

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JAILSON LAÉRCIO FERREIRA PAZ

**O IMPACTO DA LEI Nº 12.846/13
(LEI ANTICORRUPÇÃO) NA PROIBIDADE
ADMINISTRATIVA**

**BRASÍLIA
2015**

JAILSON LAÉRCIO FERREIRA PAZ

**O IMPACTO DA LEI Nº 12.846/13
(LEI ANTICORRUPÇÃO) NA PROIBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Trabalho de dissertação de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Administrativo no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

BRASÍLIA

2015

Jailson Laércio Ferreira Paz

**O Impacto da Lei nº 12.846/13
(Lei Anticorrupção) na Proibição
Administrativa**

Trabalho de dissertação de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Administrativo no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília-DF, 20 de Agosto de 2015.

(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

O presente artigo realiza uma análise pontual sobre a Lei nº. 12.846/2013, publicada no Diário Oficial da União de 02 de agosto de 2013, exibindo um panorama geral sobre a lei anticorrupção, abordando as inovações, bem como seus pontos obscuros e polêmicos e sua eficácia atual. Inicialmente, apresenta comentários sobre improbidade administrativa, moralidade administrativa e relação entre ética e mora na política. Posteriormente, exhibe um panorama geral sobre a o ranking da corrupção, custos da corrupção, a justiça brasileira em números, propostas do Ministério Público, foro privilegiado, quinto constitucional.

Palavras-chave: Anticorrupção; Lei nº 12.846/2013; responsabilidade civil e administrativa de pessoa jurídica; compliance e delação premiada

ABSTRACT

This article presents a specific analysis of the Law no. 12.846 / 2013, published in the Official Gazette of 2 August 2013 Union, displaying an overview of the anti-corruption law, addressing the innovations as well as their obscure and controversial points and its current effectiveness. Initially, it presents comments about administrative misconduct, administrative morality and the relationship between ethics and lives in politics. Later, it displays an overview of the ranking of corruption, costs of corruption, Brazilian courts in numbers, proposals prosecutors, privileged forum fifth constitutional.

.

Keywords: anti-corruption; Law No. 12,846 / 2013; civil and administrative liability of legal entities; compliance is plea bargaining.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	16
1.1 Relação entre a ética e a moral no campo filosófico	23
1.2 A ética na política.....	26
1.3 A ética política.....	31
2. APRECIÇÃO À LEI Nº 12.846/2013 – LEI ANTICORRUPÇÃO	38
2.1 Aspectos preliminares.....	39
2.2 Considerações sobre a Lei nº 12.846/2013.....	44
2.3 Responsabilidade objetiva.....	44
2.4 Atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira.....	47
2.5 Das sanções.....	53
2.6 Do processo administrativo de responsabilização.....	53
2.7 Responsabilização Administrativa.....	60
2.8 Responsabilização civil da pessoa jurídica.....	66
2.9 Programa de <i>compliance</i>	68
2.10 Do acordo de leniência.....	78
2.11 Do Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP.....	84
3. TIPOS DE CORRUPÇÃO SEGUNDO O MINISTÉRIO PÚBLICO	86
4. PROPOSTAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO	87
4.1 Transparência e informação.....	88
4.2 Enriquecimento ilícito.....	88
4.3 Aumento das penas para corrupção.....	88
4.4 Recursos processuais.....	88
4.5 Celeridade na improbidade.....	88
4.6 Prescrição penal.....	89
4.7 Nulidades.....	89
4.8 Partidos e caixas dois.....	89
4.9 Prisão para devolução de dinheiro.....	89
4.10 Recuperação do lucro do crime.....	89
5. O RANKING DA CORRUPÇÃO	90

6. HÁ COMO CALCULAR CUSTOS DECORRENTES DA CORRUPÇÃO POLÍTICA?	94
7. A JUSTIÇA BRASILEIRA EM NÚMEROS	97
8.FORO PRIVILEGIADO - A IMPUNIDADE DOS PARLAMENTARES INSTITUCIONALIZADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	99
8.1 Surgimento do foro privilegiado.....	100
8.2 Acúmulo de ações judiciais.....	101
9. O QUINTO CONSTITUCIONAL	104
CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126

“Leis são como teias de aranha: boas para capturar mosquitos, mas os insetos maiores rompem sua trama e escapam.”

Sólon

“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.”

Ruy Barbosa

INTRODUÇÃO

A presente monografia circunscreve-se no âmbito do direito administrativo, dentro do contexto histórico-cultural em que está inserido o Brasil, com alguma ênfase no direito administrativo constitucional, nos temas atinentes à teoria dos atos lesivos a administração pública, responsabilização administrativa, processo administrativo, acordo de leniência e responsabilização judicial, sobre cujos objetos se relacionam a temática do impacto da Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção) na probidade administrativa.

O foco do presente trabalho científico está voltado para a lei nº 12.846/13, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, batizada como Lei Anticorrupção, que inova ao responsabilizar empresas por atos de corrupção, pois até então, a lei brasileira só permitia punir indivíduos por esses atos.

A finalidade primordial da lei anticorrupção é atingir as empresas e seus gestores, que eventualmente tenham praticado algum tipo de conduta ilícita em conluio com agentes da Administração Pública.

O conteúdo dessa temática é relevante para toda a sociedade, porque dispõe sobre os atos lesivos a Administração pública, a sua responsabilização administrativa, o processo administrativo, trata de acordos de leniência, Programa de *compliance* e aborda a responsabilização judicial de empresas e seus gestores que eventualmente tenham praticado algum tipo de conduta ilícita em conluio com agentes da Administração Pública.

Com esse procedimento em adotar essa visão holística e cooptar todos os atores principais para o processo de reforma anticorrupção, um país ou uma comunidade podem melhorar politicamente sua capacidade de manter a corrupção em níveis controláveis, mas nada disso pode ser feito sem uma liderança política

esclarecida e decidida, sem altos níveis de consciência ética e moral é apoio público e sem um setor privado motivado e bem liderado.

A corrupção há de ser contida, sob pena de que um grande número de pessoas das democracias emergentes ficar desiludido com a experiência dos Estados democráticos e começar a ansiar por tempos de maior certeza, então serão maiores as chances de que remédios velhos e fracassados sejam tentados uma vez mais, empobrecendo ainda mais suas vidas.

Para se ter uma ideia da amplitude do contexto-histórico e político do tema que transpassa e alcança os dias atuais basta consultarmos a Bíblia¹, e extrair diversas passagens que sugerem o desassossego, já naquele tempo, com os atos de improbidade pelos corruptos, senão vejamos:

“Não torcerás a justiça, nem farás acepção de pessoas. Não tomarás subornos, pois o suborno cega os olhos dos sábios, e perverte as palavras dos justos. Segue a justiça, e só a justiça, para que vivas e possuas a terra que o Senhor teu Deus te dá”. (Deuteronômio 16:19-20) ou “Os teus príncipes são rebeldes, companheiros de ladrões; cada um deles ama o suborno, e corre atrás de presentes. Não fazem justiça ao órfão, e não chega perante eles a causa das viúvas”. (Isaías 1:23)

A escolha do tema se deu como decorrência de observar como cidadão que o flagelo da corrupção, causados por atos de improbidade, representar, em maior ou menor grau, uma ameaça latente não somente para as instituições democráticas, aos direitos humanos, garantias e liberdades fundamentais, ao meio ambiente, mas também impede o nosso desenvolvimento e contribui sensivelmente para o aumento da pobreza de milhões de pessoas.

O procurador da República Deltan Dallagnol², que integra a força-tarefa da Operação Lava Jato, a mais explosiva ação integrada do Ministério Público Federal e da Polícia Federal já deflagrada contra desvios de recursos públicos ao se

¹ BIBLIA. Português. Bíblia sagrada. Tradução: Centro Bíblico Católico. 34. ed rev. São Paulo: Ave Maria, 1982.

² Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-corrupcao-nao-e-um-problema-de-um-partido-ou-de-um-governo-diz-procurador-da-lava-jato/> Acessado em 03/08/2015.

questionado o sobre o porquê o País chegou a esse estágio desenfreado de malfeitos e se o País já se conforma com a corrupção, respondeu que

A corrupção no Brasil remonta ao período colonial e a uma cultura de exploração. Padre Antônio Vieira, no sermão do bom ladrão, já dizia que os governantes não vinham de Portugal com o propósito de alcançar nosso bem, mas sim de alcançar nossos bens. Quando a família real aportou no Brasil, em 1808, fugida de Napoleão, não havia uma estrutura palaciana para a abrigar. Hospedou-se na Quinta da Boa Vista, então pertencente a um traficante de escravos, que foi agraciado com uma série de benefícios pela coroa. Acredito que nosso passado influencia, mas não determina, quem somos. Mais do que isso, acredito que podemos escolher quem queremos ser e que país queremos ter. As propostas do Ministério Público são fruto de uma aspiração por um país mais justo. A sociedade brasileira é senhora de seu destino, autora de sua história, e pode construir um Brasil melhor.

Consideramos que o tema se reveste de grande importância, pois pegue qualquer pesquisa sobre criminalidade e você verá que a presunção da impunidade é sempre um fator motivador para o criminoso. Quando essa motivação se dá na esfera dos crimes que envolvem práticas de suborno a agentes públicos, para a obtenção de vantagens de qualquer natureza, a quase certeza de que a punição – se é que vai acontecer, será branda, leva uma considerável quantidade de pessoas a avaliar a relação custo x benefício de corromper, ou se deixa corromper por um agente público, vale muito a pena.

“Se você lembrar cinco anos atrás, o nível de tolerância das pessoas com a corrupção não era esse. Esse índice está caindo e cada vez mais a sociedade tolera menos a corrupção”, diz o advogado Bruno Maeda, coordenador do comitê de *compliance* do IBRADEMP, o Instituto Brasileiro de Direito Empresarial.

Vivemos uma janela de oportunidade, afirma o Procurador da República Deltan Dallagnol³, para derrotar a corrupção como nunca tivemos em nossa história. Jamais a população esteve tão sensível, tão esperançosa e tão disposta a agir para alcançarmos as mudanças necessárias para nos livrarmos da corrupção e da impunidade, as quais caminham juntas. A experiência internacional nos mostra que

³Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-corrupcao-nao-e-um-problema-de-um-partido-ou-de-um-governo-diz-procurador-da-lava-jato/> Acessado em 03/08/2015.

é, sim, possível vencer a corrupção. Hong Kong tinha uma corrupção tão intensa como a brasileira e, na década de setenta do último século, adotou uma estratégia de combate à corrupção que inspira as 10 medidas. Sob gestão do Reino, essa estratégia levou Hong Kong a ocupar, hoje, a posição de 17º país mais honesto do mundo, no ranking da Transparência Internacional, estando 52 posições à frente do Brasil.

O presente trabalho é um incentivo a todos os cidadãos para a vivência da cidadania, pois contribui para a formação de uma sociedade civil mais consciente e mais engajada em cobrar do administrador, do agente público e dos políticos excelência na gerência do dinheiro arrecadado pelos impostos, dos bens adquiridos pelo Estado, dos bens públicos em geral e da imensa riqueza do País.

Ressaltamos que esta não será uma tarefa fácil e de alguma forma a corrupção ainda permanecerá muito tempo entre nós. Entretanto, não podemos permitir que continue, em razão da cobiça de uma minoria, uma governança irracional ditadas não pelas necessidades do bem-comum do povo, perturbando o desenvolvimento do setor privado e negando a dádiva da esperança que é uma necessidade humana fundamental.

Com a finalidade de pesquisar o tema nos propusemos a realizar a análise crítica qualitativa da lei nº 12.846/13, Lei Anticorrupção e fazer um paralelo com a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e analisar esses impactos nos atos de improbidade.

O nosso objetivo neste trabalho é avaliar a possibilidade do impacto na atividade administrativa, de forma a verificar as possibilidades de redução da improbidade, tendo o zelo específico de verificar os pontos de contato e convergências da lei anticorrupção e a Lei de Improbidade Administrativa, assim como verificar sua aplicabilidade e seus impactos na diminuição dos atos de improbidade.

O presente trabalho, no capítulo 1 baseia-se no reconhecimento da relevância da moralidade administrativa e, por inferência, da probidade e da ética, no ordenamento jurídico brasileiro como condição de validade da gestão pública. Não se entenderia o fenômeno da corrupção sem ir necessariamente na origem e na importância do conceito de ato de improbidade, da ética e da moralidade trazidos com um breve apanhado, os quais dão validade ao comportamento público.

Após essa abordagem geral sobre a improbidade administrativa, a ética é a moralidade o foco no capítulo 2 dar-se-á nos comentários à lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção, sancionada em 02 agosto de 2013, como uma resposta aos clamores da sociedade brasileira em meio à vasta corrupção espalhada por este país, bem como para atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção, abordando aspectos relevantes como a responsabilidade objetiva; os atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira; das sanções, do processo administrativo de responsabilização; da responsabilização administrativa; da responsabilização civil da pessoa jurídica; do Programa de *compliance*; do acordo de leniência e do Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP.

Os capítulos seguintes abordarão temas gerais relacionados a corrupção, a fim de procurar respostas a conclusão do respectivo trabalho. Os argumentos apresentados no capítulo 3 são os tipos de corrupção segundo o Ministério Público e no capítulo 4 algumas propostas do Ministério Público, um pacote com dez propostas que serão enviadas ao Congresso e visam melhorar o combate à corrupção. Entre as medidas, há um anteprojeto de lei para transformar em hediondos os crimes de corrupção que envolvam altos valores, elevando a pena máxima de 12 para 25 anos.

No capítulo 5 mostraremos o ranking da corrupção internacional que é divulgado desde 1995, onde através dele se mede a percepção da corrupção, divulgado em 2014 pela ONG Transparência Internacional, mostrando que o Brasil continua estagnado e se baseia em dados levantados por 13 instituições internacionais, entre elas o Banco Mundial, o Fórum Econômico Mundial, o banco

africano de desenvolvimento e consultorias como a ISH Global Insight, que estuda 203 países do mundo.

No âmbito do 6 capítulo se questiona se há como calcular custos decorrentes da corrupção política? As pesquisas colocadas nos mostram, sob uma perspectiva macro, os custos decorrentes da corrupção em geral, não só da corrupção política.

Ilustraremos no capítulo 7 os números da justiça brasileira e o quanto a Justiça brasileira é lenta, tem um custo alto e, mesmo com reforço de pessoal, tem se tornado ineficiente para concluir processos antigos.

Em complemento ao capítulo anterior abordaremos no capítulo 8 a problemática do foro privilegiado, esse visto como outra situação que tem contribuído para aumentar a corrupção por gerar o sentimento de impunidade, pois com este instituto jurídico, o órgão competente para julgar ações penais contra certas autoridades públicas - normalmente as mais graduadas nos sistemas jurídicos que a utilizam - é estabelecido levando-se em conta o cargo ou a função que elas ocupam, de modo a proteger a função e a coisa pública.

Antes da conclusão, no capítulo 9, trouxemos outro assunto julgado importante no escopo desse trabalho, o chamado quinto constitucional, visto na ótica como um fato em que a busca por uma vaga nos tribunais “transformou-se em disputa eleitoral,” como o poder Judiciário hoje sofre um total tráfico de influência, onde interesses os mais variados tentam predominar. Defendendo-se a ideia inovadora constante de proposta de emenda à Constituição (PEC 52/2015) que estabelece a exigência de concurso público — de provas e títulos — para ministros do STF, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do TCU, e também para escolha dos conselheiros dos Tribunais de Contas dos estados e dos municípios.

Compreendendo metodologia como um conjunto de atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo – conhecimentos válidos e verdadeiros – traçando o caminho a ser seguido,

detectando para isso erros e auxiliando as decisões do cientista. (Marconi e Lakatos, 2009).

Desta forma, esta pesquisa científica tem como premissa contribuir para a evolução do conhecimento humano. Assim, se sistematicamente planejada e levada a sério, desenvolvida e redigida conforme normas metodológicas consagradas, ao final, deverá produzir ciência. (Medeiros, 2005).

Considerando que um estudo de caso, em simplórios vocábulos, constitui uma inquirição empírica e constitui-se de estudo analítico de uma realidade observada, e levando-se em conta também que há três modalidades básicas nas quais esta pesquisa pode ser classificada quanto aos seus objetivos, tais sejam as três espécies: descritivo, exploratório e explicativo. (Cruz e Ribeiro, 2004).

Assim, quanto aos seus objetivos o labor acadêmico será exploratório, porquanto tem por vaze a pesquisa dogmática jurídica, baseada na lei, doutrina, jurisprudência e fatos jurídicos relacionados na mídia. A investigação dos princípios aplicáveis à Administração Pública, em especial, o princípio da moralidade administrativa e a definição do termo improbidade administrativa, assim como as demais consultas doutrinárias, foram realizadas, exclusivamente, por meio de pesquisa bibliográfica.

O presente estudo apresenta também, o caráter explicativo, porquanto não irá se limitar a descrever a realidade fática, mas sim procurar analisar de forma enfática as circunstâncias estruturais que deram causa ao encaminhamento do projeto de lei pelo Poder Executivo, que deu origem à Lei de Improbidade Administrativa, e sua tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, sendo realizada pesquisa documental na mensagem de encaminhamento do projeto de lei e nos sítios públicos das duas Casas Legislativas federais. Com relação à jurisprudência utilizada em todo trabalho, a atenção foi centrada nos sítios públicos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, quanto a sua finalidade, a pesquisa será aplicada, pois objetiva a produção de conhecimento que tenha aplicação prática e dirigido à solução de problemas reais específicos em nossa sociedade atual, onde a cultura da corrupção se tornou algo comum e evidente. (Silva e Menezes, 2001).

1. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Mesmo com todas as melhorias já alcançadas, com o advento da Constituição Federal de 1988, em especial no tocante as atribuições do Controle Interno e Externo, de competência da Controladoria-Geral da União e do Tribunal de Contas da União, respectivamente, e do Ministério Público não se consegue conter, com a eficiência desejada, os atos de corrupção que se proliferam como uma verdadeira praga no nosso Estado Democrático de Direito.

Os sucessivos escândalos sobre corrupção política⁴ são cada vez mais frequentes, reinando, com raras exceções, a impunidade, a despeito da existência no ordenamento jurídico pátrio de normas legais consideradas modernas, a exemplo da Lei nº 8.429/92, 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.

⁴ Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/04/entenda-operacao-lava-jato-da-policia-federal.html>: Deflagrada em 17 de março de 2014 pela Polícia Federal (PF), a Operação Lava Jato desmontou um esquema de lavagem de dinheiro e evasão de divisas que, segundo as autoridades policiais, movimentou cerca de R\$ 10 bilhões. A investigação resultou na descoberta de um esquema de desvio de recursos da Petrobras. Segundo a PF e o Ministério Público Federal (MPF), dirigentes da estatal estão envolvidos no pagamento de propina a políticos e executivos de empresas que firmaram contratos com a petroleira. Em 10 fases, a PF já cumpriu mais de 350 mandados judiciais, que incluem prisões preventivas, temporárias, busca e apreensão e condução coercitiva (quando o suspeito é levado a depor). As investigações policiais e do MPF podem resultar ou não na abertura de ações na Justiça. Ao todo, 19 ações penais e 5 ações civis públicas foram instauradas na Justiça Federal. O juiz federal Sérgio Moro, responsável pelos processos da Lava Jato na primeira instância do Judiciário, aceitou denúncia contra 82 pessoas. São alvo de ações as empreiteiras Camargo Corrêa, Sanko-Sider, Mendes Júnior, OAS, Galvão Engenharia e Engevix. Políticos investigados Até o ano passado, o foco das apurações estava em empreiteiras e funcionários da Petrobras. Em março deste ano, o ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu autorizar a abertura de inquéritos para investigar 50 pessoas, entre elas 48 políticos. Foram citados 22 deputados federais, 13 senadores, 12 ex-deputados e uma ex-governadora, pertencentes a cinco partidos, além de dois dos chamados "operadores" do esquema – o tesoureiro do PT, João Vaccari Neto, e lobista Fernando Soares, o "Fernando Baiano".

Recentemente a lei nº 12.846/13, passou a fazer parte do nosso ordenamento jurídico e dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, batizada como Lei Anticorrupção, que inova ao responsabilizar empresas por atos de corrupção, pois até então, a lei brasileira só permitia punir indivíduos por esses atos.

A Lei nº 12.846, conhecida como Lei Anticorrupção, não criou condutas novas, nunca antes tipificadas pelo Código Penal ou por legislação especial. Em outras palavras, não incluiu em seu rol de atos lesivos à Administração Pública conduta que anteriormente fosse considerada lícita e praticada por todos. Fraudar licitação, oferecer ou dar vantagem indevida a agente público, utilizar-se de interposta pessoa (“laranja”) para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade do beneficiário, já eram condutas consideradas ilícitas pelo Código Penal, pela Lei de Improbidade e pela Lei de Licitações⁵.

A novidade trazida por esse ordenamento é, de fato, a mudança de perspectiva dada pelo legislador no combate aos crimes contra a Administração Pública, substituindo o direito penal e a persecução do agente pessoa física, pelo direito administrativo sancionador, que visa à pessoa jurídica, ainda que continue a se valer de conceitos e instrumentos oriundos do direito criminal. Como dizem Pierpaolo Bottini e Igor Tamasauskas, em seu artigo “Nova Lei Anticorrupção vai estimular compliance”⁶, onde houver um corrompido, há sempre um corruptor interessado na prática espúria, e a nova lei tem como objetivo punir esse corruptor. Em realidade, o que se quer atingir, agora, é a empresa favorável a quem atuou como corruptor.

⁵ SELISTRE PEÑA, Eduardo Chemale. *Punição às empresas é diferencial da Lei Anticorrupção*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-26/eduardo-pena-punicao-empresas-diferencial-lei-anticorruptao>. Acesso em: 17/07/2015.

⁶ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-06/direito-defesa-lei-anticorruptao-estimular-compliance>. Acesso em: 17/07/2015.

Não há como dissociar-se a improbidade do princípio da moralidade, que deve ser observado como importante elemento para aferição da probidade, embora não seja o único⁷.

Importa atentar para o fato que da leitura do texto constitucional pode-se perceber que o conceito de improbidade administrativa difere do de imoralidade administrativa, estando o primeiro contido nos arts. 15, V, e 37, § 4º, e o segundo nos arts. 5º, LXXIII, e 37, *caput*.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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;(grifo nosso).

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

V - **improbidade administrativa**, nos termos do art. 37, § 4º. ;(grifo nosso); (grifo nosso).

“Art. 37 A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficácia [...]” (grifo nosso).

§ 4º 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. (grifo nosso).

Caberá, portanto, ao intérprete fixar as distinções entre tais conceitos. O STF ainda não o fez, mas, no âmbito doutrinário, podem ser encontradas essas definições. O professor José Afonso da Silva⁸, em abalizada lição, ensina que moralidade administrativa é definida como princípio da Administração Pública (art. 37 da CF/88), não podendo ser considerada moralidade comum, mas moralidade de feição jurídica. A probidade administrativa, por sua vez, é espécie do gênero, vez que é forma de moralidade administrativa, que mereceu especial consideração pela

⁷ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 47.

⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 652-653.

Constituição de 1988, que prevê a punição do ímprobo com a suspensão dos direitos políticos (art. 15, inciso V da CF/88), dentre outras sanções.

Outrora, para punir disciplinarmente os servidores envolvidos em corrupção, foi editada a Lei Federal nº 3.164/57, para sujeitar a sequestro os bens que tivessem sido adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, sem prejuízo da responsabilidade criminal que pudesse ser imputada. Criticava-se esse diploma legal por ele não esclarecer a extensão e o conteúdo da expressão influência ou abuso de cargo, função ou emprego público.

Após isso, editou-se a Lei Federal nº 3.502/58, também para regular o sequestro e o perdimento de bens de servidor público da Administração Direta e Indireta, nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função. As críticas foram, basicamente, as mesmas.

Tais leis representaram o pontapé inicial no caminho do combate ao enriquecimento ilícito provocado pela prática de atos de corrupção. No entanto, não conseguiram deter o avanço destes. Por seu turno, a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, editada com base no art. 37, § 4º, da CF/88, revogou as Leis nºs 3.164/57 e 3.502/58 e veio tutelar a “probidade administrativa”, de forma que os princípios insculpidos no *caput* do artigo aqui mencionado pudessem vir a ser obedecidos. O normativo regula sanções contra os atos de improbidade administrativa, os quais foram por ela classificados em atos que importem enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao Erário, que atentem contra os princípios da Administração Pública.

No que concerne aos destinatários do dever de probidade, o legislador ordinário transferiu para o “elemento humano da atividade administrativa a obrigação de cuidar para que os princípios constitucionais referidos no art. 37, *caput*, da Constituição tenham plena eficácia”⁹.

⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 37.

Os agentes públicos são os garantidores do dever de probidade, expresso diretamente no art. 4º da Lei de Improbidade: “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos”. A redação do dispositivo não deixa dúvidas quanto ao responsável direto dos atos de improbidade. A norma é dirigida expressamente aos agentes públicos, que devem zelar pela observância dos princípios aplicados diretamente à Administração Pública.

Cabe ressaltar, no entanto, que o artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa estende o pólo ativo do ato de improbidade ao particular que induza ou concorra para a prática do ato, ou dele se beneficie, mesmo não sendo agente público. “Sucedem que o artigo em referência teve a prudência de deixar expresso que as disposições da lei são aplicáveis, ‘no que couber’, ao terceiro”¹⁰, na medida em que há sanções que não são aplicáveis ao particular, como, por exemplo, a perda da função pública.

Passando, de outro lado, à análise da extensão dos efeitos do ato de improbidade, a probidade deriva dos valores sociais arraigados em uma determinada sociedade. Por isso, o ato de improbidade, apesar de atingir diretamente a Administração e ter características, a princípio, de ato *interna corporis*, tem repercussão em toda a sociedade, agredindo toda a ordem jurídica estabelecida¹¹.

O ato de improbidade denota, muitas vezes, a inobservância do exercício da função pública com objetivos públicos, que se resume no zelo pelo bem-estar social. Sendo assim, “a conduta do agente público ímprobo não deixa de entremostrear uma negação dos valores morais, presumidamente, norteadores da prestação de serviços públicos”¹².

¹⁰ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92*. 3ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 43.

¹¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 69-70.

¹² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71.

Entende De Plácido e Silva, aludido por Fazzio Júnior, que a improbidade é uma derivação da imoralidade. É ímprobo aquele que não procede bem; é ímprobo o mau caráter, “o transgressor da lei e da moral”¹³.

Neste sentido, a atuação proba de determinado agente é aquela moralmente aceitável, conforme leciona Délio Maranhão, citado por José Armando da Costa: “ato de improbidade é todo aquele que ofende as normas de moral que em certo meio e em certa época não se admite sejam violadas”¹⁴.

O termo improbidade a ser aplicado no âmbito da Administração Pública vai nesse mesmo sentido, significa o descumprimento do dever de honestidade para com o ente público, no entender de Gustavo Bugalho¹⁵.

Reconhecendo a dificuldade em estabelecer a distinção entre moralidade e probidade administrativa, Maria Sylvia Di Pietro também relaciona ambas as expressões com a ideia de honestidade na Administração Pública¹⁶.

Assim, quando a Administração Pública exige do administrado uma atuação proba, infere-se que “não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração”¹⁷. Ou seja, numa definição sintética, improbidade refere-se à atuação imoral e desonesta, que invalida o comportamento do agente público, com a violação dos princípios éticos essenciais à boa gestão da coisa pública.

A jurisprudência mais recente firmou entendimento pacífico no sentido da necessidade de demonstração do dolo nas hipóteses de ato de improbidade que importem enriquecimento ilícito ou que atentem contra os princípios da

¹³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71.

¹⁴ COSTA, José Armando da. *Contorno Jurídico da improbidade administrativa*. 2ª ed. rev. e amp. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 21.

¹⁵ BUGALHO, Gustavo Russignoli. *Improbidade administrativa: comentários à lei nº 8.429*. Leme: JH Mizuno, 2009. p. 17.

¹⁶ DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 695.

¹⁷ DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 695..

Administração Pública. Sendo “despicienda a configuração do elemento subjetivo doloso, contentando-se a norma, por sua literal redação, com a culpa” para enquadramento de condutas que causem prejuízo ao erário, conforme segue¹⁸:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. LICITAÇÃO IRREGULAR. HOMOLOGAÇÃO. DANO AO ERÁRIO NÃO COMPROVADO. VIOLAÇÃO DO ART. 10 DA LEI 8.429/1992 CONFIGURADA. (...) 3. A jurisprudência do STJ rechaça a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 – que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente – e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário.

Resta certo que não basta uma simples ação imoral para caracterizar o ato de improbidade e, conseqüentemente, a punição do agente: “a lei não pune o administrador incompetente, mas unicamente o desonesto”¹⁹. É razoável que o ato ímprobo derive de uma conduta grave e prejudique o interesse público²⁰.

A Lei nº 8.429/92 evidencia, por conseguinte, uma multiplicidade de situações que caracterizam a improbidade administrativa, e tem como principal foco a proteção do patrimônio público, no âmbito da Administração Direta, Indireta ou Fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Abrange, também, empresas incorporadas ao patrimônio público ou entidades para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Assim sendo, os atos da Administração Pública devem ser regados de Moralidade, porém nem sempre o que é legal é honesto, devendo aos agentes públicos distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto, e seguir não apenas a lei jurídica, mas também observar a lei ética da Administração.

¹⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. REsp 414.697/RO. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 25 mai. 2010. DJ 16.09.2010.

¹⁹ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 49.

²⁰ BUGALHO, Gustavo Russignoli. *Improbidade administrativa: comentários à lei nº 8.429*. Leme: JH Mizuno, 2009. p. 21.

Entende-se como atos administrativos, toda manifestação unilateral da Administração Pública, a qual, agindo como ato jurídico que tenha como finalidade imediata, adquirir, resguardar, transferir, declarar, modificar ou extinguir direitos aos administrados ou a si própria.

Neste sentido leciona Hely Lopes Meirelles, “o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto²¹.”

Em suma, “o ato de improbidade viola deveres, nega valores, ofende a legalidade, agride uma pluralidade de bens jurídicos, é imoral, já foi visto como mera infração disciplinar, depois como ilícito penal e, hoje, como ilícito civil e político-administrativo”²².

1.1 Relação entre a ética e a moral no campo filosófico.

Destartes, compreendemos que teríamos como entender o escopo central desse trabalho e o fenômeno da corrupção, sem estudarmos, mesmo que de forma sintética, definições a respeito da moral e da ética que mais se amolde à *práxis* da atividade política. Abordaremos sinteticamente nessas relações as principais

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Editora. Medeiros, 38º ed. 2012, pág. 90.

²² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 73. Fazzio Júnior define o ato de improbidade como “ilícito pluriofensivo, agride pessoas jurídicas públicas e privadas, pessoas naturais, categorias políticas, deveres sociais e valores”. (p. 73). O aspecto político-administrativo do ato de improbidade é extraído dos tipos de sanções estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa, nas palavras do autor: “Em contrapartida, se não se trata de ilícito penal, por igual não se confina ao parentesco exclusivamente civil. O caráter civil do ilícito aqui examinado não é puro. Efetivamente, a responsabilidade cogitada pelo art. 37, § 4º, da Carta Magna e disciplinada na Lei nº 8.429/92 não é puramente civil, dado que a perda de função pública, a proibição de contratações públicas e a suspensão dos direitos políticos atingem as esferas administrativas e política. Daí por que ao consórcio de penalidades civis, políticas e administrativas, torna-se viável adotar, para efeito de estudo, o epíteto responsabilidade civil e político-administrativa.” (p. 84).

correntes de filosofia moral que têm maior relevância histórica e podem trazer-nos respostas às nossas indagações²³.

Etimologicamente, a palavra “ética”, procedente do grego, significa “morada”, “lugar em que vivemos”, só posteriormente passou a ter como significado “o caráter”, o “modo de ser”; a palavra “moral”, por sua vez, procedente do latim “*mos*” ou “*moris*”, que a princípio significava “costume”, passou a ter também o significado de “caráter” ou “modo de ser”²⁴.

Corriqueiramente, fala-se em atitude ética para designar atitudes moralmente corretas, e não vale à pena no presente desse estudo diferenciar ou tentar impugnar um uso que já se faz tão difundido. Ética e moral têm significados etimológicos semelhantes, reportando-se a tudo aquilo que se refere ao modo de ser ou caráter resultantes da prática de hábitos bons. Destartes, no presente estudo, empregaremos os termos “moral” e “ética” indistintamente, apesar dessas distinções.

Imaginamos que é impróprio e não há como dissociar a ética e a política, pois então seria esse proceder o grande impulso para a disseminação da corrupção instalada, em larga escala, no âmbito político.

Essa vertente separatista inicialmente encontrou respaldo em Maquiavel, que enfocou em sua teoria que há um campo da política que é distinto do da ética. Muitos ocupantes do poder nos dias atuais querem sornateiramente dissociar a ética da política, para que os fins políticos desejados possam ser alcançados, razão pela qual priorizam as questões éticas numa espécie de segundo plano.

Na sua obra “O Príncipe”, Maquiavel encara a política não mais pensada em termos de ética e de religião, o que provocou uma ruptura tanto com o pensamento dos antigos clássicos greco-romanos, quanto com os valores cristãos da Idade

²³ Sobre a ética R. M. Hare acentua que: “A ética, ou filosofia moral, é o ponto no qual os filósofos chegam mais perto de questões práticas de moral e política. Desse modo, ela fornece uma grande parte da justificativa prática para fazer filosofia. Se, portanto, se puder mostrar que a filosofia da linguagem tem uma contribuição essencial a fazer para a ética, isso aumenta grandemente a relevância prática da disciplina. Mas é muito importante ter clareza a respeito de qual é essa contribuição.” (HARE, Richard Mervyn. *Ética: Problemas e Propostas*. Tradução Mário Mascherpe e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: Editora UNESP, 2003. p. 19)

²⁴Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%89tica>

Média. Inovando, assim, aos conceitos tradicionais que observavam atentamente a política como um campo de estudo dependente da ética.

A política passou a ser vista com mais realismo e ceticismo em sua clássica obra, pois o autor buscava demonstrar, em cada capítulo, para o Magnífico Lourenço de Médici, como a política deveria ser exercida e como tirar proveito da fortuna, da *virtù*, da força militar no exercício do poder.

