrar um ciclo perverso de atos de corrupção que permeia os negócios escusos existentes nos contratos com a Administração Pública.

6. Conclusão

No que diz respeito à corrupção, constata-se que não basta uma mudança do aparato formal ou da máquina administrativa do Estado propriamente

ditada, mas reforçar os elementos de uma cultura política democrática que tenha no cidadão comum, feito de interesses, sentimentos e razão, o centro de especulação teórica e prática para uma democratização informal da democracia brasileira.

Os avanços das reformas da máquina pública, nas duas últimas décadas, são inegáveis, com o reforço da transparência. Contudo, falta, à democracia brasileira, um senso maior de publicidade, pelo qual a transparência esteja referida a uma ativação da cidadania, à accountability e à participação, sem os quais os esforços de combate e controle da corrupção ficarão emperrados em meio a uma cultura política tolerante às delinquências do homem público.

Combater a corrupção apenas criando mecanismos de controle, equivale a combater a violência, apenas prendendo criminosos e aumentando as vagas nas penitenciárias. São medidas paliativas, porque não contemplam as verdadeiras causas, atuam apenas nos efeitos.

Naturalmente é muito importante que, identificados os responsáveis por ações criminosas, estes sejam exemplarmente punidos de acordo com a lei, o que nem sempre ocorre. O desrespeito ultrapassa a linha da probidade, moralidade e ético das leis e viola os direitos básicos de quem realmente precisa.

Os desafios são muitos, inúmeros. O Brasil ainda está passando por um processo de aprendizado. O importante é buscarmos a excelência na administração pública em paralelo à conscientização da participação da população. Não há outra solução.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **RDP nº 90**, p. 57-58. *Apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2007.
- BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção**. 2 ed. São Paulo: RT. 2015.
- BRASIL. **Lei nº 12.527 de 18/11/2011**. Regula o acesso à informações. Brasília, 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm> Acesso em 25/01/2018.

- BRASIL. **Lei nº 101 de 04/05/2000**. Estabelece normas de finanças públicas. Brasília, 2000. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm > Acesso em 28/01/2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017
- DE CAMPOS, Patrícia Toledo. **Comentários à Lei n. 12.846/2013-Lei Anti-corrupção**. Revista Digital de Direito Administrativo da USP (RDDA), v. 2, n. 1, 2014. p. 174. Disponível em < <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/80943> > Acesso em 25/02/2018
- LIMA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do O. **Compliance como instrumento de combate à corrupção**. Jusnavegandi. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/60506/compliance-como-instrumento-de-combate-a-corrupcao> > Acesso em 28/01/2018.
- MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MENDES, Roselaine da Cruz; OLEIRO, Walter Nunes; QUINTANA, Alexandre Costa. **A contribuição da contabilidade e auditoria governamental para uma melhor transparência na gestão pública em busca do combate contra a corrupção no Brasil**. Revista do ICEAC, 2008. Disponível em < <https://www.seer.furg.br/sinergia/article/view/1478> > Acesso em 30/01/2018.
- PEREIRA, José Matias. **Reforma do Estado e transparência: estratégias de controle da corrupção no Brasil**. Revista Gestão. Disponível em < <http://www.revistas.usp.br/rege/article/view/36514> > Acesso em 27/01/2018
- RIBEIRO, Antonio. **Corrupção e Controle na Administração Pública brasileira**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da; **A Economia Política da Corrupção**. Publicado originalmente em Estudos Econômicos da Construção 2 (1996). Disponível em < <https://www.transparencia.org.br/docs/MFernandes1.pdf> > Acesso em 28/01/2018.

O papel da Advocacia Geral da União na Prevenção e Combate à Corrupção: Análise à Luz das Contratações Públicas

The role of the Advocacia Geral da União in Preventing and Combating Corruption: Analysis in the context of Public Procurement

KARINA BRANDÃO REZENDE OLIVEIRA¹

Resumo: Este artigo trata do problema da corrupção e de como a Advocacia Geral da União pode atuar de forma a combater e prevenir práticas ilícitas no cenário brasileiro. De início, será apresentado o conceito de corrupção a ser considerado como ponto de partida para o trabalho. Em seguida, uma breve descrição da Advocacia Geral da União enquanto função essencial à justiça na realidade brasileira, e suas diversas frentes de atuação a fim de contextualizar a análise. Optou-se por abordar mais especificamente as contratações públicas, por ser esta uma atividade de alto risco de corrupção na esfera de atuação do Poder Público. A abordagem será qualitativa e o método utilizado será o dedutivo. Os dados foram coletados por meio de pesquisas bibliográficas e documentais. O trabalho tem como objetivo ressaltar boas práticas já implementadas bem como sugerir novas ações para prevenir e combater a corrupção nas contratações públicas. Espera-se que o resultado da análise sirva como ideia inicial para disseminar a cultura do controle das práticas corruptivas no âmbito da Advocacia Geral da União.

Palavras-chave: *Corrupção – Prevenção – Contratações Públicas – Brasil – Boas práticas.*

¹ Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. MBA em Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas. Procuradora Federal.

Abstract: This article deals with the problem of corruption and how the Advocacia Geral da União can act in order to combat and prevent illicit practices in the Brazilian scenario. At the outset, the concept of corruption will be presented as the starting point for the work. Then, a brief description of the Federal Attorney General's Office as an essential function of justice in the Brazilian reality, and its various lines of action in order to contextualize the analysis. It was decided to approach more specifically the public procurement, since this is an activity of high risk of corruption in the sphere of action of the Public Power. The approach will be qualitative and the method used will be the deductive. Data were collected through bibliographical and documentary research. The paper aims to highlight good practices already implemented as well as suggest new actions to prevent and combat corruption in public contracting. It is hoped that the result of the analysis will serve as an initial idea to disseminate the culture of control of corruptive practices within the scope of the Advocacia Geral da União.

Keywords: *Corruption – Prevention – Public Procurement – Brazil – Good practices.*

1. Introdução

Vivemos numa sociedade global. A medida que a globalização se solidifica nos deparamos com relações cada vez mais complexas e conexões mais inusitadas entre agentes diversos (Estados, pessoas, organizações públicas e privadas). Essa infinidade de conexões possui vantagens e desvantagens. Se por um lado a era global viabilizou um estreitamento nas relações entre os diversos povos, visando a busca pelo bem comum, por outro lado esta realidade detém um enorme potencial para aumentar as oportunidades de corrupção.

De fato, a corrupção é um fenômeno que atinge as mais diferentes espécies de relacionamento. É um problema econômico, político, social e cultural que está presente em todas as camadas sociais e que dificilmente será extinto em sua totalidade.

Cabe aos entes públicos, portanto, lançar mão de medidas de combate e prevenção à ocorrência de práticas corruptivas, de modo a manter o problema razoavelmente controlado.

No caso específico do Brasil, a Constituição da República estabeleceu algumas instituições cuja finalidade é zelar pelo patrimônio público, controlar a legalidade dos atos administrativos, fiscalizar as contas públicas, cuidar da aplicação dos princípios da administração pública². Dentre essas instituições, na qualidade de função essencial à justiça, encontra-se a Advocacia Geral da União. Veja-se a transcrição do art. 131 da Constituição brasileira:

“Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.”³

Conforme o texto constitucional, cabe à Advocacia Geral da União atuar na representação judicial e extrajudicial da União Federal, autarquias e fundações públicas federais, bem como exercer consultoria e assessoramento dos referidos entes públicos. É especialmente nestas últimas atribuições, de consultoria e assessoramento, que está o cerne do presente artigo.

Este trabalho tem por objetivo responder ao seguinte problema: como a Advocacia Geral da União pode atuar de modo a prevenir e combater a corrupção no âmbito das contratações públicas?

A delimitação do tema-problema em torno das contratações públicas justifica-se em razão de esta atividade ser uma das mais vulneráveis à corrupção na Administração Pública. Esta vulnerabilidade ocorre devido ao vultoso volume de recursos públicos envolvidos, à proximidade entre interesses financeiros e políticos, à complexidade dos processos de contratação e à grande quantidade de “stakeholders”⁴ cada qual com seu interesse particular.

² “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: [...]”

³ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22 de janeiro de 2018.

⁴ Toda organização ou indivíduo que influencia ou é influenciado pelo processo de contratação pública.

Os dados para a elaboração deste artigo foram obtidos em pesquisas bibliográficas e documentais. A abordagem será qualitativa e o método utilizado o dedutivo.

O resultado pretendido consiste num levantamento de boas práticas para se evitar e combater a corrupção nas contratações públicas brasileiras, mesclando ações já implementadas pela Advocacia Geral da União neste sentido bem como sugestões de novas formas de atuação.

2. A Corrupção Enquanto Problema Global

Conforme já mencionado na introdução deste artigo, a corrupção é um problema global. Seja pelo fato de estar presente em todas as organizações, sejam elas públicas ou privadas, seja por envolver pessoas pertencentes a todas as camadas sociais e culturais, não se restringindo a determinados cenários ou determinados agentes.

A palavra “corrupção” corresponde à ideia de deterioração, decomposição física, putrefação. De fato, a corrupção é fator crucial de deterioração das organizações, já que corresponde a uma conduta egoísta, em que o agente se utiliza de meios ilícitos e imorais, para obter uma vantagem pessoal, em prejuízo dos interesses coletivos.

No cenário público, os danos ocasionados pela corrupção ficam ainda mais evidentes.

Todos os dias a mídia brasileira relata situações de má aplicação de recursos públicos em razão de interesses privados, subornos, recebimento de propinas dentre outras práticas ilícitas. Escândalos envolvendo governantes, políticos de alto escalão, financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais, superfaturamento de obras públicas são noticiados com uma frequência alarmante.

O fato de o Brasil possuir uma democracia relativamente amadurecida, que permite aos meios de comunicação certa independência e liberdade de expressão, faz com que as práticas corruptivas sejam cada vez mais trazidas a público, contribuindo para a conscientização da sociedade a respeito do problema.

Não se pode afirmar, portanto, que está havendo um aumento da corrupção no país. O que se pode concluir é que há uma maior divulgação dos casos, de modo a intensificar a reprovabilidade das condutas corruptivas e o anseio pela punição correspondente.

É neste contexto que surge a necessidade de se criar mecanismos para prevenir e combater a corrupção⁵, e neste artigo nos referimos especialmente às organizações públicas. A questão se coloca a nível de cultura organizacional. Políticas de controle e aumento da transparência vêm sendo implementadas gradativamente no âmbito da Administração Pública. Há uma evidente preocupação com a ética nas organizações públicas, traduzida em manuais de boas práticas, no controle de qualidade dos serviços público. Qualquer nova possibilidade de controle deve ser levada em consideração na busca pela lisura dos procedimentos administrativos.

3. A Advocacia Geral da União e suas Atribuições

A Advocacia Geral da União foi instituída pela Constituição da República de 1988. Sob o Título IV, que dispôs sobre a Organização dos Poderes, o Constituinte originário destinou o Capítulo IV às Funções Essenciais à Justiça, inserindo neste Capítulo a Advocacia Pública, na qual se inclui a Advocacia-Geral da União (Seção II)⁶.

É importante destacar que o Constituinte teve o cuidado de situar a Advocacia-Geral da União fora dos três Poderes da República, não para que formasse um ‘quarto poder’, mas para que pudesse servir, com independência, aos três Poderes.

A instituição objeto deste tópico está estabelecida sobre os seguintes pilares⁷:

- a. Missão: Garantir a proteção jurídica do Estado brasileiro em benefício da sociedade.
- b. Visão: Ser reconhecida como instituição modelo de excelência na atuação jurídica, na gestão e na valorização profissional.
- c. Princípios: eficiência, responsabilidade, transparência, comunicação, flexibilidade, *accountability* e cultura de resultados.

⁵ MAIA, António João Marques. Fatores organizacionais explicativos da corrupção. Lisboa, 2015. P. 17. Disponível em < <https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/12741>>. Acesso em 22 de janeiro de 2018.

⁶ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22 de janeiro de 2018.

⁷ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Relatório de Gestão 2016*. Brasília, 2017. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/38202132>. Acesso em 22 de janeiro de 2018.

A Advocacia Geral da União atua, portanto, tendo como finalidade maior a proteção do patrimônio público em benefício da sociedade. Esta atuação se dá em duas grandes áreas: contencioso judicial e consultivo. Ao presente estudo, interessa a atuação consultiva da Advocacia Geral da União.

No que concerne ao trabalho consultivo, o mesmo consiste no assessoramento e orientação dos gestores que compõem o Poder Executivo Federal, autarquias e fundações públicas federais, de modo a viabilizar políticas públicas, analisar contratações, bem como normativos de acordo com a legalidade e os princípios que regem a Administração Pública. É a atividade da AGU que permite uma maior aproximação com os gestores públicos, e possui caráter preventivo e corretivo no sentido de garantir-se a legalidade dos atos administrativos.

Nesta seara, alguns expedientes devem ser obrigatoriamente analisados pelos membros da AGU junto ao Poder Executivo Federal, autarquias e fundações públicas federais (essa necessidade de análise prévia da AGU é sempre prevista em lei). São eles:

- a. minutas de editais de licitação, de chamamento público e instrumentos congêneres;
- b. minutas de contratos e de seus termos aditivos;
- c. atos de dispensa e inexigibilidade de licitação;
- d. minutas de convênios, instrumentos congêneres e de seus termos aditivos;
- e. minutas de termos de ajustamento de conduta, de termos de compromisso e instrumentos congêneres.

Dessa forma, a Advocacia Geral da União participa de todos os processos administrativos de contratações públicas no âmbito federal, analisando a legalidade de editais, minutas de contratos, termos aditivos, de contratações diretas.

4. Repensando as Contratações Públicas

O direito administrativo está em crise. Isto se dá em decorrência da grave crise econômica e de valores que assola a sociedade contemporânea. Os

conceitos estabelecidos na legislação brasileira nem sempre correspondem aos anseios sociais hodiernos.

Especialmente no que concerne às contratações públicas, o colapso de velhos paradigmas do direito administrativo é ainda mais evidente. O desafio atual dos procedimentos licitatórios vai muito além da obtenção do menor preço. E neste aspecto, é de fundamental a importância diferenciar preço de custo. O custo não envolve apenas o valor individualmente considerado. A contratação de baixo custo, além de ter um preço compatível com o de mercado, deve ser também ambiental e socialmente responsável.

A legislação brasileira sobre as contratações públicas é extensa e excessivamente detalhada. O aprimoramento desta questão certamente passa pela necessidade de uma reforma legislativa, de modo a simplificar os procedimentos, estabelecer previsões claras e adequadas, estimular a profissionalização das decisões e prever mecanismos eficazes de regulação e fiscalização.

A desburocratização e flexibilização são imprescindíveis para que a Administração Pública obtenha eficiência em suas contratações. Lembrando que essa simplificação não pode ser sinônimo de ausência de procedimentos. A questão é encontrar a dose razoável de procedimentos, de modo a viabilizar uma contratação eficiente, de baixo custo e livre de desvios e condutas ilícitas.

Enquanto essa reforma não acontece, a legislação deve ser cumprida com rigor. Porém, o que se percebe é que burocracia e procedimentalização exageradas não são suficientes, por si só, para conter as condutas corruptivas no âmbito das contratações públicas.

É neste ponto que se torna relevante a atuação da Advocacia Geral da União, assumindo sua missão de proteger o Estado brasileiro em prol da sociedade. A seguir serão enumeradas algumas boas práticas para o resguardo da legalidade e lisura nas contratações públicas.

5. Boas práticas para prevenção e combate à corrupção na Administração Pública Federal

Coibir a corrupção não é tarefa fácil. Infelizmente não há uma receita infalível para esta incumbência. É fundamental, porém, traçar estratégias para afastar da Administração Pública as práticas ilícitas e corruptivas. Esses

mecanismos de controle devem ser definidos em função das peculiaridades do contexto onde o problema ocorre.⁸

A prevenção da corrupção ao nível da oportunidade nas organizações públicas deve ser uma preocupação permanente do gestor, norteando suas ações em seu domínio de atuação.