A partir de então, passou a política a ser vista como uma realidade totalmente objetiva, e que, portanto, teria que ter leis próprias consentâneas com o cotidiano dos indivíduos. Destarte, para se conseguir poder pleno, legítimo e duradouro, as situações práticas faziam com que os meios justificassem os fins, mesmo que desconsiderando por completo questões éticas concernentes ao exercício da política. A partir daí, Maquiavel torna pública e memorável sua célebre e polêmica frase: “Os fins justificam os meios.”

Pensava o Imperador Napoleão I, herdeiro da Revolução Francesa, já naquela época, sobre as “Razões do Poder”, tendo apontado a política como o lugar onde ocorre o confronto entre o homem moderno e o destino. De fato, a política, historicamente, tem definido as condições para que o controle da sociedade se faça mediante o poder. Nessa linha, Henrique Cláudio de Lima Vaz, em sua obra intitulada *Ética e Direito*, coloca que:

Dessa sorte, na sua significação mais genuína e tal como a interpretou o gênio de Napoleão, a política no mundo moderno é um fazer na ordem da causalidade eficiente que, como o antigo destino, age sobre a liberdade do alto de um céu misterioso: lá o capricho dos Deuses, aqui as razões do Poder.

Modernamente, no Estado Brasileiro, temos visto que essas mesmas “Razões do Poder” são tomadas como parâmetro para justificar ações que permitam o exercício do poder. Destarte, para que este possa ser concretizado em sua plenitude, atingindo os fins colimados, a ética e o direito são marginalizados e desconsiderados, estabelecendo-se aí um constante clima de tensão entre o direito a ética e o poder.

Sob essa perspectiva, esse exercício irracional das razões do poder levamos a um jogo político com a implantação, em nosso País, de uma perversa corrupção, de difícil controle, que faz com que práticas corruptas sejam tidas como normais, não devendo ensejar qualquer tipo de punição, vez que são justificadas como necessárias ao exercício do poder político, generalizando e atingindo as bases fundamentais do Estado Democrático de Direito.²⁵

O que nos preocupa é o dizer popular “Rouba mas faz”, sendo uma total incoerência com a pretensão de instalação concreta de um Estado Democrático de Direito. Um projeto de poder, de governabilidade, deve, sim, estar em sintonia com a consistência das propostas em face das necessidades da população, e não com a troca de favores, com a instalação da corrupção, com a busca da impunidade.

1.2 A ética na política

Durante a antiguidade grega, já havia indagações com questões concernentes à moral e à honestidade. Cícero, por exemplo, em sua obra *De officiis*, afirmava que havia uma honestidade intrínseca, sustentando que aquilo que se contradiz com a honestidade não poderia ser útil ao homem que busca viver em conformidade com a norma natural do bem. Maquiavel, contrariamente ao que afirmara Cícero, colocou, mais realisticamente, que a honestidade, em si, é um mito e que, muitas vezes, faz-se necessário se libertar dela para exercer ações que a moral ordinária reprovava, com o fim de criar e manter condições de vida humana autêntica, fundamentada na liberdade e na certeza que só leis equitativas podem buscar.²⁶

²⁵ Canotilho acentua que “A idéia de um Estado domesticado pelo direito alicerçou-se paulatinamente nos Estados ocidentais de acordo com as circunstâncias e condições concretas existentes nos vários países da Europa e, depois, no continente americano. Na Inglaterra sedimentou-se a idéia de *rule of Law* (<<regra do direito>> ou <<império do direito>>). Na França emergiu a exigência do Estado de Legalidade (État legal). Dos Estados Unidos chegou-nos a exigência do Estado Constitucional, ou seja, o Estado sujeito a uma Constituição. Na Alemanha construiu-se o princípio do Estado de direito (Rechtsstaat), isto é, um Estado subordinado ao direito.” E continua, desta feita sobre o Estado de direito democrático, ensinando que: “O Estado constitucional responde ainda a outras exigências não integralmente satisfeitas na concepção liberal-formal de Estado de direito. Tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do <<direito>> e do <<poder>> no Estado Constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos.” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Disponível em: <<http://scholar.google.com.br>>. Acesso em: 17/07/2015).

²⁶ CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. v.1.

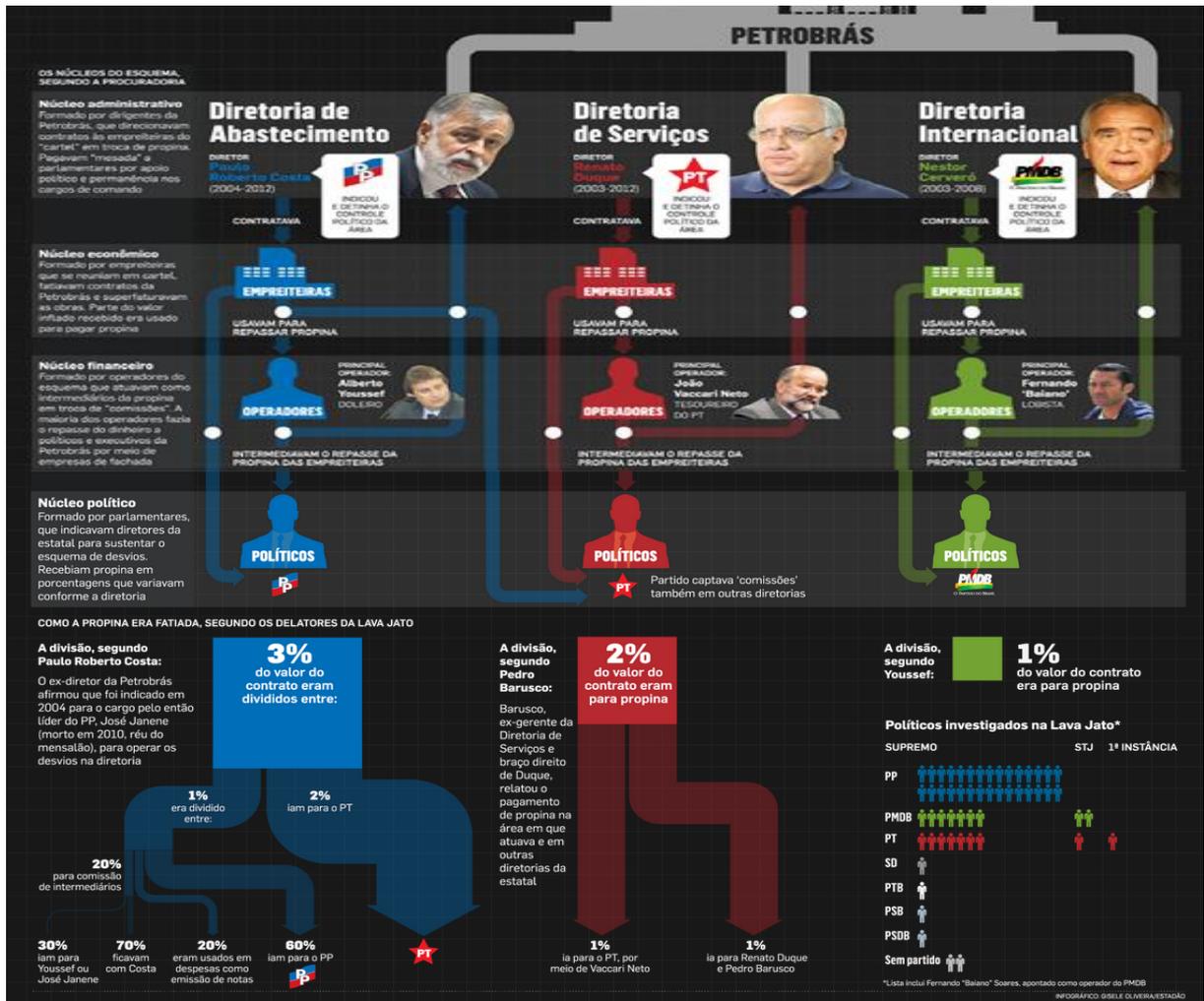
Afastada da moral e reduzida à técnica de exercício de poder legítimo, a teoria maquiavélica vem sendo, ao longo dos anos, veementemente criticada e tida como um modelo imoral de prática do poder. Tomando como exemplo o caso do Brasil²⁷, infelizmente, a prática política vem desde os tempos do Império seguindo à risca esse modelo imoral teorizado por Maquiavel, cnicamente tão criticado, mas seguido, mesmo que camufladamente. O que vemos hoje são escândalos e mais escândalos sem soluções jurídicas éticas e que dão margem, ante a impunidade reinante, ao cometimento de outras atrocidades éticas, tudo com a justificativa da manutenção e exercício do poder.

O escândalo da Operação Lava Jato, na prática, coloca-nos a refletir sobre uns problemas que as afirmações maquiavelianas encerram em si, quais sejam: o que se pode e o que não se pode fazer para atingir determinado fim? Se se pensa que o fim é justo, tudo se justifica?

A Operação Lava Jato, é o nome de uma investigação realizada pela Polícia Federal do Brasil, cuja deflagração da fase ostensiva foi iniciada em 17 de março de 2014, com o cumprimento de mais de uma centena de mandados de busca e apreensão, prisões temporária, preventivas e conduções coercitivas, tendo como objetivo apurar um esquema de lavagem de dinheiro suspeito de movimentar mais de dez bilhões de reais. É considerado pela Polícia Federal, como a maior investigação de corrupção da história do País²⁸.

²⁷ Disponível em: <http://rollingstone.uol.com.br/edicao/edicao-61/o-maior-problema-de-todos#imagem0>: “Se há reis ladrões, é questão muito arriscada. Certo é que os há e que não furtam ninharias. Quando empolgam, são como as águias reais, que só em coisas vivas e grandes fazem presa.”Atribuída ao jesuíta Manuel da Costa (1601-1667), a obra *A Arte de Furtar*, de 1652, foi oferecida ao rei D. João IV e a D. Teodósio, o príncipe do Brasil. Seus manuscritos, como sugere o título, não ensinam a roubar. Denunciam, todavia, que a malversação de dinheiro público era prática comum no Brasil Colônia – a corrupção veio a bordo das caravelas e ancorou-se na história do país desde o Descobrimento. Em 1516, empossado capitão da Costa Brasileira, o lusitano Pero Capico foi enviado pela coroa portuguesa à novíssima terra com a missão de evitar desvio de direitos reais sobre o comércio de açúcar, pau-brasil e escravos. A passagem é emblemática. Capico desembarcou pobre no Brasil e, dez anos depois, voltou rico a Portugal. Com muita ironia, o padre Antônio Vieira (1608-1697) também escreveu sobre os governantes coloniais: “Eles [*as autoridades*] chegam pobres nas Índias ricas e voltam ricos das Índias pobres”.

²⁸ Disponível em: Entenda o caso *lavajato.mpf.mp.br*. Visitado em 08/03/2015.



29

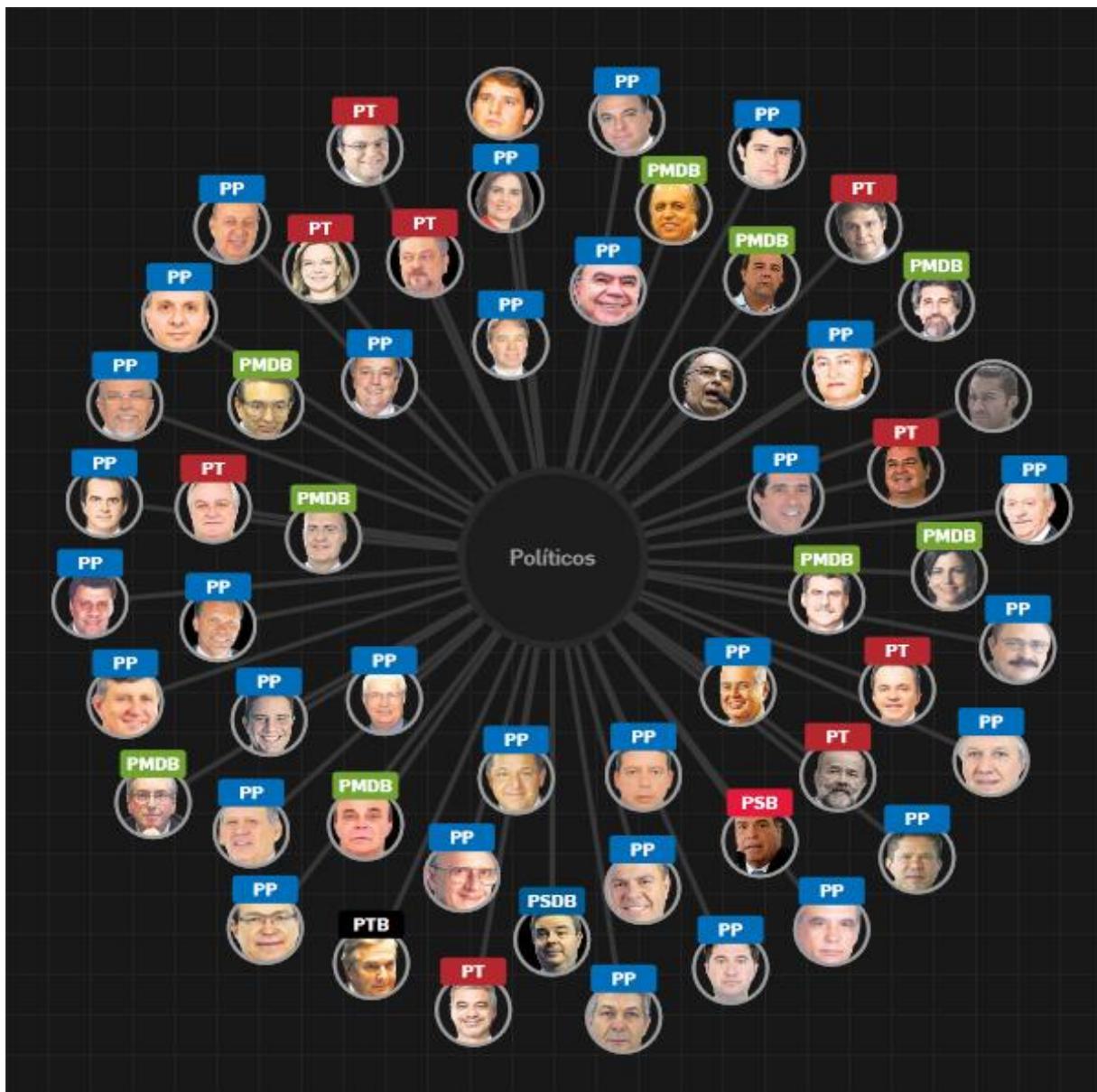
Em 6 de março de 2015, o ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal (STF) determinou a abertura de 28 inquéritos para investigar 47 políticos suspeitos de envolvimento na Petrobras. Na lista estão congressistas, senadores e deputados, supostamente envolvidos com o recebimento de propina da estatal, além

29

Disponível em: <http://infograficos.estadao.com.br/public/politica/operacao-lava-jato/esquema/acessado em 01/08/2015>

28

de dois operadores do esquema – o tesoureiro do PT, João Vaccari Neto, e lobista do PMDB Fernando Soares, o Fernando Baiano³⁰.



31

A ética e o decoro parlamentar foram novamente relegados, como em tantas outras vezes.³²

³⁰ Disponível em: Luciana Lima, Mel Bleil Gallo, Vasconcelo Quadros e David Shalom (6 de março de 2015). Lava Jato: confira a lista de políticos envolvidos em escândalo iG. Visitado em 10 de março de 2015.

³¹ Disponível em: <http://infograficos.estadao.com.br/public/politica/operacao-lava-jato/politicos/acessado> em 03/08/2015.

³² No Regime Presidencialista a adesão do parlamento às ações governamentais termina por ser costurada por interesses políticos e econômicos, o que desencadeia nomeações inadequadas, remanejamentos orçamentários contrários aos interesses públicos. Isso dá margem à ocorrência de

Nesse diapasão, como trataremos adiante, tanto os partidos de direita, quanto os partidos de esquerda, quando do exercício do poder, utilizaram, diante dos problemas concretos da política, meios antiéticos para atingir os fins desejados. Às vezes pensamos que estamos regredindo, pois diante de tantas lições obtidas com a história da humanidade, uma vez que a questão da relação entre a moral e a política é um antigo problema colocado à reflexão moral (tão antigo quanto à origem das sociedades políticas), ainda nos deparamos com desmandos e falta de ética numa atividade essencial para o Estado, e, por conseguinte, para toda a coletividade, que é a política.