A Advocacia Geral da União ao exercer seu papel de consultoria e assessoramento dos gestores, deve ser protagonista da luta contra a corrupção nas organizações públicas. Para tanto, sugere-se algumas práticas que, se adotadas conforme a realidade das entidades assessoradas, podem surtir efeitos extremamente benéficos na garantia da prevalência do interesse público.

5.1. Justificativa das necessidades da Administração

Dentre os princípios que regem o direito administrativo brasileiro, um dos mais relevantes certamente é o princípio da motivação. O princípio da motivação determina que todos os atos da Administração Pública devem ser devidamente justificados, apresentando-se expressa e claramente as razões de decidir do gestor público.

Nas contratações públicas esse princípio apresenta ainda maior destaque. Isso porque a Administração Pública deve embasar suas escolhas, justificando suas opções de contratação.

Assim, em qualquer procedimento licitatório deve constar a motivação robusta para a contratação. Isso implica em justificar a necessidade da contratação em si no contexto da organização, o modo como se obteve o quantitativo estimado para o contrato, em explicitar como os critérios de seleção da proposta mais vantajosa amoldam-se ao interesse da organização pública.

A existência de justificativa forte para cada decisão tomada no processo de contratação, embasada em informações objetivas, constitui boa prática contra a corrupção na medida em que evita possibilidade de contratações fraudulentas, cujo objeto não se relaciona com os interesses

⁸ MAIA, António João Marques. Fatores organizacionais explicativos da corrupção. Lisboa, 2015. P. 39. Disponível em < <https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/12741>>. Acesso em 22 de janeiro de 2018.

da instituição, ou em quantitativos que não correspondem às suas reais necessidades.

Nessa linha de raciocínio, cabe à Advocacia Geral da União, na análise de legalidade dos processos de contratação, verificar a existência de motivação concreta dos atos decisórios e, se for identificada alguma inconsistência ou incompletude, sugerir o aprimoramento das justificativas elaboradas pela Administração Pública.

5.2. Utilização de modelos

As condutas fraudulentas em termos de contratações públicas podem ter início na confecção dos documentos obrigatórios ao procedimento. Editais, minutas de contrato e outros instrumentos são passíveis de alterações de modo a privilegiar interesses privados em detrimento do interesse público.

A utilização de modelos configura uma boa prática no sentido de se evitar a oportunidade de manipulação ilícita de documentos.

A Advocacia Geral da União disponibiliza minutas padrão de editais, contratos, convênios, termos de referência e outros documentos imprescindíveis ao procedimento de contratação pública. Os modelos foram minuciosamente confeccionados, de modo a incluir os mais diversos cenários possíveis nos contratos da Administração Pública (obras, compras, serviços, etc).

Trata-se de iniciativa de grande relevância para a prevenção de ações corruptas. Assim, a correta utilização das minutas padrão deve ser objeto de verificação pelos membros da AGU, devendo ser a Administração provocada a apresentar justificativa plausível sempre que proceder a qualquer alteração do modelo proposto.

5.3. Códigos e manuais de conduta

Outra ação que pode contribuir na diminuição da corrupção no setor público diz respeito à elaboração de manuais, códigos de conduta ou qualquer outro documento que contenha diretrizes mínimas para orientar os servidores responsáveis por determinado tipo de tarefa.

A Advocacia Geral da União vem produzindo diversos desses manuais (Manual de Boas Práticas Consultivas, Manual de Fiscalização de

Contratos, Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar são alguns exemplos).

Cabe, portanto, aos membros da AGU dar a devida divulgação a esses documentos e mais, alertar ao gestor público para que produza os manuais e códigos de conduta da própria organização pública, considerando suas peculiaridades e os setores estratégicos na implementação de rotinas benéficas à manutenção da lisura e respeito à legalidade.

5.4. Cautelas para alterações contratuais

As alterações contratuais, especialmente solicitações de acréscimo aos contratos administrativos, devem ser analisadas com parcimônia. Trata-se de uma ocasião extremamente propícia para a materialização da corrupção nas contratações públicas.

Algumas questões devem ser mais detidamente observadas.

A primeira delas é a superveniência do fato que ensejou a alteração. Não pode a Administração pretender aumentar quantitativamente ou qualitativamente o objeto da contratação, considerando a mesma realidade do momento da licitação. Deve ser comprovado nos autos do processo administrativo a ocorrência de fato durante a execução do contrato, que justifique os acréscimos pretendidos pela organização pública.

Deve-se cuidar, ademais, para que sejam mantidos os mesmos critérios de medição do início do contrato e para que não haja ampliação do objeto contratual.

No que tange às prorrogações de contrato, a cautela diz respeito à comprovação da vantajosidade da prorrogação em relação à realização de nova contratação. Por isso é importante recomendar sempre a realização de pesquisas de preços no sentido de demonstrar que a continuação da relação contratual possui um custo menor para a Administração Pública.

5.5. Adoção de decisões colegiadas e rotatividade das equipes

No que concerne aos agentes públicos envolvidos no procedimento de contratação pública, há também boas práticas a serem objeto de recomendação em decorrência do assessoramento da Advocacia Geral da União.

A ideia central é que haja sempre rodízio nas equipes responsáveis por procedimentos licitatórios e acompanhamento de contratos. Essa medida evita a pessoalização dos procedimentos, bem como o estreitamento de laços entre contratados e servidores públicos, de modo a oportunizar o conluio para práticas fraudulentas.

Outro filtro que pode ser utilizado para a prevenção da corrupção é a adoção de decisões colegiadas por parte da Administração para determinados assuntos estratégicos ou o estabelecimento de níveis de hierarquia até a decisão final. Essa opção deve ser recomendada ao gestor, e adaptada à realidade do ente assessorado.

Nunca é demais lembrar que a implementação dessas soluções não deve ocasionar uma burocratização exacerbada do procedimento.

5.6. Utilização de Sistemas eletrônicos

Ainda a nível de assessoramento, a Advocacia Geral da União deve sugerir ao gestor público a implantação e utilização de sistemas eletrônicos nos mais diversos setores da instituição.

Sistemas eletrônicos podem gerir uma série de questões, tais como controle de estoques, formulação do quantitativo estimado da contratação com base no consumo médio da organização, controle das fases dos procedimentos licitatórios para mencionar poucos exemplos.

A informatização se mostra um poderoso mecanismo de controle na medida em que o agente tem menos liberdade para realizar as ações estranhas ao interesse da organização pública. Além disso, os registros de todos os comandos, e os respectivos responsáveis, podem ser auditados e verificados.

6. Conclusão

O problema da corrupção é grave, está presente em todas as organizações (sejam elas públicas ou privadas) e sua total extinção do contexto das contratações públicas é praticamente uma utopia. Apesar das dificuldades em lidar com práticas ilícitas e fraudulentas, é dever da Advocacia Geral da União dedicar-se à proteção do patrimônio e interesse públicos, e lutar por uma sociedade mais justa e próspera.

A garantia de que as contratações públicas sejam dotadas de transparência e lisura vai além do procedimento. É através delas que se alcança a promoção de diversas políticas públicas, de ordem ambiental, social, de inovação. Daí a importância de se adotarem mecanismos efetivos no combate e prevenção à corrupção.

Longe de pretender esgotar o tema, espera-se com o presente artigo que as boas práticas sugeridas sejam disseminadas por toda a Administração Pública e que, a partir delas, surjam novas iniciativas na luta por um serviço público de excelência e, via de consequência, um país mais desenvolvido e menos corrupto.

Referências Bibliográficas

- ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Relatório de Gestão 2016*. Brasília, 2017. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/38202132>. Acesso em 22 de janeiro de 2018.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22 de janeiro de 2018.
- BRASIL. *Lei nº 8.666/93, de 30 de setembro de 1997*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. [S.I.]: Brasília, 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 22 de janeiro de 2018.
- ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.
- MAIA, António João Marques. *Fatores organizacionais explicativos da corrupção*. Lisboa, 2015. Disponível em <<https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/12741>>. Acesso em 22 de janeiro de 2018.
- UNIÃO EUROPEIA. *Contratação pública – guia prático*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2015. Disponível em <<https://poseur.portugal2020.pt/media/38502/guia-pr%C3%A1tico-da-contrata%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica.pdf>>. Acesso em 22 de janeiro de 2018.

O princípio da transparência com reflexos da Diretiva 2014/24/UE no projeto de lei que institui as normas para licitações e contratos da administração pública no Brasil: esforço para mudança de marco civilizatório e direito fundamental à boa administração pública

The principle of transparency with reflections of Directive no. 2014/24/UE on the draft law establishing the rules for bidding and contracts of the public administration in Brazil: an effort to change the civilizing framework and fundamental right to good public administration

EDSON JOSÉ DE SOUZA JÚNIOR¹

Resumo: O presente artigo trata da influência da diretiva 2014/24/UE na construção do novo marco regulatório de licitações e contratos no Brasil, mais especificamente a partir da normatividade do princípio da transparência, permeada pela ideia da realização do direito fundamental à boa administração. Trata-se de artigo que realizou como método a revisão bibliográfica, bem como analisou as fontes normativas (documentos primários) citados. Como resultado das reflexões, constatou-se que o novo marco regulatório em vias de construção no Brasil recebeu influências imediatas e mediatas do direito comunitário, notadamente no que pertine à aplicação do princípio da transparência, representando

¹ Professor do Programa de Mestrado Profissional em Desenvolvimento Regional do UniAlfa. Professor da Graduação do UniAlfa. Pós-Doutor pela Università degli Studio de Messina (It). Doutor em Educação pela PUC-GO. Mestre em Educação pela UFG. Mestre em Direito Agrário pela UFG. Graduado pela UFG. Advogado e Procurador Federal da AGU. E-mail: edsonjose.souza@agu.gov.br

em um passo rumo à efetividade do referido princípio e combate à corrupção, conforme analisam DALLARI (2006); FREITAS (2014); FURTADO (2007 e 2014); HEINEN (2017); MARTINS JÚNIOR (2013); MUÑOZ (2012); SILVA, SANTOS (2016). Afinal, concluiu-se que não se pode ser ingênuo e entender que a simples alteração do marco regulatório será suficiente para debelar as mazelas decorrente da cultura secular de patrimonialismo no Brasil, no que haverá de ocorrer uma aproximação do direito e da moral, numa mudança de valores, para se cultivar padrões éticos, de decoro e boa fé exigidos atualmente pela sociedade, afim de se alcançar a realização do direito fundamental à boa administração, na configuração de um novo marco civilizatório.

Palavras-chave: *princípio da transparência; diretiva 2014/24/UE; novo marco regulatório de licitações e contratos administrativos no Brasil; direito fundamental à boa administração.*

Abstract: This article deals with the influence of directive 2014/24/UE in the construction of the new regulatory framework for bids and contracts in Brazil, more specifically from the normativity of the principle of transparency, permeated by the idea of realizing the fundamental right to good administration. It is an article that carried out as a method the bibliographic review, as well as analyzed the normative sources (primary documents) cited. As a result of the reflections, it was verified that the new regulatory framework under construction in Brazil received direct and indirect influence of community law, especially as regards the application of the principle of transparency, representing in a step towards the effectiveness of said principle and combating corruption, as analyzed by DALLARI (2006); FREITAS (2014); FURTADO (2007 and 2014); HEINEN (2017); MARTINS JÚNIOR (2013); MUÑOZ (2012); SILVA, SANTOS (2016). After all, it was concluded that one can not be naive and understand that simply changing the regulatory framework will suffice to overcome the ills arising from the secular culture of patrimonialism in Brazil, in which there will be an approximation of law and morality, a change values, to worship ethical standards, decorum and good faith currently required by society, in order to achieve the realization of the fundamental right to good administration, in the configuration of a new civilizing milestone.

Keywords: *transparency principle; directive 2014/24/UE; new regulatory framework for bids and administrative contracts in Brazil; fundamental right to good administration.*

1. Introdução

O combate à corrupção no Brasil é um assunto que está na ordem do dia, notadamente em tempos de “operação lavajato”. Os sucessivos escândalos impulsionam o Estado a dar repostas, ainda que paliativas, ao cenário de corrupção sistêmica no país.

Neste contexto, considerando que os atos de desvio de conduta se dão, no mais das vezes, no âmbito dos processos de licitação e contratações públicas, há um esforço em apresentar uma nova legislação pátria que supostamente daria a resposta ao anseio da sociedade. E esse novo marco regulatório recebe influências diretas e indiretas do direito administrativo global, em especial do direito comunitário, que atualmente concede maior centralidade ao princípio da transparência.

Neste contexto, pretende-se neste estudo realizar as devidas reflexões sobre as contribuições imediatas e mediatas da diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b) ao projeto de lei em análise no Congresso Nacional brasileiro que institui as normas para licitações e contratos da Administração Pública², especialmente no que pertine ao protagonismo do princípio da transparência, tudo com o foco no combate a corrupção, num esforço para a mudança de marco civilizatório em busca da concretização do direito fundamental à boa administração pública, sem olvidar que as referidas diretrizes não vinculam o ordenamento jurídico brasileiro.

Importante destacar que o projeto de lei em análise, propõe instituir o novo marco regulatório das licitações e contratações públicas no Brasil basicamente visa instituir um único regramento que substitui a atual Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 1993), a Lei n. 10. 520, de 17 de julho de 2002 (BRASIL, 2002), e dispositivos da Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011 (BRASIL, 2011), que tratam respectivamente da Lei Geral sobre Licitações e Contratos, da Lei que institui a modalidade pregão, bem

² Aqui a expressão “Administração Pública” foi utilizada com as iniciais maiúsculas, para não se confundir com a expressão “administração pública”, grafada com as iniciais minúsculas. A primeira se referido ao sentido formal, orgânico ou subjetivo (órgãos, agentes e entidades) e o segundo se aludindo ao sentido material, funcional ou objetivo (atividades da função administrativa: serviço público, poder de polícia, fomento e atuação do Estado no domínio econômico). Tal convenção foi proposta por Meirelles (2008, p. 60), e adota expressamente na ementa do respectivo projeto de lei.

como da Lei que trata do Regime Diferenciado de Contratações (RDC). O referido projeto de lei recebeu o n. 559/2013 (BRASIL, 2013), que teve início no Senado. Após sua aprovação da câmara alta, inclusive com diversas emendas, foi posteriormente encaminhado para Câmara dos Deputados, onde assumiu o n. 6.814/2017 (BRASIL, 2017) e ainda está em tramitação.

Por outro lado, tem-se que considera que o Brasil assumiu compromissos internacionais para adotar um regramento mais compatível com a ordem mundial, notadamente no campo das contratações públicas, especialmente em função da aberturas de barreiras e a existência de um mercado em escala global.

Isto ocorreu, por exemplo, para ingressar na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), na adesão Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA), dentre outros compromissos internacionais. Atualmente a proposta de alteração do marco regulatório das licitações e contratações públicas no Brasil também sofre influência imediata da diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b), especialmente quanto maior incidência da normatividade do princípio transparência.

Frisa-se que recentemente, no direito administrativo comunitário foram editadas várias diretivas tendo por objeto genericamente as licitações e contratações públicas, quais sejam, a diretiva 2014/23/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014a), a diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b) e a diretiva 2014/25/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014c), todas da União Européia, que tratam respectivamente sobre os contratos de concessão; sobre as aquisições, serviços e obras (diretiva dos setores clássicos); e por fim as diretivas regulam setores especiais (água, energia, transporte e serviços postais).

Nosso enfoque se restringirá as diretivas 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b), porquanto tratam sobre as aquisições, serviços e obras em geral, o que por si só aproxima-se mais do indigitado projeto de lei, no que será concedida especial atenção às contribuições quanto ao conjunto principiológico aplicável, e em especial o princípio da transparência.

Importante destacar, ainda, que serão realizadas algumas considerações quanto ao surgimento de algumas leis internas que se caracterizam por serem “legislações reativas”, porquanto visa dar algumas respostas aos graves desvios de conduta vivenciados pela sociedade brasileira no campo das licitações e contratações públicas.