Em sua obra “Elogio da serenidade e outros escritos morais”, Norberto Bobbio, ao falar sobre a solução dualística proposta, mesmo que não literalmente, por Maquiavel, segundo a qual “O fim justifica os meios”, colocou que o dualismo está baseado tanto nas ações finais, que têm valor intrínseco, quanto nas ações instrumentais, que têm valor enquanto servem para o atingimento de um fim determinado. Para ele não há teoria moral que não reconheça esse dualismo, referindo-se à distinção weberiana segundo a qual há ações racionais referidas a valor (*wert-rational*) e ações racionais referidas ao fim (*zweck-rational*). Dizia Bobbio que:

O que constitui o núcleo fundamental do maquiavelismo não é tanto o reconhecimento da distinção entre ações boas em si e ações boas não por si mesmas, quanto a distinção entre moral e política com base nesta distinção, quer dizer, a afirmação de que a esfera da política é a esfera de ações instrumentais que, como tais, devem ser julgadas não em si mesmas mas com base na sua maior ou menor idoneidade para o alcance do fim. Isso explica porque se falou, a propósito da solução maquiavélica, de amoralidade da política, que corresponderia, ainda que a expressão não tenha entrado em uso (por não ser necessária), à apoliticidade da moral¹: amoralidade da política no sentido de que a política, em seu todo, como conjunto de atividades reguladas por normas e avaliáveis com um certo critério de juízo, nada tem a ver com a moral como um todo, como conjunto de ações reguladas por normas distintas e avaliáveis com um distinto critério de juízo. Neste ponto, fica bem evidente a diferença entre uma solução como esta que estamos expondo, fundada na idéia de

uma corrupção considerada sistêmica, nas palavras de Niklas Luhmann. No Regime Parlamentarista a adesão às ações governamentais é permanente e por dever de ofício, vez que o primeiro-ministro ao levar a efeito intensas ações institucionais o faz de forma planejada, coordenada e conseqüentemente com a eficiência desejada, o que exclui ocorrências de pagamentos de mensalões, já que o cargo de primeiro-ministro exige maioria parlamentar.

separação e da independência entre moral e política, e que como tal pode ser chamada de dualística sem atenuação, e as soluções precedentemente examinadas, nas quais falta ou a separação, já que a política é englobada no sistema normativo moral ainda que com um estatuto especial, ou a independência, já que moral e política são diferenciadas, mas permanecem em relação de recíproca dependência³³.

Maquiavel enfatizou, numa passagem de “Discursos: Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio”³⁴, que “Quando é necessário deliberar sobre a saúde da pátria, não se deve deixar de agir por considerações de justiça ou injustiça, humanidade ou crueldade, glória ou ignomínia. Deve-se seguir o caminho que leva à salvação do Estado e à manutenção de sua liberdade, rejeitando-se tudo o mais.” Quis ele dizer com isso que “A salvação do Estado é a lei suprema (*salus rei publicae suprema lex*).”

Acreditamos que mesmo com essas dificuldades, a política não pode ser autônoma com relação à ética, pois isso provoca uma constante instabilidade social e uma perversão dos valores morais, de forma que tudo pode ser feito e até os mais escabrosos casos de corrupção passam a serem vistos com certo ar de normalidade não só no meio político, como também pela própria coletividade que, em última análise, é a maior prejudicada pela corrupção política. Daí o dizer popular “Rouba, mas faz”.

A partir de Descartes (século XVI) até o princípio do século XX, surgiu uma nova fase denominada de filosofia moderna na qual o estudo da ética (filosofia moral) girou em torno da consciência. Finalmente, no século XX, a filosofia contemporânea deu eco a uma virada lingüística, na qual o ponto de partida filosófico foi a exigência de sentido partindo da existência da linguagem e da fundamentação como fenômenos concretos e essenciais³⁵.

1.3 A ética política

³³ BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: UNESP, 2002. p. 71.

³⁴ MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos: Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 45.

³⁵ CORTINA, Adela. *Ética*. São Paulo: Loyola, 2005. p. 33.

Na época atual, ainda procuramos, constantemente, aquele “bem-viver”, proposto por Aristóteles na antiguidade clássica³⁶, onde o homem, como animal político, busca viver num meio comunitário justo e igualitário para a consecução de uma vida boa e feliz, com auto-realização (ética eudemonista). Mas, na prática, para muitos, diferentemente do que se pensava na antiguidade, a busca da felicidade não precisa estar associada com a moralidade (princípio constitucionalmente estabelecido). É aí que nasce o problema da corrupção política, à medida que, em geral, todos querem tirar o máximo de proveito pessoal enquanto estão no exercício da atividade política, mesmo que em detrimento do próximo, o que nos distancia cada vez mais daquele meio justo e igualitário idealizado por esse memorável filósofo grego.

O grande filósofo Aristóteles, deixou o entendimento de que não há como desvincular a ética da política, ao enfatizar que à humanidade uma lição no sentido de que o maior bem individual, que em sua opinião era a felicidade, só seria passível de ser alcançado em uma *polis* dotada de leis que fossem consideradas justas, e para que isso acontecesse os políticos, no exercício das atividades que lhes eram próprias, teriam que ser pessoas virtuosas, no sentido moral, agindo sempre com prudência na tomada de decisões³⁷.

Dos ensinamentos do Estagirita, vemos que, já naquela época, o filósofo expunha preocupações sobre a rotatividade dos cargos de agentes carcereiros, a conveniência da não acumulação de cargos e da renovação de mandatos, a não ser após longos intervalos, e mesmo assim só em alguns cargos. Depreende-se, então, que os inconvenientes da corrupção em geral, e mais especificamente da corrupção política, já eram vislumbrados de forma admirável naquela época.

³⁶ Na obra “Ética à Nicômaco”, o filósofo grego fez uma sistematização de padrões de comportamento éticos (catálogo das virtudes) a serem observados pelos cidadãos nos seus relacionamentos, a fim de se alcançar a excelência ética. Nesse sentido, para todas as ações existe um fim, que deve ser o nosso bem supremo, qual seja: a felicidade. Por meio dos diálogos os cidadãos poderiam exercitar seus comportamentos éticos e contraditar padrões de verdades e mentiras. Nas obras Aristotélicas, enfim, a ética diz respeito aos indivíduos e é considerada como uma parte ou um capítulo da política, antecedendo a própria política que vê o homem na sua dimensão social.

³⁷ CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. op. cit., p. 5.

A prática tem mostrado que a felicidade, para muitos agentes políticos eleitos representantes do povo, democraticamente, está, na maioria das vezes, relacionada diretamente com o alcance do poder político e a sua manutenção, mesmo que para isso seja necessário agir mal, fora, portanto, dos padrões morais desejáveis. Há que se alertar, no entanto, que a felicidade pode ser como que momentânea, mas trazer arrependimentos demasiadamente intensos.

Assim, no sentido aristotélico, fica cada vez mais claro que não trazemos em nós, desde o nosso nascimento, a característica intrínseca da virtude, ou seja, esta não nos é um produto natural ou imanente, mas decorre da prática de toda uma educação moral e cívica. Em outras palavras, pelo concurso da ação, baseada na educação, na maturidade e no hábito, é a própria prática que nos torna homens virtuosos.

Diante disso, concluímos, em relação às teorias filosóficas do bem e da felicidade, que, em geral, o homem em toda a sua história tem buscado realmente a felicidade. Mas, no exercício do poder político, cremos que não poderíamos chamá-lo de altruísta, mas, por que não dizer, egoísta, pois o que se procura é o benefício próprio e daqueles que compartilham dos mesmos interesses políticos, no mais das vezes escusos.

Após essas elucubrações sobre a teoria Aristotélica, damos um salto para os estudos kantianos³⁸, que, apesar de criticados, contêm teorias que se mantêm vivas

³⁸ Sobre a relação da liberdade com a virtude, ensina-nos Kant que: “O próprio conceito de virtude já tem como implícito que a virtude precisa ser adquirida (que não é inata); não há necessidade de recorrermos ao conhecimento antropológico baseado na experiência para percebermos isso, uma vez que a faculdade moral de um ser humano não seria virtude, não fosse ela produzida pela força da resolução do ser humano no conflito com poderosas inclinações opostas. A virtude é o produto da pura razão prática, na medida em que esta ganha ascendência sobre tais inclinações com percepção de sua supremacia (fundada na liberdade). Que a virtude pode e precisa ser ensinada é conseqüência já de não ser ela inata; uma doutrina da virtude é, portanto algo ensinável. Mas visto que não se conquista o poder de pôr na práticas as regras da virtude simplesmente se ensinando como se deve comportar, a fim de conformar-se ao conceito de virtude, os estóicos se limitaram a entender que a virtude não pode ser ensinada meramente por conceitos de dever ou mediante exortações, necessitando, ao contrário, ser exercitada e cultivada mediante esforços, com o fito de combater o inimigo interior dentro do ser humano, pois não se pode incontinenti fazer tudo que se quer fazer sem primeiramente ter experimentado e exercitado os próprios poderes. A decisão, contudo, para fazer isso tem que ser tomada de imediato e por completo, uma vez que uma disposição para ceder por vezes ao vício, com o propósito de escapar dele gradativamente, seria ela mesma impura e mesmo viciosa, não gerando, conseqüentemente, nenhuma virtude (a qual está

e aplicáveis, até hoje, aos problemas centrais da modernidade. Percebemos que também ele teoriza a busca da felicidade, mas ressaltando que para que a atinjamos havemos que ser dignos dela, isto é, a felicidade torna-se efeito do mérito. Quer-se atingir a boa vontade, ou a vontade boa que dá acesso à consciência do dever moral. A existência humana adquire, assim, uma finalidade moral. Mas essas finalidades morais não devem ser arbitrárias, mas categóricas, abrangendo, para isso, valores absolutos, não condicionais, não relativos a certos fins e desejos.

Mas o que vemos, na prática? As ações políticas vão, frequentemente, de encontro aos imperativos categóricos, à medida que os agentes políticos querem atingir o prazer e a felicidade independentemente da observância de regras éticas incondicionais e não suscetíveis das influências dos desejos individuais. Nessa linha, é ilusório esperarmos que ajam por convicções morais próprias, ou seja, tenham as leis morais relativas ao uso da coisa pública, como um imperativo categórico³⁹, tal como pensado na filosofia kantiana.

Kant, é importante que se diga, em “A Crítica da Razão Pura”, concordava com a concepção romana de que todos buscam a felicidade (*Omnes homines beati esse volunt*), mas para suportá-la teriam que estar convencidos de que realmente eram dignos dela, pois segundo ele o grande infortúnio que poderia advir para um homem era o menosprezo por si próprio. Nesse sentido, a felicidade obtida por meios escusos ou não condizentes com uma razão íntima seria, por assim dizer, uma falsa felicidade, pois estaria em desacordo com o nosso próprio eu.

Destarte, mesmo sendo o ser humano imbuído de uma racionalidade ética, não se pode assegurar que a moralidade lhe seja uma característica intrínseca. Demanda-se, então, a produção de normativos acerca da ética dos agentes políticos, produção essa que deve ser feita com a maior austeridade possível,

baseada num princípio único). (KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2008, p. 319-320).

³⁹ Kant fundamenta os princípios gerais da ação humana na razão prática, enunciada nos seguintes termos: “Age de maneira tal que a máxima de tua ação sempre possa valer como princípio de uma lei universal.” O argumento filosófico delineado ficou conhecido como imperativo categórico e, segundo ele, a nossa ação deve ser universal, ou seja, válida para todos.

sendo, também, legitimada pela vontade da população, que, em última análise, é a mais prejudicada pela corrupção política.

Vislumbramos, dessa forma, que para que os imperativos possam ser válidos no cotidiano do ser humano, não podem estar apenas incluídos como uma abstração na mente dos indivíduos, mas têm que ser consubstanciados em normativos. Imperativos devem ser, portanto, vestidos por características formais próprias. Essa é uma das missões da filosofia moral (ética) e da ciência jurídica, ou seja, pensar quais imperativos mais se amoldam à *práxis* política, para serem juridicizados e aí não só proporcionarem uma reprovação intrínseca, mas, propriamente, uma reprovação jurídica pública de ações fora dos padrões de moralidade.

Diante de uma situação que poderíamos até chamar de uma corrupção endêmica, não podemos esperar que os agentes políticos reconheçam, conscientemente, como seres racionais, os comandos morais concernentes às suas atividades, sem que haja necessidade do estabelecimento de normativos próprios da ética e da intervenção de instâncias de controle. Daí a necessidade de empreenderem-se reflexões cada vez mais profundas sobre o problema da ética na política, já que podemos dizer que se trata de uma atividade nobre que requer representantes imbuídos não só de uma ética de convicções (Kant), própria de cada indivíduo, mas de uma ética da responsabilidade (Weber) totalmente voltada ao interesse público.

Os comandos éticos relacionados com o trato da coisa pública têm que ser impostos e delineados de forma austera nas leis, sempre levando em consideração parâmetros imbuídos de uma ética da responsabilidade. O descumprimento dos normativos éticos deveria trazer sérias consequências para os infratores. A Lei de Improbidade Administrativa denota todo um comando ético para os agentes públicos (servidores ou não), mas padece, como veremos, de uma generalidade tamanha que, muitas vezes, não permite aos seus aplicadores discernir o que é ou não é a improbidade administrativa. Pensamos que os deveres éticos contidos nessa lei não

devem ser intuitivos, tampouco ter sentido ambíguo que dê margem a interpretações as mais diversas e incongruentes possíveis, levando à impunidade.

No decorrer da filosofia moderna, Descartes entendia que a condução ao imoralismo decorria da certeza de que há incompatibilidade entre moralidade e felicidade. A solução, então, seria remediar a inconstância dos espíritos fracos por intermédio da Lei, mesmo considerando que essas previsões legais pudessem suprimir as liberdades tão defendidas por ele.

Assim, diante da concepção preponderante no meio dos agentes políticos corruptos no sentido de que a felicidade tem que ser obtida a todo custo, mesmo que em detrimento da moralidade que se espera ver no decorrer de suas atuações como homens públicos, ratificamos que não há como fugir de leis de cunho ético que tomam por base muitos dos estudos empreendidos na área da filosofia moral. Mesmo que essas leis venham atentar, de certa forma, contra a liberdade humana, tão defendida por Descartes⁴⁰ e por Kant⁴¹, elas são extremamente necessárias, em especial no Brasil, onde os deveres morais a serem observados pelos homens públicos são comumente desconsiderados.

Com relação à ética utilitarista⁴², será que podemos esperar que o ser humano, em particular o agente político, seja capaz de renunciar à sua própria felicidade em prol da felicidade dos outros, aí entendidos como a coletividade?

⁴⁰ “[...] E eu punha entre os excessos, particularmente, todas as promessas pelas quais se suprime algo da própria liberdade. Não que eu desaprovasse as leis que, para remediar a inconstância dos espíritos fracos, permitem, quando se tem um bom propósito ou mesmo, para a segurança do comércio, um propósito que é apenas indiferente, fazerem-se votos ou contratos que obrigam a perseverar neles; mas porque eu não via no mundo nada que permanecesse sempre no mesmo estado, e porque, no meu caso particular, prometia-me aperfeiçoar cada vez mais meus julgamentos, e não torná-los piores, eu teria pensado cometer uma grande falta contra o bem senso se, pelo fato de aprovar então alguma coisa, me obrigasse a tomá-la como boa também depois, quando ela tivesse deixado de sê-lo ou quando eu tivesse deixado de considerá-la como tal.” (DESCARTES, op. cit., p. 13)

⁴¹ “As questões metafísicas, em Kant, tratam precisamente do que não posso conhecer. No entanto, não posso evitar pensar acerca do que não posso conhecer, por que isso refere-se ao que mais me interessa: a existência de Deus; a liberdade, sem a qual a vida seria indigna para o homem, seria „bestial”; e a imortalidade da alma. Na terminologia kantiana essas são as questões práticas, e é a razão prática que me diz como pensar a respeito delas. Mesmo a religião existe para os homens enquanto seres racionais „apenas dentro dos limites da razão.” (ARENDDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Rio de Janeiro: Reluma Dumará. p. 28)

⁴² CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. op. cit., p. 6.

Diante de tantos fatos históricos com o qual nos deparamos, cremos que essa renúncia e abnegação podem até acontecer, mas como fatos excepcionais.

A nosso ver, a regra é que poucos têm, verdadeiramente, a intenção de servir ao bem comum. Por isso, a noção de utilidade tão bem delineada pelos pensadores ingleses Jeremy Bentham⁴³, contemporâneo de Kant (1748 – 1832) e Stuart Mill⁴⁴ (1806 a 1876) parece-nos ser utópica, numa sociedade onde, sabidamente, os grupos não são compostos pela soma das partes, pois têm interesses bastante divergentes. Em sendo assim, não vislumbramos como a noção de utilidade possa servir de medida de valoração para o comportamento humano, mais especificamente para o dos agentes políticos.

Com relação às éticas da era da linguagem, teve Nietzsche como importante pensador dessa corrente. rompe com qualquer interpretação teleológica (de caráter providencial ou moral) da atividade prática humana, rejeitando, também, a fé na liberdade de vontade, pois para ele esta é, na verdade, representada pelos instintos naturais. Assim, no âmbito prático, nada pode ser realmente conhecido, vez que a *práxis* humana está impregnada de um mistério impenetrável⁴⁵. Observamos que se trata de uma maneira bastante interessante de ver a moral, utilizando-se a linguagem como forma de justificação prática dos juízos de valoração moral. Estes têm que ser validados e justificados enquanto juízos morais, de forma que saibamos quais são verdadeiros e necessários, e em que sentido o são.

No sentido do agir político, os normativos éticos previamente estabelecidos num determinado ordenamento jurídico têm que ter uma motivação sempre voltada para o bem da coletividade. Nessa linha, para agir moralmente, os agentes políticos não devem vislumbrar interesses particulares, mas, sempre, públicos. Agindo contra estes, estarão agindo contra a ética, conduta esta digna de reprovação legal e social.

⁴³ CORTINA, Adela. *Ética*. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 75.

⁴⁴ CORTINA, Adela. *Ética*. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 75.

⁴⁵ CORTINA, Adela. *Ética*. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 80.

No nosso sentir, mesmo diante do fato de a política ser uma ciência autônoma e detentora de uma lógica própria, a ligação entre o direito, a ética e a política não se pode romper, sob pena de se instalar um campo bastante fértil para a inobservância de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, com destaque para o princípio da moralidade.

Nesse contexto, os normativos jurídicos devem fazer uma interface entre política e ética, harmonizando-as, permitindo aos julgadores punir de forma austera, aqueles que ameaçam a moralidade e não abrindo espaços para a impunidade, que funciona como um incentivo para a prática de atos corruptos das mais diversas espécies.

2. APRECIÇÃO DA LEI Nº 12.846/2013 – LEI ANTICORRUPÇÃO

Movida pelo ímpeto de dar um basta à corrupção, a população brasileira foi às ruas em junho de 2013 reivindicando, de modo especial, ética, moral e integridade por parte dos governantes.

O Projeto de Lei nº. 6.826/2010 proposto pela Controladoria Geral da União em 18 de fevereiro 2010, com objetivo de assegurar garantias de lisura aos eventos internacionais a serem realizados no Brasil, foi aprovado na Câmara dos Deputados em maio de 2011. Porém, desde 2013 estava paralisado no Senado. Somente após inúmeros e intensos protestos realizados no mês de junho é que obteve regime de tramitação de prioridade e foi aprovado em 05 de julho de 2013, sendo transformado na Lei Ordinária nº 12.846/2013 em 02 de agosto de 2013.

A atual lei nº 12.846/2013, também chamada de lei anticorrupção, foi sancionada como uma resposta aos clamores da sociedade brasileira em meio à vasta corrupção espalhada por este país, bem como para atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção.

O referido diploma legal é constituído por sete capítulos e tem por escopo a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº. 12.846/2013 estão a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, o *compliance*, o acordo de leniência, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, bem como a rigidez das sanções. Todavia, ainda que a referida lei possa representar um passo importante, há diversos pontos que merecem mais atenção, como a ausência de regulamentação sobre critérios para aplicação de multa, fatos agravantes e atenuantes da pena imposta à pessoa jurídica, assim como rito e competência do procedimento administrativo.

Apesar de ser possível considerar a Lei nº. 12.846/2013 a regra mais severa que almeja o combate a corrupção, pelo fato de estabelecer sanções rígidas às pessoas jurídicas que praticarem atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, é necessário tecer comentários sobre o diploma legal sob análise a fim de que, após a devida regulamentação, não se trate apenas de mais uma lei presente no ordenamento jurídico que tenha por escopo a anticorrupção, mas sim de uma norma eficaz que combata frontalmente a corrupção.

2.1 Aspectos preliminares

É difícil estabelecermos uma conceituação universal da corrupção, já que esta tem diferentes conotações e matizes nas diversas partes do mundo. O termo envolve aspectos sociológicos, culturais, regionais e até uma certa tipologia de condutas, tais como corrupção endêmica, corrupção institucional, corrupção funcional e outras. Também é desafiador obtermos um conceito jurídico abrangente, sempre sujeito às naturais controvérsias no mundo do Direito.

No entanto, devemos, antes, apresentar breves comentários sobre as noções de corrupção e responsabilidade civil objetiva, bem como tecer algumas considerações sobre a legislação internacional que ampara a Lei brasileira.

Muitos são os escândalos noticiados cotidianamente pela mídia envolvendo atitudes antiéticas de gestores públicos, bem como de empresas que pactuam com a Administração Pública. O vocábulo corrupção é pronunciado e escrito com frequência nos meios de comunicação social. Inúmeras são as definições de corrupção existentes. Merece destaque a definição de Klitgaard (1994, p. 40), pela qual

corrupção é o comportamento que se desvia dos deveres formais de uma função pública devido a interesses privados (pessoais, familiares, de grupo fechado) de natureza pecuniária ou para melhorar o *status*, ou que viola regras contra o exercício de certos tipos de comportamento ligados a interesses privados.

Logo, é a busca por satisfazer exclusivamente interesses privados que intensifica a corrupção, ou seja, o comportamento oposto aos deveres da função pública.

Estudiosos do tema, como os professores Marco Petreluzzi e Rubens Rizek⁴⁶, em obra recente, elaboraram conceitos sobre o tema que poderiam ser sintetizados da seguinte forma:

corrupção é um desvio de poder, em que uma pessoa age, em conexão com qualquer ente público, com o propósito de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita de qualquer natureza.

Nesse sentido, corrupção envolve, portanto, uma interação direta ou indireta com o Poder Público.

O conceito internacional de corrupção tende a ser mais elástico e poderia ser entendido como um gênero de comportamento humano que contempla vários tipos de conduta. Os autores que acima citamos lembram que, numa perspectiva

⁴⁶ PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção, origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014. 112p.

ampla, diversos tipos penais encontrados no Código Penal brasileiro poderiam ser englobados como corrupção, tais como peculato, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, advocacia administrativa, tráfico de influência, exploração de prestígio e outros. Essas formas de conduta poderiam ser consideradas como corrupção *lato sensu*, diferentemente da concepção *stricto sensu*, definida no Código Penal nos Artigos 333 e 317 (corrupção ativa e corrupção passiva).

Como se sabe, a corrupção não é um fenômeno que ocorre somente no Brasil, mas também em países desenvolvidos - em que pese no Brasil a referida conduta seja bastante notória. Exemplo disso é o notório caso de *Watergate* ocorrido na década de setenta nos Estados Unidos, que revelou um esquema de corrupção pelo qual quatrocentas empresas americanas subornavam funcionários públicos pelo importe de trezentos milhões de dólares. Esse emblemático acontecimento deu origem ao *Foreign Corrupt Practices Act*, que foi aprovado pelo Congresso estadunidense em 1977, com a finalidade de proibir empresas de subornarem funcionário de governos estrangeiros, candidatos a cargos políticos e partidos políticos estrangeiros, visando auferir vantagens comerciais ou econômicas indevidas, bem como concretizar ou manter negócios.

Visando combater a corrupção, o Brasil, a exemplo dos demais países, a lei 12.846/2013 foi inspirada em compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, pois a corrupção está sendo considerada, hoje, um fenômeno transnacional, fruto da intensa globalização e que precisa ser combatida por todos os países. Nesse contexto, a edição da Lei 12.846/2013 atendeu a compromissos internacionais decorrentes de convenções ratificadas pelo Brasil que estabeleceram regras de repressão à corrupção internacional, quais sejam⁴⁷:

a) Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996

⁴⁷ SOBRE, MANUAL A LEI ANTICORRUPÇÃO – LEI 12.846/2013 COMO AS EMPRESAS DEVEM SE PREVENIR DAS SANÇÕES PREVISTAS POR ESTA LEI – O PROGRAMA DE COMPLIANCE, Conferência Nacional do Comércio, de bens e serviços e Turismo.

Em síntese, esta convenção declara que, entre seus vários propósitos, busca:

Promover o fortalecimento e o desenvolvimento, por todos os países, de mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, buscando a cooperação entre os Estados Partes, inclusive mediante mecanismos para garantir que *as sociedades comerciais e outras associações mantenham controles internos que permitam às empresas detectar a ocorrência de atos de corrupção.*

Vale destacar que, pela primeira vez na seara internacional, o setor privado foi convocado a colaborar com o combate à corrupção, embora ainda não tenha se explicitado a responsabilidade jurídica das empresas. Passou a prevalecer a ideia de que o combate à corrupção não é tarefa exclusiva do Estado, mas também da sociedade civil.

b) Convenção aprovada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 17 dezembro de 1997

As origens desta convenção remontam aos anos 1970, quando ocorreram vários escândalos financeiros nos Estados Unidos (EUA), a partir de ações corruptas de diversas empresas norte-americanas que repassavam propinas altíssimas a funcionários públicos estrangeiros. Atendendo a pressões da imprensa e da opinião pública dos EUA, o Congresso americano aprovou, em 1977, a Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), que criminalizou a prática de corromper e subornar agentes públicos estrangeiros, além de aplicar pesadas sanções monetárias a pessoas físicas e jurídicas diante da prática de atos de corrupção.

Por outro lado, atendendo a pressões políticas dos EUA, a Organização para a OCDE aprovou e adotou, em 1997, a *Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais*, mencionando expressamente, em seu Artigo 2º, a responsabilidade das empresas pela prática de atos corruptos de agentes públicos estrangeiros.

“Artigo 2º - Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.”

Como se verifica, essa responsabilidade empresarial, no âmbito desta convenção, foi limitada apenas à existência, no âmbito da empresa, de corrupção de funcionário público estrangeiro.

c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003

Esta convenção, ao destacar a necessidade de criar laços de cooperação entre os países para o combate à corrupção, registra, também, que as políticas para sua prevenção e erradicação são responsabilidade de todos os Estados, *com o apoio e a participação de pessoas e grupos que não pertencem ao setor público*. Ganha realce, mais vez, numa convenção internacional, a noção de colaboração entre os setores público e privado em relação a esse assunto.

Há um ponto importante na Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) que consta igualmente na Lei brasileira, como veremos a seguir: ela prevê, também, que os países estabeleçam normas para o setor privado relativas à adoção de medidas de natureza contábil e de auditoria, *especialmente controles internos para prevenir a prática da corrupção*, sob pena de sanções civis administrativas e penais no caso de não cumprimento dessas medidas, e outras providências voltadas para a transparência administrativa e financeira das empresas (Art. 12).

O conjunto dessas medidas denomina-se Programa de Compliance. A diferença é que na Lei brasileira essas medidas não são obrigatórias, porém são estimuladas, como forma de evitar a responsabilidade civil objetiva das empresas. Por sua vez, em seu Artigo 26, estabelece a Convenção da ONU, no que tange à responsabilidade civil das empresas ante a prática de atos de corrupção:

“Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados, de acordo com a presente Convenção.

Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.

Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilização penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos.”

Por fim, esse mesmo dispositivo declara que cada Estado Parte deverá impor sanções penais ou não penais eficazes, inclusive sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pela prática da corrupção.

Apesar de farta participação no cenário internacional de combate à corrupção, o Brasil não ofuscou sua imagem de nação corrupta em âmbito internacional e muito menos conseguiu se desvencilhar dessa imagem no território pátrio.

2.2 Considerações sobre a Lei nº 12.846/2013

A lei anticorrupção (Lei nº. 12.846/201) tem por objetivo sanar a lacuna existente no sistema jurídico brasileiro sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas que praticam atos ilícitos em desfavor da Administração Pública nacional e estrangeira, principalmente, atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos. É constituída por sete capítulos, quais sejam, I – Disposições Gerais, II – Dos atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, III – Da responsabilização administrativa, IV – Do processo administrativo de responsabilização, V – Do acordo de leniência, VI – Da responsabilização judicial e VII – Disposições Finais. Ao longo desse texto serão apresentados os principais aspectos polêmicos e problemáticos trazidos em seu bojo.

2.3 Responsabilidade objetiva

O padrão básico da responsabilidade civil é o da *responsabilidade subjetiva*, ou seja, a responsabilidade *com culpa*, que envolve a *ação consciente e voluntária de uma pessoa que pratica um ato danoso contra alguém. A pessoa quer praticar um ato danoso*. Mas pode envolver também o que chamamos de culpa

stricto sensu, ou seja, a pessoa não tinha a intenção de praticar o dano, mas praticou porque violou o chamado *dever de diligência*. As duas formas de culpa, ou seja, a culpa intencional e a culpa não intencional, estão previstas no Código Civil, no Artigo 186.

Já a *responsabilidade objetiva* se caracteriza pela ausência de averiguação de culpa do agente que provocou a lesão. Basta que se configurem três situações: a) a ação do agente; b) a existência da lesão; e c) o nexo causal entre essa ação e o resultado danoso. Essa noção de responsabilidade objetiva se consolidou a partir do desenvolvimento da teoria do risco, sendo o caso típico o dos transportes aéreo, marítimo ou terrestre, em que, na hipótese de ocorrência de um acidente no qual o passageiro é vítima, o transportador assume o risco e tem a obrigação de indenizá-lo, independentemente da existência ou não de culpa do condutor do veículo (Art. 734 do Código Civil).

Por outro lado, de acordo com o Artigo 927, Parágrafo único do Código Civil, a responsabilidade objetiva ocorre em duas hipóteses: a) quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar riscos; b) “*nos casos especificados em lei*”. Enquadra-se nesta última hipótese a Lei 12.846/2013, considerando-se que a responsabilidade civil objetiva da empresa ali prevista *decorre justamente da vontade legal*.

A responsabilidade civil objetiva, conforme visto, *é amplamente adotada no Direito brasileiro e incorporada, inclusive, à própria Constituição de 1988*, valendo citar a norma constitucional contida no seu Artigo 37, parágrafo 6º, segundo a qual as pessoas jurídicas de direito público, assim como as de direito privado, desde que sejam prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (Art. 37, parágrafo 6º).

Há outros exemplos na legislação infraconstitucional. Na área ambiental, a Lei 6.938/1981, Artigo 14, parágrafo 1º, determina que o agente poluidor, independentemente de culpa, deve indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente. Já no Código de Defesa do Consumidor (Artigos 12 e 14), há a

responsabilidade objetiva do fornecedor em relação a coisas ou serviços, se houver defeitos nos produtos fornecidos ou por deficiente prestação dos serviços.

Pode-se dizer que a principal novidade apresentada pela Lei nº. 12.846/2013 está em seu artigo 1º, a saber, a previsão legal de que será objetiva a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos atos lesivos praticados em desfavor da Administração Pública, nacional ou estrangeira. Vale destacar que a responsabilização de pessoa jurídica em decorrência de atos lesivos à Administração Pública não representa novidade exclusiva da lei anticorrupção. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que numa ação de improbidade, por exemplo, a pessoa jurídica pode figurar no polo passivo, ainda que desacompanhada de seus sócios, sendo responsabilizada com seu patrimônio pela prática de ato ímprobo (RESp. 970.393).

Pois bem. Ao lecionar sobre a responsabilidade objetiva, Cavalieri Filho (2008, p.137) afirma que

todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexos de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa.

Como a responsabilidade civil objetiva prescinde da culpa, restando comprovado o fato, o resultado e o nexos causal, a pessoa jurídica será responsabilizada. A mera configuração desses elementos ensejará a responsabilização da empresa, independente da pessoa natural que realmente tenha praticado o ato prejudicial à Administração Pública.

Essa regra envolve alguns conceitos, a saber:

I - A *administração pública nacional* compreende as esferas federal, estadual e municipal e contempla tanto a administração direta quanto a administração indireta, neste caso envolvendo empresas públicas, autarquias, fundações e sociedades de economia mista (vide definições contidas no *caput* do Artigo 37 da Constituição Federal e no Decreto-Lei 200/1967).

Por força da Convenção aprovada na OCDE, a Lei incluiu, também, como passíveis de responsabilidade os atos lesivos contra a administração pública estrangeira (Art. 1º).

II - *São pessoas jurídicas afetadas por esta lei* as empresas brasileiras, sejam elas sociedades empresárias ou sociedades simples, fundações privadas, associações de entidades ou pessoas ou sociedades estrangeiras que tenham sede no Brasil (Art. 1º, Parágrafo único).

III - *Uma empresa poderá sofrer a responsabilidade civil objetiva* quando alguém praticar, em seu interesse e benefício, ato lesivo à administração pública (Art. 2º). Aí se incluem dirigentes, gestores, prepostos, empregados em geral e até terceiros que estejam representando esses interesses empresariais e que sejam autores do ato lesivo (Art. 3º).

IV - Os dirigentes e administradores das empresas somente serão responsáveis *na medida de sua culpabilidade* (Art. 3º, § 2º).

2.4 Atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira

Destaca-se que as condutas previstas no art. 5º não são exclusivas e originais da lei anticorrupção, eis que já eram consideradas ilícitas pelo Código Penal, pela Lei de licitações ou pela Lei de Improbidade Administrativa.

De fato, não se passou a considerar ilícito ato que anteriormente era permitido e praticado pelas empresas. [...] A novidade é que enquanto, até hoje, salvo algumas exceções, a pena para atos de corrupção concentrava-se apenas na pessoa física, doravante, a pessoa jurídica passará a ser punida, e o será em razão de qualquer ato praticado em seu benefício, por qualquer empregado ou representante, ainda que não tenha concorrido ou concordado (PENA, 2013).

Para os fins da Lei 12.846/2013, atos lesivos são aqueles que atentam contra o patrimônio público nacional, contra princípios da administração pública ou

contra compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, definidos pelo Artigo 5º, conforme listagem a seguir. São três os grupos de atos lesivos:

1º Grupo – Atos de caráter geral:

Artigo 5º:

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

Esse dispositivo contempla o sentido estrito, técnico e tradicional de corrupção, tal qual previsto no Artigo 333 do Código Penal (corrupção ativa). A redação desse artigo é muito próxima, como veremos a seguir:

“Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.”

O agente público deve ser entendido como todo aquele que tiver cargos ou empregos na administração pública nacional direta ou indireta federal, estadual ou municipal.

Inciso II - financiar, custear, patrocinar ou subvencionar a prática de atos ilícitos previstos na Lei 12.846/2013.

Inciso III – utilizar-se de interposta pessoa, física ou jurídica, para ocultar ou dissimular seus interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

2º Grupo – Atos relativos a licitações e contratos administrativos:

Entramos aí na corrupção no seu sentido mais genérico, assim entendida como as condutas em geral que atingem a administração pública e os conceitos de moralidade administrativa. São os seguintes os atos acima referidos, transcritos da Lei 12.846/2014, artigo 5º, inciso IV:

- “a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais;
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública...”