Contudo, não se deve ter a ingenuidade que o grave problema da corrupção endêmica no Brasil poderá ser solucionado apenas pela edição de normas jurídica, posto que se trata de um problema de índole cultural e demandam para sua solução o estabelecimento de um sentimento geral em cultivar padrões éticos, de decoro e boa fé, tão desejado pela sociedade brasileira.

Reafirmando este posicionamento, FERNANDES *apud* AMORIM (2017, p. 13) enalteceu que em evento realizado em Washington (USA) pelo Banco Mundial, o Brasil foi reconhecido como o 4º país do mundo em observância de normas de transparência, mas contraditoriamente o 1º a demonstrar que esse atributo, por si só, é ineficaz no combate à corrupção.

Assim, o combate a corrupção depende, a nosso sentir, de uma reação da sociedade, que deve evitar a naturalização, o reforço ou reprodução de práticas que perenizam a cultura a favor da corrupção, efetivando de maneira não apenas retórica o direito fundamental à boa administração pública.

2. As contribuições principiológicas do direito administrativo global a partir da diretiva 2014/24/UE nas licitações e contratos públicos

No direito comunitário europeu existe vários instrumentos jurídicos que emanam o direito da União Européia para os Estados-Membros. Ora, são expedidos regulamentos, diretivas, recomendações, pareceres, dentre outros.

Os regulamentos, por exemplo, são documentos que tem caráter geral, vinculativo e sem necessidade de atividade de transposição de suas normativas para o direito nacional, inclusive, suplantando a legislação nacional no que for incompatível.

Já as diretivas, também vinculam os Estados-Membros destinatários quanto ao resultado a ser alcançado, mas suas disposições devem ser transpostas para o direito interno de cada Estado-Membro, por ato próprio. Assim, os Estados nacionais devem adaptar o direito interno aos objetivos fixados na diretiva, que ganham força a partir dessa internalização. Assim, cada um dos Estados-Membros detém uma margem de manobra que lhes permite ter em conta as especificidades nacionais.

As recomendações e os pareceres, por outro lado, não criam quaisquer direitos ou obrigações para os destinatários, todavia fornecem indicações

sobre a interpretação e o conteúdo do direito comunitário, o que pode influir em caso de eventual questionamento.

Para os fins de nosso estudo, vamos nos dedicar as diretivas e mais especificamente à diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b), notadamente quanto ao realce do conjunto principiológico vinculado as licitações e contratos públicos, mais especificamente quanto ao princípio da transparência, sem olvidar outros princípios que foram destacados no âmbito da referida diretiva, tais como o princípio da igualdade e da concorrência, a despeito da referida diretiva não vincular o ordenamento jurídico Brasileiro de forma direta e imediata.

2.1. Breves considerações sobre princípio jurídico

A despeito de não ser objeto imediato de nosso estudo, certamente que algumas palavras devem ser produzidas sobre este importante componente da estrutura do ordenamento jurídico – os princípios jurídicos. Para Ávila (2004, p. 129):

3. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o esta de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Mas nem sempre os princípios jurídicos tiveram conteúdo normativo. Consoante enaltece Bonavides *apud* Pereira (2001, p. 128-129), os princípios jurídicos passaram por três concepções distintas acerca de sua natureza:

- a Jusnaturalismo:* (...) Os princípios estavam, então, impregnados de um ideal próprio de Justiça, sendo verdadeiros axiomas jurídicos, normas que tinham valores deduzidos pela “reta razão” e, por isso, pairavam em um nível abstrato, valorativo, meramente informador e carente por completo de juridicidade – mero extrato de valor informadores da ordem jurídica.
- b Positivismo:* representa uma etapa intermediária na afirmação da juridicidade dos princípios ao lado das demais normas e, por isso,

não podem ser considerados, como antes, instância supra-legal. Decorrem, outrossim, do próprio Direito Positivo na medida em que são considerados generalizações das regras jurídicas e não de um fictício Direito Natural descoberto pela razão. Entretanto, são denominados *princípios gerais do direito* e integram o ordenamento jurídico no mais baixo grau de hierarquia, eis que sua função se reserva a impedir o vazio normativo na ausência de regra estrita: são fontes normativas secundárias, verdadeiras “válvulas de segurança” do sistema, com funcionalidade meramente supletiva.

- c *Pós-positivismo*: princípios passam a ter força normativa plena, ou seja, são considerados normas dotadas de juridicidade idêntica à das regras jurídicas. Não são mais tratados como valores abstratos, nem como fonte supletiva, e sim como Direito, em toda a latitude do termo, na medida em que integram cada vez mais as Constituições criadas após as grandes guerras mundiais. (...)

Assim, ao lado das regras, certamente é o “aspecto normativo” alcançado pelo atual estágio de evolução da ciência do direito é que se destaca, notadamente quanto à formação de determinado ordenamento jurídico. Canotilho (1991, p. 175) adverte que a construção de um modelo ou um sistema exclusivamente com regras conduziria a construção de um sistema de limitada racionalidade prática. Porém um sistema somente com princípios também seria inaceitável, face a sua indeterminação.

Como se vê, os princípios jurídicos são proposições fundamentais do ordenamento jurídico, mandamento nuclear desse sistema, com força normativa, função fundamentadora, interpretativa e supletiva (BOMFIM, 2008, p. 66-67), concedendo-lhe coerência, lógica e racionalidade.

Estas funções podem ser assim explicadas. A função “interpretativa”, os princípios cumprem o papel de orientar as soluções jurídicas a serem definidas em face aos casos submetidos à apreciação do interprete, concedendo a partir da harmonização das diversas normas existentes no sistema (regras e princípios), ordenando e reafirmando a idéia de sistema. A função supletiva decorre da integração do sistema jurídico, suplementando os eventuais vazios normativos da ordem jurídica ou a ausência de sentido regulador, constatáveis em regras ou em princípios de maior grau de densidade normativa, evidenciando a completude do sistema jurídico. Já pela função fundamentadora, os princípios ostentam uma eficácia derogatória

e diretiva, transcendendo a obviedade do conteúdo dos demais princípios, bem como a literalidade de disposições escritas das regras, apresentando força capaz de afastar a incidência de outras normas com ele divergentes.

Por fim, cabe-nos destacar que a força normativa dos princípios é uma realidade relativamente recente para o direito, no que este conteúdo normativo é extraído diante do caso concreto, porém sempre se pode extrair um conteúdo material mínimo.

Tal fato que será averiguado a partir da análise da influência da diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b) no projeto de lei que institui o novo marco regulatório das licitações e contratações públicas no Brasil, notadamente quanto ao princípio transparência, além de outros princípios destacados no âmbito da referida diretiva (princípio da igualdade e princípio da concorrência).

2.2. O princípio da transparência como base do Direito Administrativo Global constante da Diretiva 2014/24/UE nas licitações e contratos públicos

A doutrina brasileira, muitas vezes liga o princípio da transparência ao princípio da publicidade, como faz Furtado (2007, p. 108) ao asseverar que “o princípio da publicidade pode ser traduzido como o dever da Administração de dar transparência aos seus atos”. Outros, com Martins Júnior (2013), tratam a transparência com princípio autônomo, de caráter instrumental ligado aos princípios da publicidade, motivação e participação popular.

Contudo, Furtado (2015, p. 421) afirma que:

A importância da transparência ainda se destaca, do ponto de vista político, em razão da sua imensa capacidade de aprimoramento democrático dos regimes modernos, promovendo a inserção da sociedade na atividade de controle das ações públicas. A transparência é, portanto, imprescindível nas atividades dos órgãos e agentes públicos, pois previne, combate e controla a prática de corrupção e garante maior eficiência e publicidade aos atos da Administração Pública.

A promoção da transparência é um valor assumido de forma explícita na diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b), constituindo-se

em um pilar do sistema multilateral do comércio (SILVA, SANTOS: 2016, p. 63).

Contudo, para além de sua função no contexto das relações internacionais, tem-se que, internamente, o princípio da transparência alberga um valor assumido pelos países que adotam o modelo de Estado Democrático de Direito, até mesmo porque seria impossível alcançar uma democracia material sem tratar os assuntos públicos com a devida evidência, leia-se, devida transparência!