3º Grupo – Atos praticados durante investigações de órgãos públicos

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

Uma das preocupações trazida pela Lei nº. 12.846/2013 consiste na abertura excessiva dos tipos estabelecidos em seu art. 5º, alíneas “a”, “b”, “c”, “d”, “e” e “f” o legislador ter se utilizado de elementos subjetivos, como “de modo fraudulento”– *consilium fraudis*. A lei se utiliza de condutas imprecisas, que permitem vastas compreensões, garantindo alto grau de subjetividade para a atividade hermenêutica dos intérpretes, o que ocasiona menos segurança jurídica. Os tipos abertos admitem o excesso de subjetividade na sua compreensão e podem prejudicar pessoas jurídicas em virtude das sanções serem intensamente graves e árduas (SANTOS JÚNIOR; PARDINI, 2014)

Dessa forma, caberá ao sujeito competente verificar a configuração do ato lesivo à Administração Pública no caso concreto e utilizar-se do princípio da razoabilidade no momento da aplicação da sanção.

No tocante a licitações e contratos, remetendo-nos à imprescindibilidade da comprovação do dolo específico do agente nesses casos, a lei buscou evitar a

irresponsabilidade de pessoas jurídicas por ausência de comprovação de elementos subjetivos, como a intenção de causar o dano.

Logo, não é necessário comprovar a culpa ou o dolo de agentes específicos, mas simplesmente a atuação genérica da empresa inclinada à fraude, sem necessidade de individualização de conduta ou comprovação do elemento subjetivo de pessoas a ela vinculadas.

Assim, ainda que não se comprove o dolo da pessoa física, a pessoa jurídica deverá ser responsabilizada pela lesão causada à Administração Pública nacional ou estrangeira.

A Lei nº. 12.846/2013 também é enfática ao afirmar que dirigentes e administradores que tenham concorrido para o ilícito praticado serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade, isto é, somente serão responsabilizados se restar comprovado que agiram com culpa ou dolo de lesionar a Administração Pública nacional ou estrangeira. No entanto, enfatiza-se que a responsabilização de dirigentes e administradores independerá da responsabilização (objetiva) da pessoa jurídica.

O Partido Social Liberal (PSL) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5261), no Supremo Tribunal Federal (STF), na qual questiona dispositivos da Lei 12.846/2013 (conhecida como Lei Anticorrupção) que responsabilizam pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos. Até a edição desta lei, somente as pessoas físicas podiam ser responsabilizadas por corrupção.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.261 DISTRITO FEDERAL. RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO. REQTE.(S) :PARTIDO SOCIAL LIBERAL – PSL. ADV.(A/S) :WLADIMIR SERGIO REALE. INTDO.(A/S) :PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ADV.(A/S) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. INTDO.(A/S) :CONGRESSO NACIONAL. ADV.(A/S) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. DECISÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE –LIMINAR – JULGAMENTO. DEFINITIVO.

1. Esta ação direta de inconstitucionalidade tem como objeto os artigos 1º, 2º, 3º, §1º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a

qual dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. A racionalidade própria ao Direito direciona a aguardar-se o julgamento definitivo.

2. Aciono o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868/99. Providenciem as informações, a manifestação do Advogado-Geral da União e o parecer do Procurador-Geral da República.

3. Publiquem. Brasília, 23 de março de 2015. Ministro Marco Aurélio

O partido pede liminar para suspender a eficácia dos dispositivos questionados e afirma que a urgência se justifica em razão do nível de insegurança jurídica coletiva das empresas brasileiras, sobretudo na manutenção da garantia da atividade econômica dessas pessoas jurídicas. O PSL afirma que a lei, ao adotar a Teoria do Risco Integral, violou os dispositivos constitucionais que estabelecem a não transcendência da pena (artigo 5º, inciso XLV) e asseguram o devido processo legal (inciso LIV do mesmo artigo).

Além de dolo ou culpa, entende-se que os seguintes critérios também devem ser observados para aferir a culpabilidade dos dirigentes e administradores que lesionaram a Administração Pública, a fim de proporcionar-lhes uma sanção adequada: (i) os motivos que os levaram à prática do ato; (ii) as circunstâncias e as consequências do ato lesivo; (iii) o comportamento concorrente da Administração Pública nacional ou estrangeira para o evento danoso; (iv) a reiteração da conduta do agente; (v) os riscos que a conduta danosa causou aos direitos da empresa; (vi) o montante do lucro auferido; e (vii) a colaboração do dirigente ou administrador durante a apuração do ilícito.

A observância dos critérios acima possibilitará a análise profunda da conduta do indivíduo, permitindo que se estabeleça de forma apropriada o grau de reprovabilidade do ato ilícito praticado e, em seguida, a aplicação adequada da sanção.

Dessa forma, é possível a seguinte afirmação: enquanto a pessoa jurídica é responsabilizada objetivamente pelos atos ilícitos praticados, os dirigentes e administradores da pessoa jurídica penalizada terão suas condutas analisadas sob o prisma da responsabilidade subjetiva, pois a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de quaisquer pessoas naturais.

Cumprе enfatizar que a citada conclusão não minimiza as inúmeras indagações que podem ser levantadas sobre o tema. Ao contrário, surgem algumas questões relacionadas à constitucionalidade da lei: “é plausível penalizar a empresa sem que haja comprovação de sua culpa? Não é possível que os funcionários pratiquem atos ilícitos almejando prejudicar a empresa? E quanto ao sócio investidor, que detém menor poder de administração, limitando-se a ter participação nas cotas da sociedade empresarial, será prejudicado por conta de funcionários ou de sócios que efetivamente praticavam a gestão da sociedade?”.

Vejamos. O alicerce da responsabilidade no ordenamento pátrio é a responsabilidade subjetiva, excepcionado quando há lei dispondo em contrário.

O Código Civil de 2002 dispõe que o empregador será responsável pelos atos ilícitos praticados por seus empregados, no exercício do trabalho que lhes competir (art. 932, III), bem como que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei (art. 927, parágrafo único).

A Constituição Federal, por sua vez, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, aduz que a lei poderá estabelecer a responsabilização da pessoa jurídica, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, §5º). Todavia, observando o ordenamento jurídico, em especial, a Lei do Sistema Financeiro (lei nº. 4.595/1964), a Lei da Concorrência (lei nº. 12.529/2011) e o Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que tais circunstâncias estão todas regulamentadas. Ademais, a nova lei anticorrupção empresarial não abrange os referidos assuntos, mas apenas os atos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Destarte, a possível discussão a respeito da constitucionalidade da lei paira no fato de que, em que pese a lei nº. 12.846/2013 tenha expressamente previsto a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, esta foi além dos limites previstos na Constituição Federal.

2.5 Das sanções

A sanção pode ter natureza civil, penal e administrativa e pode ser definida como a imposição de um mal àquele que não observa uma conduta prevista por uma norma jurídica.

A Lei nº. 12.846/2013 prevê a responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica. A responsabilização civil é a que melhor consegue atingir os anseios sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, já que o processo administrativo tem se demonstrado mais efetivo no combate às ilicitudes oriundas de contratos administrativos e procedimentos licitatórios, conforme dispõe o anteprojeto da referida lei.

Na esfera administrativa, segundo as prescrições do art. 6º da Lei nº 12.846/2013, as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas responsáveis pelos atos lesivos são multa e publicação extraordinária da decisão condenatória.

Já na esfera judicial, segundo o contido nos incisos I,II, III e IV, do art. 19 da Lei nº 12.846/2013, as sanções consistem em perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

2.6 Do processo administrativo de responsabilização

A Lei Anticorrupção dispõe que a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica mencionadas no paragrafo único do art. 1º da Lei nº 12.846/2013, cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos poderes executivo, legislativo e judiciário, que agirá de

ofício ou mediante provocação, observado o contraditório e a ampla defesa. Afirma, ainda, que a competência poderá ser delegada, porém veda a subdelegação⁴⁸.

No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União (CGU) terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento na Lei nº. 12.846/2013, para exame de sua regularidade ou para corrigir lhes o andamento, bem como para apurar, processar e julgar os atos ilícitos praticados contra a Administração Pública estrangeira, observado o disposto no art. 4º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais internacionais.

Artigo 4º - Jurisdição

1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, quando o delito é cometido integral ou parcialmente em seu território.
2. A Parte que tiver jurisdição para processar seus nacionais por delitos cometidos no exterior deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição para fazê-lo em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, segundo os mesmos princípios.
3. Quando mais de uma Parte tem jurisdição sobre um alegado delito descrito na presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para a instauração de processo.
4. Cada Parte deverá verificar se a atual fundamentação de sua jurisdição é efetiva em relação ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, caso contrário, deverá tomar medidas corretivas a respeito.

O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por dois ou mais servidores estáveis. O ente público, a pedido da

⁴⁸ Em 15 fases, a PF já cumpriu centenas de mandados judiciais, que incluem prisões preventivas, temporárias, busca e apreensão e condução coercitiva (quando o suspeito é levado a depor). Até o início de julho de 2015, o Ministério Público já havia feito 24 denúncias envolvendo 117 pessoas. As investigações policiais e do MPF podem resultar ou não na abertura de ações na Justiça. O juiz federal Sérgio Moro, responsável pelos processos da Lava Jato na primeira instância do Judiciário, aceitou denúncia contra 114 suspeitos. Ao todo, 24 ações penais e 5 ações civis públicas foram instauradas na Justiça Federal do Paraná. São alvos de ações penais as empreiteiras Camargo Corrêa, UTC, Mendes Júnior, Engevix, OAS e Galvão Engenharia. Respondem a ações civis públicas a Galvão Engenharia, Galvão Participações, Sanko Sider, Coesa Engenharia, Jackson Empreendimentos, Mendes Júnior Participações, Mendes Júnior Trading e Engenharia e OAS. Outras empresas, como Andrade Gutierrez e Odebrecht, são investigadas pela PF e pelo Ministério Público.

comissão, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive busca e apreensão. Cautelamente, a comissão poderá propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.

A conclusão do processo deverá ocorrer no prazo de cento e oitenta dias contados da data da publicação do ato que a instituir – podendo ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora – e, ao final, deverão ser apresentados relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas. De posse dos relatórios, o processo administrativo será remetido à autoridade instauradora para julgamento (art. 12).

A pessoa jurídica objeto de investigação terá o prazo de 30 dias para defesa, contados a partir de sua intimação.

No tocante ao processo administrativo de responsabilização, verifica-se que o legislador foi econômico em trazer normas disciplinadoras do processo administrativo sancionador da lei.

A primeira encontra-se na competência para instaurar e julgar os procedimentos administrativos. A Lei nº. 12.846/2013 não atribuiu competência a um único órgão dotado de conhecimentos específicos necessários, pelo contrário, delegou à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo possível, ainda, a delegação à competência concorrente da Controladoria Geral da União no âmbito do Poder Executivo federal, do que resulta uma infinidade de autoridades capazes de instaurar e conduzir os referidos processos, o que se espera ser delimitado com os vindouros decretos de regulamentação.

Essa infinidade de autoridades competentes se agrava ainda mais por incluir, geralmente, de ocupantes de cargos em comissão, ou seja, de nomeação política. A Lei nº. 12.846/2013 foi estereotipada como a Lei Anticorrupção

empresarial, no entanto, sabe-se que, muitas vezes, a prática da corrupção se inicia no agente público que, com frequência, fica impune a sanções. O fato de a decisão do processo administrativo ser proferida por indivíduo ocupante de cargo político e de a decisão não estar vinculada a parecer de servidores efetivos que integraram a comissão ocasiona certo desequilíbrio ao processo administrativo e em nada colabora para combater a corrupção.

Por essa razão, há quem diga que existem riscos de politização das instâncias administrativas na gerência da Lei Anticorrupção.

Como se pode notar, imensos poderes são outorgados às autoridades administrativas, as quais, no entanto, não gozam de autonomias institucionais, não têm independência funcional nem garantias constitucionais que lhes assegurem imunidades contra interferências políticas (OSÓRIO, 2014).

Assim, é previsível que a prática corruptiva continuará a se propagar nesse íterim, principalmente se a Administração Pública tiver algum interesse político e/ou econômico na pessoa jurídica sob julgamento ou, ainda, se a autoridade tiver sua campanha eleitoral financiada por determinada empresa.

A influência das empresas no poder público tem sido cada vez maior. Todavia, apesar da falta de mecanismos para que esse índice possa diminuir, há expectativa de possíveis melhoras.

O próximo passo é a vedação do financiamento empresarial [em eleições]. Se não conseguirmos que o financiamento público seja exclusivo, que ao menos ele seja público e de pessoa física. Mas com o teto bem baixo de contribuições individuais, algo como mil reais, para evitar que as pessoas sejam canais fraudulentamente para doações de grandes empresários. Com isso, há condições de eliminar o absoluto poder econômico nas eleições, que é a negação do princípio básico da democracia: um homem, um voto (HAGE, 2014).

Outra omissão da lei anticorrupção se trata da ausência de previsão recursal. É possível que a lei não tenha previsto a interposição de recurso administrativo por ser a autoridade máxima de cada órgão ou entidade a

responsável por instaurar e julgar os processos administrativos. Contudo, como leciona Jaloreto (2013),

sempre que houver concentração excessiva de poder de decisão sobre punir ou não punir, sobre decidir se um acusado é culpado ou inocente, estaremos diante das sutilezas características da natureza humana. Desvios de caráter e de conduta são possíveis, até sob certo ponto de vista, são previsíveis.

Entendemos que houve falha do legislador nesse aspecto. A lei reguladora do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (nº. 9.784/1999) dispõe no inciso X, parágrafo único de seu artigo 2º, que deverá ser observada a garantia do direito à interposição de recursos nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio. Para tanto, é mais do que necessária a aplicação subsidiária da Lei nº. 9.784/1999 a fim de que haja grau recursal para minimizar possíveis acordos ilegais entre a Administração Pública e grandes grupos econômicos.

De igual forma, verifica-se que a Lei Anticorrupção dispôs timidamente sobre a garantia do contraditório e da ampla defesa, limitando-se a estabelecer o prazo de 30 dias para defesa. Entendemos que, apesar da timidez da lei nº. 12.846/2013 a respeito da referida garantia constitucional, o princípio do contraditório e da ampla defesa é aplicado a todos os processos administrativos tramitados pela Administração Direta e Indireta da União, ainda que não haja disposição em lei específica, tendo em vista os arts. 2º, parágrafo único, X, 3º, III, 26, 28, 46 da LPA (MARRARA; NOHARA, 2009, p. 438).

Também é necessário tecer breve comentário sobre a possibilidade de prorrogação do término do processo administrativo. A lei nº. 12.846/2013 dispõe que o encerramento do processo administrativo deverá ocorrer no prazo de cento e oitenta dias; podendo ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora. Observa-se que o legislador não definiu o período da prorrogação, se será por mais cento e oitenta dias ou qualquer outro prazo que já poderia ter sido fixado por ele. Porém, o que não pode ocorrer é a pessoa jurídica ficar por tempo indefinido à mercê da autoridade competente. A investigação pela prática de atos

ilícitos de determinada empresa não deve ser perpétua, eis que durante o lapso da apuração dos fatos a imagem da pessoa jurídica é comprometida no mercado econômico.

Outro atributo a ser ressaltado da Lei Anticorrupção está em seu artigo 14, a saber, a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, entendimento admitido pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁹.

Da leitura do dispositivo supra, a desconsideração da personalidade jurídica configura uma exceção à regra geral de penalização de pessoa jurídica prevista no artigo 1º, caput e parágrafo único da Lei nº. 12.846/2013.

Nota-se que a Lei Anticorrupção está em sintonia com o artigo 50 do Código Civil Brasileiro. O instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi previsto para reprimir o abuso da personalidade jurídica, caracterizado quando há desvio da finalidade da pessoa jurídica, ou seja, exercício da atividade-fim da pessoa jurídica visando precipuamente o benefício dos sócios e administradores, ou confusão patrimonial, a saber, a ausência de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio particular dos administradores (DONIZETTI; QUINTELLA, p.80-81).

Para que seja aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, basta que tenha sido utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Dessa forma, se restar comprovado durante o processo administrativo que a empresa abusou da personalidade jurídica para encobrir a prática de atos ilícitos previstos no artigo 5º da Lei nº. 12.846/2013 ou, ainda, para provocar confusão

⁴⁹ “Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Licitação. Sanção de inidoneidade para licitar. Extensão de efeitos à sociedade com o mesmo objeto social, mesmos sócios e mesmo endereço. Fraude à lei e abuso de forma. Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. Possibilidade. Princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos.” (RO MS 15.166/BA. DJ 08.09.03. p. 262).

patrimonial, a autoridade competente deverá aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, visando coibir o abuso de direito e inibir a prática de fraude através de adulteração do instituto da personalidade civil. Ressalta-se que os sócios sem poderes de administração que não tenham contribuído para as condutas ilícitas não serão alcançados pela desconsideração, uma vez que o dispositivo prevê tal ressalva.

Em recente decisão do Supremo Tribunal Federal (MS 32.494-MC/DF)⁵⁰, o Ministro relator Celso de Mello suspendeu decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) que determinou a desconsideração da personalidade jurídica, fundamentando, sobretudo, no “periculum in mora”, reconhecendo, todavia, que a questão da possibilidade da Administração Pública determinar a desconsideração ainda é tema pendente de análise pelo Supremo Tribunal.

Por fim, destaca-se que a Administração Pública deverá informar o Ministério Público ao término do processo administrativo para apuração de eventuais delitos (art. 15). De acordo com o Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Arthur Lemos Júnior, até que se finde o processo administrativo, fatos importantes da investigação a ser realizada pelo Ministério Público poderão ser perdidos. Ademais, suscita que pode ocorrer de a Administração Pública e a Promotoria de Justiça estarem apurando o mesmo fato simultaneamente.

[...] Enquanto a administração pública está apurando, pode ser que o promotor de justiça também esteja. Se informasse antes, poderíamos fazer uma parceria. A lei poderia ter indicado essa comunicação. A lei não propicia uma investigação em força tarefa (Lemos Júnior, 2014).

Logo, verifica-se que o referido dispositivo legal não foi muito bem recebido pelos Promotores de Justiça.

50

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2832494.NUME.+OU+32494.DMS.%29%28%28CELSO+DE+MELLO%29.NORL.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NPRO.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/oew83r5>

2.7 Responsabilização Administrativa

Além da responsabilidade apurada na esfera judicial, a pessoa jurídica também poderá ser responsabilizada no âmbito administrativo.

Para que a pessoa jurídica possa ser sancionada na esfera administrativa é necessário que tenha praticado um ilícito administrativo. O ilícito será administrativo quando lhe houver atribuída alguma sanção administrativa, ou seja, uma medida aflictiva de caráter negativo, imposta pela Administração Pública como forma de resposta ao comportamento ilícito cometido (MELLO, 2007, p. 62-63). Logo, a responsabilização administrativa consiste na imposição de uma sanção ao infrator de um dever jurídico pela Administração Pública, penalizando-o em virtude da prática de um ilícito administrativo.

A Lei Anticorrupção introduziu os atos lesivos que ensejarão a aplicação de sanções administrativas, determinou quais as sanções administrativas aplicáveis à pessoa jurídica e estabeleceu alguns parâmetros para dosá-las. Contudo, cumpre ressaltar que a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas não constitui uma inovação na órbita jurídica, eis que algumas leis também possuem essa previsão, a saber, as Leis nº. 12.529/2011⁵¹, nº. 8.666/1993 e nº. 8.429/1992.

As sanções administrativas fixadas foram multa e publicação extraordinária da decisão condenatória, as quais poderão ser aplicadas isoladas ou cumulativamente e não excluirão a obrigação da reparação integral do dano causado.

Quanto à multa, o legislador limitou sua aplicação entre 0,1% (um décimo por cento) e 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, prevendo que nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação, e declarou que a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00

⁵¹ Enfatiza-se que a referida responsabilização já existia, inclusive, na lei anterior nº. 8.884/1994 abrogada.

(sessenta milhões de reais) quando não for possível utilizar o critério do faturamento bruto da pessoa jurídica.

Destaca-se que o parágrafo sexto do artigo 6º estabelecia que o valor da multa não poderia exceder o valor total do bem ou serviço contratado ou previsto. Porém, conforme Mensagem nº. 314, de 01.08.2013, o referido dispositivo foi vetado sob o argumento de que, limitada a penalidade, esta poderia se verificar insuficiente para punir de modo efetivo os infratores e desestimular futuras infrações, colocando em risco a efetividade da lei.

A Lei nº 12.846/2013 atua na prevenção, ou seja, busca, por meio de sanções elevadas, fazer com que a empresa se abstenha do ato de corrupção. Limitar o valor da multa ao valor integral do bem ou do serviço contratado seria um retrocesso, pois se a importância pactuada não representasse uma fração valiosa para o patrimônio da empresa, esta poderia continuar a propagar a prática corruptiva sem temer a aplicação de uma penalidade insignificante. Dessa forma, andou bem a Presidência em vetar o referido dispositivo.

É preciso salientar que um ponto obscuro constante na Lei nº. 12.846/2013 sobre multas encontra-se no artigo 24. A lei anticorrupção não aponta de modo preciso os destinatários dos valores arrecadados pelas multas pagas nem os destinatários dos bens perdidos pelas pessoas jurídicas sancionadas, limitando-se a afirmar que serão destinatários *preferencialmente* os órgãos e entidades públicas lesadas. Logo, caberá à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário determinar no caso concreto o receptor da multa arrecada.

No tocante à publicação extraordinária da decisão condenatória, o legislador consolidou que esta se dará na forma de extrato de sentença, as expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de

30 dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

O artigo 7º da Lei Anticorrupção estabelece os fatores que deverão ser analisados e sopesados quando da aplicação de sanções administrativas, a saber, a gravidade da infração, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação ou não da infração, o grau de lesão ou perigo de lesão, o efeito negativo produzido pela infração, a situação econômica do infrator, a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações, 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 e o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Cumprir mencionar que o inciso X do artigo 7º dispunha que também deveria ser levado em consideração o grau de eventual contribuição da conduta de servidor público para a ocorrência do ato lesivo. Contudo, tal dispositivo foi vetado, nos termos da Mensagem nº. 314, de 01.08.2013, sob a justificativa de que não havia sentido sopesar a penalidade aplicável à pessoa jurídica infratora em razão do comportamento do servidor público que contribuiu para a prática do ato lesivo à Administração Pública.

Entendemos que o veto presidencial foi adequado. A empresa deve ser sancionada em razão dos atos praticados unicamente por seu pessoal, ou seja, representantes, dirigentes, administradores e funcionários e, por essa razão, não deve obter qualquer espécie de benefício em virtude de eventual participação ou coautoria de agente público.

Pois bem. Conforme destacam Nohara e Marrara, a Administração Pública atua de acordo com o princípio da legalidade, o qual se apresenta sob as diretrizes da primazia da lei e da reserva da lei. Estas diretrizes, no âmbito sancionatório, determinam, entre outras coisas: “(1) que a Administração não aplique sanção

administrativa sem previsão em lei (*lex certa*); (2) que a Administração respeite o princípio da razoabilidade na fixação e aplicação das sanções” (2009, p.436).

A Lei nº. 12.846/2013 previu as sanções administrativas aplicáveis e elencou alguns critérios para dosar as sanções, balizando, parcialmente, o exercício da discricionariedade sancionatória. Porém, ainda que haja alguns parâmetros a serem levados em consideração, a análise do princípio da razoabilidade também se faz necessária no momento da cominação da sanção, a fim de atribuir à pessoa jurídica infratora uma medida repressiva adequada, necessária e proporcional.

Vale destacar que, embora o dever de sancionar seja vinculado, a dosimetria da sanção possui carga de discricionariedade quanto ao conteúdo da ação administrativa.

Como leciona Marrara (2012, p. 215),

há situações em que certa entidade pública é obrigada a praticar um ato (uma sanção, uma medida acautelatória, um ato normativo), porém detém margem de escolha quanto ao conteúdo desse ato. Em outras palavras, ainda que a prática do ato seja obrigatória (não havendo discricionariedade de ação), existe margem para escolha do conteúdo da ação. Esse tipo de margem de escolha quanto ao conteúdo frequentemente surge nas atividades administrativas de punição ou de controle prévio da atividade privada.

Destarte, restando configurada a prática do ilícito a autoridade administrativa competente terá de cominar a sanção à pessoa jurídica infratora, pois se trata de ato vinculado. Não obstante, a dosagem da sanção, ainda que balizada nos critérios trazidos pela Lei Anticorrupção e no princípio da razoabilidade, terá caráter discricionário.

Convém consignar que, para Carvalho Filho (p. 73), a aplicação da punição não constitui ato discricionário, eis que o administrador deverá proferir sua decisão de forma vinculada aos elementos do processo administrativo. Todavia, de igual forma, sustenta que para a correta aplicação da sanção é necessário observar o princípio da proporcionalidade.

Assim, no tocante à Lei Anticorrupção, para que a sanção administrativa aplicada à pessoa jurídica seja adequada, é imprescindível que a autoridade competente, sopesse, com razoabilidade, os critérios estabelecidos no artigo 7º do diploma legal.

Caso a Administração Pública aplique uma sanção desproporcional à empresa que praticou ato lesivo – por exemplo, uma penalidade mais grave do que exigiria o ato lesivo –, estaremos diante de um ato ilegal. Logo, o Poder Judiciário poderá anular o ato administrativo sancionador⁵², garantindo, assim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o controle de legalidade dos atos administrativos.

Quando da anulação do ato administrativo sancionador, o Judiciário não poderá substituir o administrador, rever o caso concreto à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e aplicar sanção mais branda. Caberá ao Poder Judiciário somente anular o ato sancionador e determinar à autoridade administrativa a aplicação de penalidade mais leve, cabendo a esta, por sua vez, realizar o exame dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e cominar uma penalidade menos severa compatível com a falta cometida⁵³.

Outro aspecto que deve ser analisado é o fato de a aplicação das sanções previstas na Lei nº. 12.846/2013 não afetarem os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes das Leis nº. 8.429/1992, nº. 8.666/1993 e nº. 12.462/2011.

Ao analisar os atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, verifica-se que as condutas ilícitas se assemelham, e muito, com os tipos previstos na Lei de Licitações, de Improbidade, de Defesa da Concorrência e do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). A título de exemplo, veja: o artigo 36, §3º, I, “d” da Lei de Defesa da Concorrência⁵⁴, o artigo 5º, inciso IV, alínea “a” da Lei

⁵² A 3ª Seção do STJ reconheceu a nulidade do ato sancionador por não observar o princípio da proporcionalidade e pela decisão administrativa não encontrar respaldo no conjunto probatório colhido no processo. (MS n. 13.091/ DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27.2.2008, v.u., DJU 7.3.2008).

⁵³ RMS 24.901, Rel. Min. Ayres Britto, RTJ 194/590; MS 24.803, Rel. Min. Gilmar Mendes, RTJ 214/371.

⁵⁴ Art. 36. 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

Anticorrupção⁵⁵, o artigo 10, inciso VIII, da Lei de Improbidade Administrativa⁵⁶, o artigo 88 da Lei de Licitações⁵⁷ e o artigo 47, inciso V, da Lei que institui o RDC⁵⁸ tipificam a mesma conduta, porém com sanções diversas. Por essa razão, vem sendo aventada a possível ocorrência do *bis in idem* e a conseqüente dúvida sobre qual norma deverá ser aplicada.

Entendemos que o artigo 30 da lei anticorrupção não deixou dúvidas acerca da aplicação conjunta de sanções previstas em seu bojo e de penalidades dispostas nas Leis nº. 8.429/1992, nº. 8.666/1993 e nº. 12.462/ 2011.

É sabido que a Administração Pública somente pode cumular sanções administrativas se houver previsão legal para tanto, o que ocorre no presente caso. Todavia, a cominação de sanções administrativas idênticas pela mesma conduta num mesmo procedimento sancionatório ou até mesmo em outro é terminantemente coibida haja vista o princípio da proibição do *bis in idem*. É o que leciona Marrara e Nohara (2009, p. 451),

a Administração somente está autorizada a cumular sanções administrativas quando houver autorização legal expressa. Em nenhum caso, poderá a autoridade aplicar duas sanções administrativas idênticas em razão da mesma conduta. Não poderá, tampouco, multiplicar os processos administrativos para sancionamento da mesma conduta, devendo extinguir o processo

que não sejam alcançados: § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

⁵⁵ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público.

⁵⁶ 7 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. 1º desta lei, e notadamente: VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

⁵⁷ Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação.

⁵⁸ 9 Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que: V - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato.

sancionatório novo quando a conduta que lhe serve de objeto já tiver dado causa a sanção administrativa do administrado ou do servidor público.

Assim, no tocante à Lei Anticorrupção, a autoridade competente deverá verificar se a infração cometida pela empresa também é punível por outras leis. Caso seja, em se tratando das Leis nº. 8.429/1992, nº. 8.666/1993 e nº. 12.462/2011, averiguar se não há sanção idêntica já cominada ou em processo de sancionamento. Se já houver, deverá extinguir o processo sancionatório. Se não houver, poderá iniciar o processo administrativo. Caso seja, porém se trate de outras leis, a Administração não deverá proceder à abertura de processo administrativo, eis que não há previsão legal de cumulação de sanções administrativas para demais normas, sob pena de caracterização de *bis in idem*.

Por fim, ressalta-se que se a conduta ilícita prevista na lei anticorrupção também for punível pelas Leis nº. 8.429/1992, nº. 8.666/1993 e/ou nº. 12.462/2011, mas com sanções de natureza diversa, não ocorrerá *bis in idem*, uma vez que há previsão legal de cumulação de sanções (art. 30, Lei nº 12.846/2013) e se tratam de sanções administrativas distintas.

2.8 Responsabilização civil da pessoa jurídica

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgão de representação judicial, ou equivalentes, assim como o Ministério Público poderão ajuizar ação com vistas à aplicação de sanções às pessoas jurídicas que praticarem os atos lesivos enunciados no artigo 5º da Lei Anticorrupção.

A rigidez das sanções previstas pela Lei nº. 12.846/2013 a fez ganhar ainda mais repercussão. No tocante à esfera judicial, as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas estão previstas em seu artigo 19 e consistem em repressões mais graves que serão aplicadas após decisão do Poder Judiciário, de modo isolado ou cumulativamente.

A penalidade mais grave aplicável à empresa prevista na Lei Anticorrupção, além do perdimento de bens e suspensão ou interdição parcial de suas atividades consiste na dissolução compulsória, também denominada de “pena de morte da pessoa jurídica”. Esta sanção somente será fixada se restar comprovado ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos ou ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Merece destaque o veto do parágrafo 2º do artigo 19. Este dispositivo estabelecia que a aplicação de três das sanções trazidas no artigo 19 dependeria de comprovação de culpa ou dolo. Porém, as razões apresentadas para o veto, previstas na Mensagem nº. 314, de 01.08.2013, foram que este dispositivo iria contrariar a lógica norteadora do projeto de lei, centrada na responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas que cometam atos contra a Administração Pública, o que anularia todos os avanços apresentados pela nova lei, uma vez que não há que se falar na mensuração da culpabilidade de uma pessoa jurídica.

Há divergência de entendimentos acerca da mensuração da culpabilidade de pessoa jurídica, tendo em vista se tratar de ente desprovido de vontade própria. Gomes (1999, p. 35-41) se posiciona no sentido de que, pelo fato de a pessoa jurídica não ser provida de consciência, não há como mensurar sua culpabilidade. Por outro lado, Tiedemann (1995, p. 21) afirma que é possível a aplicação da culpabilidade social à empresa.

Todavia, como dispõe Pinto (2014, p. 63): “Em relação ao uso da culpabilidade ao ente coletivo (ponto controvertido no Direito Penal), para o Direito Administrativo esta discussão não se aplicaria”. Costa (2010, p. 224) disserta que não há óbices para a utilização da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, exceto nos casos de penalidades muito onerosas, como o encerramento de suas atividades, porém, no tocante às pessoas naturais, a responsabilidade exigida é a subjetiva.

Dessa forma, verificamos que a lei anticorrupção foi disciplinada no sentido de responsabilizar objetivamente as pessoas jurídicas que cometam os atos ilícitos por ela tipificados. Assim, vincular a aplicação das sanções de (i) suspensão ou interdição parcial de atividades, (ii) dissolução compulsória da pessoa jurídica e (iii) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, à comprovação de culpa ou dolo, inserindo no centro da lei elementos da responsabilidade subjetiva, anularia todos os progressos que sua promulgação tem como finalidade.

Por fim, cumpre consignar que a lei anticorrupção não previu prazo para a sanção de suspensão e interdição das atividades da pessoa jurídica infratora. Logo, caberá ao magistrado analisar o caso concreto e determinar um período, atentando-se para os limites da razoabilidade.

2.9 Programa de *compliance*

O Programa de Compliance é a melhor fórmula que a empresa pode adotar para se prevenir contra a responsabilidade civil objetiva prevista na Lei 12.846/2013. Trata-se de providência utilizada internacionalmente pelas empresas em geral para se imunizar contra atos de corrupção praticados por seus dirigentes, empregados e representantes em geral e constitui importante mecanismo de governança corporativa para evitar as pesadas sanções legais. Não será, evidentemente, uma imunização absoluta, já que situações imprevisíveis podem ocorrer, apesar das medidas preventivas adotadas. Não obstante, tal programa reduz a incidência de atos lesivos à administração pública e será aproveitado como fator de mitigação de responsabilidade da empresa que estiver sendo processada pela prática dos atos previstos no Artigo 5º da Lei 12.846/2013.

O artigo 7º, inciso VIII, da Lei Anticorrupção enuncia 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 serão levadas em consideração no momento da aplicação das sanções.

Em outras palavras, a lei nº. 12.846/2013 está concedendo benefício de atenuação de pena às empresas que inserirem *efetivamente* procedimentos de combate à corrupção, como códigos de ética e de conduta, bem como canal de ouvidoria e de denúncia, a fim de prevenir a prática de ilicitudes e implantar uma mudança cultural no modo de agir das pessoas jurídicas que contratam com o Poder Público.

O ministro-chefe da Controladoria Geral da União (CGU), Jorge Hage (2014), declarou que

a lei vai contribuir com a mudança de atitude e mentalidade do empresariado brasileiro. (...) Percebemos o interesse das empresas em se preparar, em instaurar mecanismos de *compliance* [integridade] e códigos de conduta. Os empresários estão ansiosos para saber qual vai ser a exigência de administração pública.

Diante disso, verifica-se que há uma expectativa de que as empresas que pactuam com a Administração Pública se conscientizem aos poucos do efeito pedagógico e repressivo das sanções e, visando obter a concessão da atenuante prevista no artigo 7º, elaborem o programa de *compliance*, definido como “ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal” (MANZI, 2008, p.15).