Daí, a pertinente lição de Silva; Santos (2016, p. 60) quando asseveram que:

É necessário alterar o direito administrativo, sobretudo o processo licitatório, que ainda possui a ótica inteiramente nacional, a fim de inserir com mais afinco o Princípio da Transparência nas relações adjudicatórias, a fim de criar maior responsabilidade dos administradores públicos, bem como diminuir os caos de corrupção oriundas das licitações. Posto isto, sugere-se que o princípio da transparência, sendo observado como um valor global e inserido no processo licitatório europeu e global, sirva de parâmetro para a alteração do sistema brasileiro de contratos públicos, que pouco preza pela transparência, muito embora existam mecanismos normativos que possibilitam a verificação da atuação da Administração Pública.

Em todo o texto da diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b), percebe-se a existência de orientações comunitárias que deverão ser transpostas para o direito interno de cada Estado-Membro por ato próprio, no sentido de exaltação do princípio da transparência, orientações que não são coercitivas para no Estado brasileiro, mas que reverberam em nossos domínios em vista do assunto licitações e contratos públicos terem reflexos no mercado regional e global.

2.3. Os princípios correlatos extraídos da diretiva 2014/24/UE nas licitações e contratos públicos: princípio da igualdade e da concorrência.

Conforme já mencionado, ao lado do princípio da transparência orbitam outros princípios como o princípio da igualdade e da concorrência, que se interrelacionam e retroalimentam.

Quanto ao princípio da isonomia, tem-se que a diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b) estabelecem em vários dispositivos as diretrizes que deverão ser incorporadas pelos Estados-Membros da Comunidade Européia em sua legislação interna, dentre eles, pode-se citar os que mais se evidenciam: Art. 18º/1; Art. 24º; Art. 29º/5; Art. 31º/4; Art. 41; Art. 42º/2; Art. 56º/3 e Art. 76º.

Já quanto ao princípio da concorrência, a diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b) contém vários dispositivos, tais como: Art. 18º/1; Art. 24º; Art. 26º/5; Art. 29º; Art. 30º; Art. 40º; Art. 41º; Art. 42º/2; Art. 50º/4; Art. 55º/3; Art. 57º/4; Art. 69º; Art. 65º/2; Art. 66º; Art. 67º/4, Art. 79º/2 e Art. 80º/3.

Importante destacar que esses dois princípios [isonomia e concorrência], são princípios jurídicos umbilicalmente ligados ao princípio da transparência, até mesmo porque este último é *conditio sine qua non* para a realização dos dois primeiros.

3. O Projeto de Lei que institui o novo marco legal para licitações e contratos da Administração Pública no Brasil

O projeto de lei que institui o novo marco regulatório das licitações e contratos administrativos no Brasil – ainda em análise pelo parlamento brasileiro –, acabou por incorporar em alguns de seus dispositivos da diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b), mesmo que de forma direta e imediata não tenha imperatividade em nosso ordenamento.

Porém, conforme já foi dito, considerando que as licitações e contratações públicas tem íntima ligação ao mercado regional e globalizado, toda e qualquer normativa acaba por interagir com o marco legal nos mais diversos países, no que algumas de suas disposições influenciam de forma imediata ou mediata a legislação para além dos países integrantes da União Européia (UE).

No que pertine ao princípio da transparência, tem-se o projeto de lei em questão ecoa o respectivo princípio de forma explícita em vários dispositivos, tais como: Art. 4º; Art. 11; Art. 32, § 4º; Art. 34; Art. 47; Art. 53, § 6º; Art. 85, § 4º; Art. 101, § 2º; Art. 127 e Art. 128.

Contudo, pode-se atribuir como contribuição direta e imediata à influência da diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b), apenas

as alterações incorporadas a partir da análise do projeto na Câmara dos Deputados, notadamente em vista das datas dos referidos documentos.

Assim, os comentários do presente estudo se cingiram alguns dispositivos do Projeto de Lei n. 6.814/2017 (BRASIL, 2017) e ainda está em tramitação.

Explicitamente, tem-se o Art. 18º/1; Art. 40º; Art. 43º/1/c; Art. 56º/2; Art. 58º/3 e Art. 76º/1, todos no sentido de valorização da transparência funcionalizada, ou seja, não uma transparência voltada não apenas para a publicização dos atos da Administração Pública, mais sim, atrelada a função de ser um instrumento de prevenção da corrupção, permitindo-se em última análise num tratamento isonômico aos licitantes e oportunizar uma verdadeira concorrência entre os licitantes.

Percebe-se que o ambiente de concorrência artificial não é suficiente para afastar desvios, o que impõe a incorporação de mecanismos de mercado.

Para exemplificar, tem como clara influência a nova modalidade de “diálogos competitivos”, consoante destaca Heinen (2017):

Quanto às questões materiais, podemos dizer que a proposta legislativa em questão sofreu influência da Diretiva 24/2014, da União Européia, especialmente quanto ao tema da flexibilização dos contratos administrativos. E esta influência fica clara no que diz respeito à modalidade de “diálogos competitivos”

No referido projeto de lei [6.814/2017], está previsto no Art. 5º, XLI, com a seguinte redação. Vejamos:

XLI – diálogo competitivo: modalidade de licitação em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo;

Mais adiante Heinen (2017) assevera:

É bastante inovadora a previsão da figura do “diálogo competitivo” (inciso XLI), podendo ser considerada uma *modalidade de licitação* inédita. Neste caso, o Poder Público poderá, diante de *objetos extremamente complexos* – por exemplo, na ocasião em que o Estado não consegue sequer saber como proceder na

contratação –, realizar “diálogos” com licitantes previamente selecionados. Essa “conversa” tem o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final depois do encerramento do debate. Em resumo, o art. 29 elenca três casos em que tal procedimento é possível de ser aplicado, todos eles revelando uma situação em que a Administração Pública não possui condições de estruturar a competição.

De nossa parte, as influências não param por aí. O privilégio a utilização de meios eletrônicos nos procedimentos de seletivo também é uma decorrência da diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b), mais especificamente no Art. 22º, ecoando em vários artigos do Projeto de Lei (Art. 10, VI; Art. 15, §§ 2º; Art. 18, dentre outros). E aqui nem poderia ser diferente, posto que o próprio Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005 (BRASIL, 2005) – que regulava a Lei dos Pregões – em seu Art. 4º já previa que “*Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica*”. Calha recordar que assim que aprovado o referido Projeto de Lei haverá a abrogação da Lei n. 10.520/2002 (BRASIL, 2002).

E ainda no âmbito das normas alusivas ao direito intertemporal, tem-se que, caso aprovada o referido projeto de Lei, a partir da publicação haverá revogação imediata de alguns dispositivos da Lei n. 8666/93 (Art. 86 a 108), havendo a revogação dos remanescentes, mais de todos os artigos da Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos Arts. 1º a 47 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos. Assim, a *vacatio legis* será proporcional a necessidade de conceder maior transparência aos negócios públicos, tanto que a própria Administração Pública, quanto o mercado terão prazo suficientes para apropriação do novo marco regulatório.

Outro aspecto importantíssimo para transparência é o planejamento dos procedimentos licitatórios, previsto por exemplo no Art. 16 do Projeto de Lei e que constitui num imperativo de administração pública dialógica e transparente, um vez que nesta etapa devem ser considerados todas os argumentos técnicos, mercadológicos e de gestão, inclusive com a apresentação de pareceres formais que possibilitam a sindicabilidade de eventuais desvios de condutas.

Neste contexto, tem-se que o acréscimo do termo culpa ao Art. 128 do Projeto de Lei, também veio para atendimento do espírito do direito

européu, notadamente da diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b), que em várias passagens tem o objetivo de ampliação da responsabilidade de agentes:

Art. 128. O servidor ou o empregado público que participar dos procedimentos de licitação e contratação de que trata esta Lei somente será responsabilizado civil ou administrativamente em caso de culpa, dolo, fraude ou erro grosseiro, observadas, em todo caso, a segregação de funções e a individualização das condutas.

Interessante notar, que o referido projeto de lei recebeu emenda que se propõe a excluir a arbitragem como forma de solução dos conflitos, mantendo apenas a mediação (v. § 3º do Art. 86), o que se atribui também ao escopo de transparência. É consabido uma das características do sistema arbitral é justamente a confidencialidade, o que não se coaduna com os valores quando se trata de questões afetas a negócios públicos, notadamente em vista da influência da diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b), especialmente em vista do disposto no Art. 10º/c.

Desta feita, são estas as principais influências da diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b) no projeto de lei que institui o novo marco regulatório das licitações e contratações no direito brasileiro.

4. Outras leis que foram editadas a partir dos compromissos firmados internacionalmente e dos escândalos internos

A despeito de não ser o objeto principal do presente artigo, é bom que tenha uma visão ampliada dos fenômenos sociais, notadamente com as alterações casuística da legislação brasileira, para dar resposta a graves problemas sociais – o que se convencionou a designar de legislação reativa³.

Assim, ainda que haja um compromisso internacional ou mesmo um compromisso interno positivado por norma constitucional decorrente do

³ “(...) possui uma marca exclusivamente “reativa”, tendo sido fruto de uma racionalidade penal moderna vinculada a pressões populares diante de escândalos financeiros fortemente vinculados pelos meios de comunicação. A elaboração normativa neste campo, nunca foi pensada de forma orgânica e sistêmica.” (KURY, 2014)

poder reformador, tem-se que a oportunidade da edição não decorre de forma direta e imediata desses compromissos, mas sim diante do escândalo da vez.

Refiro-me a data da assinatura dos tratados internacionais de combate a corrupção, quando, por exemplo, o Brasil aprovou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002 (BRASIL, 2002), e, somente em Lei n. 12.846/2013 editou a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013 (BRASIL, 2013). Por outro lado, tem-se que desde a Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998 (BRASIL, 1998), que determinava a edição de uma lei para servir de estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista (v. alteração do Art. 173, § 1º, III da CRFB), o que ocorreu praticamente 18 (dezoito) anos depois, quando da Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016 (BRASIL, 2016).

Percebe-se, que a despeito do compromisso assumido internacionalmente somente a partir das pressões dos movimentos sociais de meados de 2013 que ocasionou a edição da Lei Anticorrupção [Lei n. 12.846/2013].

Por outro lado, somente a partir do aprofundamento das investigações da “operação lavajato” – que basicamente tem por objeto a corrupção na Petrobras S/A – sociedade de economia mista federal – é que se editou o Estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [Lei n. 13.303/2016].

Ainda, no contexto desta questão *opter dicta*, calha registrar, por exemplo, o aumento extraordinário das hipóteses de dispensa de licitação no direito brasileiro, desde a edição original do Art. 24 da Lei n. 8.666/93, porquanto tinha apenas 15 incisos em sua redação original, e hoje contém 35 incisos, além de 7 alterações de redação dos primeiros 15 incisos.

5. A cultura da corrupção no Brasil: terra de desigualdades socioeconômica versus naturalização da corrupção e de desrespeito ao direito fundamental à boa administração pública

À primeira vista, falar de desigualdades socioeconômicas, da naturalização das diferenças e da corrupção e do desrespeito ao direito fundamental à boa administração pública até poderia ser interpretado como fuga do tema. Contudo, por entender que a matriz do problema está situada para

além do lides jurídicos exclusivamente é que faz indispensável alinhar algumas ideias sobre o assunto.

Neste sentido, calha evidenciar a fala de DALLARI (2006, p. 212):

Não é porque se fez uma licitação, não é porque o rito foi seguido, que o resultado passa a ser sagrado, intocável. A licitação tem-se transformado, sim, numa ritualística inconsequente, numa maneira de acobertar fraude, de dar segurança àqueles que se aproveitando dinheiro público.

E é justamente a desigualdade estrutural, que faz com que no Brasil grande parte das leis detenha diminuta eficácia social e expondo o país às práticas corruptivas, especialmente em vista da ausência de representatividade popular no Parlamento brasileiro. A desigualdade é estrutural e pode ajudar a entender o modo de formação histórico de nosso Estado, conforme assevera Corrêa (2006, p. 358):

A desigualdade no Brasil é, indubitavelmente, um fato. Quer queira, quer não, todos os dados corroboram a seguinte constatação: a despeito das possíveis interpretações e dilemas, o Brasil é um país estruturalmente desigual. A constatação deste fato, por sua vez, esconde, de maneira proporcional a sua obviedade, a complexidade das possíveis explicações que intentam elucidar e compreender o modo através do qual historicamente o Brasil assim se constituiu e o substrato daquilo que o faz permanecer no estado em que se encontra.

Porém, contraditoriamente, não se pode negar que os desvios éticos-jurídicos havidos no campo das licitações e contratos públicas está mais ligado a ganância dos infratores de “colarinho branco”, do que premidos pelo estado de necessidade das massas de excluídos, que passam ao largo dessas mazelas, mas sobre severamente as suas consequências.

Daí, a evidente constatação de Furtado (2015, p. 414):

Razões históricas, culturais e, sobretudo, políticas talvez possam explicar porque não se promove a efetiva e necessária mudança no cenário brasileiro de modo a melhor aparelhar o Estado para combater a corrupção, tanto no que diz respeito ao aspecto preventivo, de identificação e correção das falhas do sistema, quanto em relação à punição dos responsáveis pelos desvios de recursos públicos.

Assim, urge uma reforma política no âmbito do Estado brasileiro, para permitir inclusive que os influxos de boas práticas internacionais sejam internalizadas de forma mais urgente e natural, até mesmo porque o presidencialismo de coalizão e o atual sistema partidário, permite um verdadeira barganha com as emendas parlamentares ao orçamento, que acabam por refletir nas mazelas atinentes às licitações e contratações da Administração Pública.

Entrementes, o projeto de lei representa um avanço possível, especialmente quanto às influências positivas da diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b) no que pertine a transparência.

O Estado brasileiro deverá afastar os resquícios do patrimonialismo, para realização do direito fundamental à boa administração. Daí asseverar FREITAS (2014, p. 21):

O Estado Democrático, em sua crescente afirmação (nem sempre linear) da cidadania, tem o compromisso de facilitar e prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade pro suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a congruência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades. (...) No conceito proposto, abrigam-se, entre outros, os seguintes direitos: a) o direito à administração transparente (...); b) o direito à administração pública sustentável (...); c) o direito à administração pública dialógica (...); d) o direito à administração pública imparcial e desviesada (...); e) o direito à administração pública proba (...); f) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada (...); g) o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz (...).

Não se deve contentar com um combate à corrupção apenas sobre o viés dos elementos normativos, mais sim a partir da resolução dos problemas estruturais, bem como a clivagem do direito para ética, em vista de uma cultura que não elide os favoritismos. MUÑOZ (2012, p. 17) sintetiza essas angustias ao afirmar que:

O bom governo e a boa administração dos tempos em que vivemos há de estar comprometidos radicalmente com a melhora das condições de vida das pessoas, devem estar orientados a fomentar a liberdade solidária dos cidadãos. Para isso, é preciso que o governo e a administração trabalhem sobre os problemas reais do povo e procurem buscar as soluções escutando os setores atingidos.

Essa clivagem do direito para ética, em outras palavras, convencionou se chamar de “virada kantiana”, isto é, à volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre a ética e o direito, na fundamentação dos direitos (FARIAS, BRAGA NETTO, ROSENVALD, 2017, p. 94).

Tem-se que somente se conseguirá fundar um novo padrão civilizatório no Brasil, caso o princípio da transparência seja aplicado de forma material e não apenas formal, para que possamos construir um ambiente adequado, onde a transparência seja funcionalizada para dar concretude não apenas aos princípios da isonomia e da concorrência, no âmbito interno, regional e global, mas espacialmente com motivação exaustiva e efetiva participação popular. Enfim, criamos ambiência para uma democracia material.

6. Conclusão

Como se verificou, o princípio da transparência representa um grande passo para o combate a corrupção, especialmente quando se constata sua funcionalização em decorrência da normatividade do princípio da isonomia e da concorrência, e, muitos foram às influências da diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPEIA, 2014b) no projeto de lei que institui as normas para licitações e contratos da administração pública no Brasil.

Esse projeto de lei ainda em tramitação representa um esforço para mudança de marco civilizatório do Brasil, constituindo-se em um passo rumo à concretização do direito fundamental à boa administração pública.

Por certo que a corrupção é um mau que cria óbices para a consolidação da democracia material e afeta negativamente o crescimento econômico de um país e a efetividade das políticas públicas, notadamente as de cunho social, despeitando a efetivação dos direitos fundamentais.

Contudo, não se pode ser ingênuo que a simples alteração do marco regulatório será suficiente para debelar as mazelas decorrente da cultura

secular de patrimonialismo no Brasil. Como já advertiu Dallari (2006, 212), a simples utilização de ritos e formulas não pode imunizar de críticas o procedimento licitatório, ou do contrato que se segue.

Para a realização do direito fundamental à boa administração, deverá o Estado brasileiro controlar os riscos, monitorar a atuação administrativa, estabelecer ritos/fluxos na legislação, instituir uma política de pessoal séria (profissionalização de seus quadros), e, além de identificar as práticas desvirtuadas que perenizam uma cultura a favor da corrupção e combatê-las com veemência.

Às influências da diretiva 2014/24/UE (UNIÃO EUROPÉIA, 2014b) no projeto de lei que institui as normas para licitações e contratos da administração pública no Brasil, especialmente no que pertine a normatividade do princípio da transparência, constituiu um grande passo, porém não é a panacéia para o combate de todos os males – muito ainda de ser feito!

Referências

- AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOMFIM, Thiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial*. Salvador: Juspodivm, 2008
- BRASIL. Decreto legislativo n. 152, de 25 de junho de 2002. *Aprova o texto final, após modificações de cunho vernacular, em substituição àquele encaminhado pela Mensagem 1.259, de 1996, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, concluída originalmente em Caracas, em 29 de março de 1996*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/documentos-relevantes/arquivos/decreto-legislativo-152-2002>> Acesso em:
- BRASIL. Emenda constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. *Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>

br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm> Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

BRASIL, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

BRASIL, Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. *Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm> Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

BRASIL, Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. *Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm> Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

BRASIL, Lei n. 12.846/2013. *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

BRASIL. Lei n. 13.303/2016. *Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm> Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

BRASIL, Projeto de lei . 6.814/2017. *Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011*. Dis-

ponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9DE30DFBCABBB816D8C4042B238AE3F1.proposicoesWebExterno2?codteor=1524890&filename=Avulso+-PL+6814/2017 > Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

BRASIL, Projeto de lei 559/2013. *Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3800554&disposition=inline>> Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CORRÊA, Diogo. *Somos desiguais? A propósito de Jessé Souza e Roberto Damalta*. In SOUZA, Jessé (org). *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p. 358-391.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 212.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe. ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil: volume único*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 94.

FREITAS, Juez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. *Às raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HEINEN, Juliano. *Projeto de lei de licitações e contratos administrativos: primeira parte*. Ano 2017, Num 368. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/juliano-heinen/projeto-de-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos-primeira-parte>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

KURY, Paolo Sampaio Peres. *A Racionalidade Legislativa Na Lei 7.492/86: Uma Análise Crítica No Âmbito Dos Efeitos E Das Garantias Dos Direitos Humanos*. Disponível em: < <file:///D:/Downloads/149-330-1-SM.pdf> > Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008

MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Alice Rocha da. SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. *A influência do direito administrativo global no processo brasileiro de contratação pública à luz do princípio da transparência*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 6, n. 2, out, 2016, p. 66-89. doi: 10.5102/rbpp.v6i2.4029. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4029/pdf>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

UNIÃO EUROPÉIA, Diretiva 2014/23/UE, de 26 de fevereiro de 2014. Relativa à adjudicação de contratos de concessão, 2014a. Jornal Oficial L 94/1, 28 Março.

UNIÃO EUROPÉIA, Diretiva 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014. Relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. 2014b. Jornal Oficial L 94/65, 28 Março.

UNIÃO EUROPÉIA, Diretiva 2014/25/UE, de 26 de fevereiro de 2014. Relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE, 2014c. Jornal Oficial L 94/243, 28 Março.

Índice

O papel do advogado público no combate à corrupção nas contratações públicas: a técnica jurídica como instrumento eficaz de controle <i>Diego Pereira</i>	7
Processo legislativo e combate à corrupção: a transparência como princípio fundamental e fonte de prevenção e controle de práticas lesivas ao erário nos procedimentos de contratação pública <i>Cathy Mary do Nascimento Quintas</i>	17
Deontologia jurídica do chief compliance officer no Brasil: articulação entre os atores públicos e privado na execução da política pública de enfrentamento da corrupção transnacional <i>Ivja Neves Rabêlo Machado</i>	33
Impacto da corrupção nos direitos fundamentais – Um Estudo do Vínculo Entre Corrupção e Pobreza <i>Vitor Pierantoni Campos</i>	65
Breves apontamentos sobre o sistema jurídico europeu e os instrumentos de controle da corrupção <i>Mário Miranda de Oliveira</i>	93
O paradigma europeu a ser implementado nas contratações públicas brasileiras <i>Ivan Santos Nunes</i>	113

A importância do estudo do fenômeno da corrupção sob a ótica do Direito e Economia <i>Christianne Maria Fierro Paschoal Pedote</i>	129
Corrupção Transnacional, Proteção Multinível da Integridade e Modelo Transnormativo Europeu: reflexões para a União de Nações Sul-Americanas <i>Marcelo Eugênio Feitosa Almeida</i>	147
A luta contra a corrupção em tempos de globalização <i>Flávio Sant'Anna Xavier</i>	163
Os efeitos dos acordos de leniência celebrados pelo ministério público federal: análise da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Agravo de Instrumento 50239726620174040000 <i>Susana Lucini</i>	179
Participação de empresas do mesmo grupo econômico nas licitações e a tutela da concorrência <i>Viviane Vasconcelos Falcão Ferraz</i>	203
O fortalecimento da transparência dos atos da administração pública como meio garantidor da efetividade do controle social <i>Antonio Waldir dos Santos Conceição</i>	223
Mecanismo de controle e combate à corrupção na contratação pública: fim das indicações políticas nos tribunais de contas <i>Wellington Vilela de Araújo</i>	239
A evolução legislativa e o combate à corrupção na contratação pública: estudo comparado luso-brasileiro <i>Lorena Araújo de Oliveira</i>	253
O compliance como mecanismo de combate à corrupção <i>Davi Valdetaro Gomes Cavalieri</i>	265

O fim do foro privilegiado como medida de efetivo combate à corrupção no Brasil <i>Rosano Augusto Kammers</i>	277
Ressarcimento integral à administração como forma de combate à corrupção em licitação <i>Debora Vasti da Silva do Bomfim Denys</i> <i>Marta Freire de Barros Refundini</i>	293
Criminalização do Enriquecimento Injustificado de Servidores Públicos – Estudo Comparativo entre Portugal e Brasil <i>Reginaldo Roberto Albuquerque de Sá</i>	327
Atuação da Advocacia-Geral da União no combate à improbidade administrativa <i>Bruno Leonardo Guimarães Godinho</i>	347
Acordo de leniência e o combate à corrupção <i>Luiz Henrique de Castro Pereira</i>	363
Acordo de Leniência no Brasil: sistema normativo e dinâmica institucional <i>Marina Camargo Aranha Lima</i>	381
A lei anticorrupção e outras ferramentas extrapenais de controle e combate à corrupção no Brasil <i>Juliana Gonçalves Melo</i>	403
O princípio da Publicidade nas contratações públicas como meio de combate à corrupção – uma análise comparativa entre o Brasil e Portugal <i>Valeria Carneiro Lages Resurreição</i>	415
A corrupção na administração pública brasileira como obstáculo à materialização de seus princípios constitucionais basilares <i>Aurea Kenia Barros de Moraes</i>	433

O papel da Advocacia Geral da União na Prevenção e Combate
à Corrupção: Análise à Luz das Contratações Públicas
Karina Brandão Rezende Oliveira 443

O princípio da transparência com reflexos da Diretiva 2014/24/UE
no projeto de lei que institui as normas para licitações e contratos
da administração pública no Brasil: esforço para mudança
de marco civilizatório e direito fundamental à boa
administração pública
Edson José de Souza Júnior 455