Vale destacar que a prática de *compliance* já é utilizada por algumas empresas (p.ex. *Siemens*⁵⁹). A previsão de *compliance* na Lei nº. 12.846/2013 constitui um avanço direcionado à ética e à transparência das relações negociais entre a Administração Pública e o setor privado. Ademais, trata-se de um sinal de que a empresa deve adotar um determinado padrão de conduta compatível com uma boa-fé objetiva.

Tal programa deverá ser futuramente, regulamentado pelo Poder Executivo federal, conforme o Artigo 7º, inciso VIII e Parágrafo único da aludida lei que os

⁵⁹ “A Siemens implementou globalmente em 2007 um programa de fortalecimento da ética e integridade, interna e externamente [...] A área de compliance da Siemens já fez diversas investigações internas na empresa no mundo e, sempre que encontrou indícios de irregularidades, fez uma minuciosa apuração dentro da empresa e levou proativamente o tema às autoridades competentes” (SELHORST, 2014)

parâmetros de avaliação 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 serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo Federal.

Como leciona Carvalho Filho (2013, p. 58),

a formalização do poder regulamentar se processa, basicamente, por decretos e regulamentos. Nesse sentido é que o art. 84, IV, da Constituição Federal dispõe que ao Presidente da República compete expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Pelo princípio da simetria constitucional, o poder é conferido a outros Chefes do Poder Executivo (governadores, prefeitos, interventores) para os mesmos objetivos.

Por essa razão, o ministro-chefe da Controladoria Geral da União (CGU), Jorge Hage, afirmou que há receio de que os regulamentos estaduais e municipais venham a prejudicar a execução da lei, mas narrou que tem esperança de que os demais entes federativos aguardem a regulamentação federal e tomem-na como referência a fim de minimizar as discrepâncias e eventuais decisões arbitrárias. Todavia, nada impede que programas de compliance anticorrupção sejam formulados antes da edição do Decreto regulamentador da Lei 12.846/2013, embora não sejam obrigatórios, verifica-se que os Estados não compartilharam do mesmo entendimento, haja vista que o Estado de Tocantins regulamentou a Lei Anticorrupção por meio do Decreto 4.954, em 13 de dezembro de 2013 e o Estado de São Paulo também o fez através do Decreto 60.106, publicado no dia 30 de janeiro de 2014.

Apesar das regulamentações estaduais, as empresas aguardam ansiosamente os parâmetros a serem estabelecidos pelo Poder Executivo Federal para que possam se adequar perfeitamente ao dispositivo previsto na Lei Anticorrupção, estipulando regras para atuar com probidade empresarial, prevenindo condutas que violem os princípios da Administração Pública e, conseqüentemente, beneficiando-se da atenuante, caso venham a ser condenadas.

O Compliance anticorrupção, como observado, não está ainda difundido no Brasil, mas algumas empresas já estão compelidas a adotá-lo, especialmente quando elas se associam a outras empresas estrangeiras para fazerem negócios no Brasil, pois estas se acham obrigadas a observar uma regulação específica sobre o assunto, por pressão das Leis de seus respectivos países. A empresa que adotar tal programa deve elaborá-lo de forma estritamente técnica, com o auxílio de profissionais da área do Direito, de empresas de auditoria e de especialistas na área de gestão privada. Vale lembrar, pela experiência norte-americana, o rigor com que o Compliance é exigido nos EUA, ficando claro, pelas diretrizes estabelecidas pelo Departamento de Justiça americano em relação ao Principles of Federal Prosecution of Business Organizations (FCPA), que não serão aceitos meros “programas de papel”, e sim programas efetivos de prevenção à corrupção⁶⁰.

Não há “receita de bolo” para a elaboração de um programa de compliance, pois este varia de acordo com a dimensão, a complexidade e os objetivos das atividades empresariais. Tais programas também não devem ser onerosos e burocráticos, o que acabaria por inviabilizar a sua implementação. Vale, no entanto, a experiência internacional, da qual decorrem alguns princípios e procedimentos adiante mencionados⁶¹.

I – Suporte da Alta Administração da Empresa

A alta administração de uma empresa deve prestigiar uma cultura organizacional, deixando claro para seus empregados a necessidade do cumprimento de normas legais e éticas na realização de negócios (procedimento conhecido como *tone from the top*). Ou seja, a mensagem deve ser de comprometimento de seus dirigentes em relação a uma conduta ética da empresa, em paralelo à obtenção de suas metas comerciais. Em grandes corporações, essa mensagem não deve se originar apenas de sua matriz, mas também dos líderes locais de suas filiais e demais unidades.

⁶⁰ *Manual sobre a Lei Anticorrupção* – lei 12.846/2013 como as empresas devem se prevenir das sanções previstas por esta lei – o Programa de Compliance, Pag. 13.

⁶¹ *Manual sobre a Lei Anticorrupção* – lei 12.846/2013 como as empresas devem se prevenir das sanções previstas por esta lei – o Programa de Compliance. Pag 13.

Para tanto, seus dirigentes devem ser assessorados por uma equipe de confiança de executivos de elevado nível hierárquico que tenha autonomia para implementar todas as medidas necessárias ao Compliance, mediante contatos frequentes com os mais elevados órgãos de governança da empresa. A essa equipe deve ser assegurado livre acesso aos empregados em geral, para que eles, de forma confidencial, possam relatar irregularidades de caráter ético (é o que a Lei brasileira chama de canal de denúncias).

Os executivos devem comunicar à alta administração e aos auditores das empresas as deficiências verificadas nos controles internos e a existência de fraudes que envolvam a atuação de empregados e outros representantes que atuem em nome da empresa, entre outras irregularidades e ilícitos que encontrar.

II - Controles internos das empresas. Mecanismos de natureza contábil, avaliação da escala e volume de negócios, códigos de conduta e outras providências

Esses controles internos representam uma espécie de “exercício de autoconhecimento” da empresa por parte de seus gestores e envolvem diversos procedimentos de natureza contábil, jurídica e administrativa, podendo ser citados, a título de meros exemplos:

a) a aprovação de um código de conduta para seus empregados em que fiquem bem delineados os desvios de comportamento profissional;

b) controles contábeis eficazes que possam retratar fielmente o registro de transações, alienação de ativos e despesas em geral, com grau de detalhamento suficiente para satisfazer as necessidades de uma investigação decorrente da aplicação da Lei 12.846/2013. Nesse caso, é importante o requisito da transparência. Como exemplo, temos os brindes entregues a clientes, que devem ser registrados como tal, e não como “custos de marketing”. Da mesma forma, pagamentos referentes a desembaraço financeiro não podem ser embutidos genericamente como “custos de mercadorias vendidas”;

c) verificação dos contratos de patrocínio e das doações realizadas pelas empresas. Por exemplo, doações filantrópicas a Organizações não Governamentais (as ONGs) que podem ser meras receptoras de propinas pagas indiretamente a agentes públicos. Doações a partidos políticos e a candidatos a cargos políticos também devem ser verificadas;

d) as “transações sensíveis” devem ser selecionadas num contexto de maior percepção de ocorrência de corrupção;

e) avaliação da escala e do volume de negócios realizados pelas empresas nas diversas regiões em que atuar;

f) identificação dos processos e controles utilizados nas práticas de vendas ou para celebrar contratos e negócios em geral. Em particular, devem ser checados os desvios de conduta padrão, tais como descontos concedidos ou pagamento de comissões adicionais para a aquisição de bens ou prestação de serviços;

g) identificar as práticas utilizadas pelas empresas no oferecimento de presentes, viagens, cortesias ou convites para eventos de entretenimento.

III - Avaliação de risco de corrupção - As interações com órgãos governamentais. As cautelas a serem adotadas em caso de fusão e incorporação de empresas

Essa avaliação é um dos pilares centrais para a criação e implementação de um programa de compliance. Há que se realizar um mapeamento das áreas de atuação da empresa em que haja maior risco da prática de irregularidades, especialmente em que ocorram interações com órgãos governamentais, como, por exemplo, no setor que cuida da participação da empresa em licitações públicas. Portanto, há que ser diagnosticado o nível de envolvimento da empresa em negócios com o governo e entidades públicas.

Outros fatores internos da empresa também devem ser verificados, como o histórico de violações e investigações em relação a atos de corrupção e fraudes em geral, o nível de rotatividade de empregados em determinados setores e outras investigações que possam contribuir para um método de classificação de riscos da empresa, contribuindo, inclusive, para a prioridade na alocação de recursos financeiros destinados a prevenir a prática de atos ilícitos no ambiente corporativo.

O objetivo é agir de forma preventiva, e não reativa, antecipando-se a empresa na repressão a condutas de natureza corrupta. Devem ser aprofundadas as informações referentes ao relacionamento dos empregados da empresa com funcionários e autoridades dos governos municipal, estadual e federal e realizar análises de percepção de risco em áreas sensíveis, como, por exemplo, os setores financeiro e de tecnologia de informação.

Uma área de grande interesse para o Compliance deve ser, em determinadas empresas, o conhecimento sobre a forma como são obtidas licenças e autorizações governamentais, em que, muitas vezes, são utilizados despachantes e outros profissionais que lidam com tais assuntos.

Os riscos de corrupção devem ser avaliados também nos casos de fusão e incorporação de empresas (Art. 4º, § 1º, da Lei 12.846/2013), o que pressupõe um trabalho de “inteligência corporativa”, com estudos sobre o perfil da empresa-alvo, de seus executivos e de outros profissionais que exerçam funções relevantes, com utilização, inclusive, de bancos de dados públicos, sites existentes na rede mundial de computadores e demais pesquisas.

A avaliação de riscos de corrupção pode envolver recomendações no sentido de revisão do Programa de Compliance em regiões específicas de atuação da empresa ou em diferentes divisões ou departamentos, sempre com uma perspectiva de melhoria contínua desses programas. Por outro lado, essa avaliação deve ser conduzida de forma regular e periódica, em razão da dinâmica da própria empresa.

IV - Comunicação clara das políticas e procedimentos corporativos. Treinamento contínuo, especialmente em situações concretas

As políticas e procedimentos corporativos que visem prevenir a prática de atos de corrupção deverão ser comunicados periodicamente, de maneira clara, prática e acessível, aos empregados, prepostos e terceiros. O objetivo é estabelecer um nível de entendimento nas empresas suficiente para que tais iniciativas sejam consideradas eficientes e eficazes.

Os treinamentos sobre o assunto devem ser permanentes e sujeitos a atualizações e revisões, e devem se concentrar, de preferência, em situações concretamente vivenciadas no âmbito corporativo, o que envolve a identificação dos principais tópicos a serem abordados com os empregados, prepostos e representantes da empresa.

Os treinamentos presenciais devem ser priorizados, para melhor interação com os treinandos, esclarecimento de dúvidas e debates mais produtivos sobre situações corriqueiras nas empresas. A repetição dos treinamentos se justifica seja para introjetar permanentemente nos empregados e colaboradores as noções sobre as melhores condutas, seja pela própria evolução dos negócios corporativos ou pela mudança do cenário regulatório.

Comunicação e treinamento são, portanto, referências sempre apontadas em programas de *compliance*.

V - Monitoramento, auditoria e remediação. Formas para assegurar e certificar o cumprimento do Programa de Compliance

Trata-se de um conjunto de medidas de supervisão adotadas pela empresa, destinadas a:

a) saber se os destinatários estão efetivamente cumprindo as normas internas baixadas pelas empresas, incluindo avaliações pessoais, com entrevistas. Com efeito, de nada servirá o esforço para se conceber numa empresa regras e

demais medidas administrativas, se não forem efetivamente observadas no ambiente corporativo. Nesse contexto, avaliam-se, também, os mecanismos que permitam a comunicação de irregularidades a seus dirigentes;

b) identificar violações dessas normas, irregularidades e falhas em geral, aplicando-se, em casos graves, punições disciplinares;

c) detectar problemas com a devida antecedência, evitando-se que assumam proporções graves que possam prejudicar a empresa;

d) priorizar áreas em que o risco da prática de atos ilícitos seja maior, com realização de amostragem e escolha de prioridades em relação a setores que apresentem grande nível de exposição a violações;

e) sempre que necessário, corrigir rumos e deficiências e promover modificações de controles contábeis, financeiros e administrativos que não estejam funcionando, mediante testes de eficácia dos procedimentos de controle em vigor;

f) manutenção permanente de um canal de denúncias ou suspeitas com os empregados da empresa, inclusive de forma confidencial, permitindo notícias de possíveis infrações a serem investigadas;

g) preservação de possíveis fontes de evidências de irregularidades e seus respectivos documentos, propiciando ação ágil na apuração de fatos ilícitos.

VI - A análise de atuação dos terceiros que representam as empresas – Due Diligence.

A análise da atuação de terceiros intermediários que estejam agindo em nome da empresa em determinado negócio, tais como consultores externos e agentes de venda, denomina-se *due diligence*. Pessoas jurídicas utilizam-se de terceiros para a realização das mais variadas tarefas, tais como promoção e intermediação de vendas, obtenção de licenças, prestação de serviços jurídicos e outras, especialmente num contexto global, em que intermediários atuam em várias partes do mundo em questões comerciais financeiras, culturais e nas demais atividades. Em certos países, a depender da legislação, a atuação de terceiros em

nível local pode, inclusive, tornar-se obrigatória. Nesse caso, a proximidade do terceiro com funcionário público brasileiro ou estrangeiro deve ser alvo de observação num programa de compliance, para que se evite ao máximo o pagamento de vantagens indevidas ao agente público ou oferecimento de qualquer objeto de valor econômico. Também se deve ficar atento para que uma eventual comissão a terceiros não embute qualquer propina, como pode ocorrer, por exemplo, num contrato de consultoria externa. A possível imprecisão de registros contábeis sobre pagamentos a terceiros pode levar a suspeitas, por falta de transparência administrativa nos controles internos das empresas. Logo, as ações preventivas devem visar que as empresas celebrem relações comerciais com parceiros idôneos e qualificados, sendo a gradação do risco medida pelas características do negócio e até pela verificação do local onde o negócio será celebrado, considerando-se, por exemplo, elevados índices de corrupção em setores de determinados países nos quais se pretenda fazer negócios.

Citando exemplificadamente algumas situações, a análise do *Due Diligence* vai checar os fatores de risco, conhecidos como *red flags*, fazendo-se indagações, tais como se o terceiro é ou foi funcionário público, se o terceiro tem laços estreitos com funcionários públicos, quem recomendou a utilização de terceiros, qual a sua remuneração, qual a sua reputação no âmbito comercial, se ele tem histórico de envolvimento em atos de corrupção, a natureza do negócio que ele vai intermediar, informações sobre o colaborador da empresa em sites públicos, bem como procedendo-se a levantamento de cadastros individuais em que figure o nome do terceiro, o valor de seu patrimônio e possíveis indícios de enriquecimento ilícito, entre outras hipóteses.

Caso decida pela contratação do parceiro, após prévio critério seletivo, a empresa deve inserir, em contratos de prestação de serviços, cláusulas assecuratórias que evitem que o contratado aja em nome da empresa mediante prática de atos ilícitos, tais como realização de auditorias financeiras, rescisão imediata do contrato em face de atos inidôneos, compromissos de não violação de determinadas regras éticas e outras situações que forem peculiares ao contrato.

Portanto, aguarda-se a regulamentação federal que haverá de vir, bem como a regulamentação pelos Poderes Públicos estaduais e municipais que já está sendo objeto de decretos, rogando-se pela harmonia entre as regulamentações para evitar insegurança jurídica e possíveis dissonâncias no sistema jurídico brasileiro.

2.10 Do acordo de leniência

O acordo de leniência⁶² é previsto no artigo 16 da Lei nº. 12.846/2013 e muito se assemelha ao instituto da delação premiada previsto no Direito Processual Penal. Vale enfatizar que não consiste numa exclusividade da Lei Anticorrupção, uma vez que no ano 2.000 a antiga Lei Antitruste (Lei nº. 8.884/1994) inaugurou o referido instituto em seu artigo 35-B.

O Acordo de Leniência envolve um compromisso de colaborar com as investigações realizadas pela autoridade administrativa e apresenta também certa semelhança com o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

Trata-se do acordo celebrado entre a autoridade máxima de cada órgão e as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos lesivos à Administração Pública que tiverem colaborado de modo efetivo com a investigação e o processo administrativo. O aludido auxílio deve resultar na descoberta de outros envolvidos no ilícito e no alcance de informações e documentos que comprovem a infração apurado.

Os requisitos concomitantes para a celebração do acordo de leniência são a pessoa jurídica ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; a pessoa jurídica cessar seu envolvimento na infração

⁶² UTC procura governo para firmar acordo de leniência. Empreiteira havia feito uma primeira sondagem em janeiro. Agora, mandou emissários para afirmar que tem interesse em colaborar com as investigações. Depois de o executivo Ricardo Pessoa, dono da UTC Engenharia, ter celebrado um acordo de delação premiada e detalhar a participação de políticos no escândalo do petrolão, a empreiteira procurou o governo para também fornecer informações sobre o esquema de corrupção na Petrobras e evitar o risco de ser proibida de firmar contratos com a administração pública. A UTC ainda não fechou o acordo e negocia que tipo de informações pode ser suficiente para livrá-la da inidoneidade. Se a empreiteira concordar em colaborar com a Justiça, será a sexta empresa envolvida na Lava Jato a formalizar pedidos de leniência. Já encaminharam propostas para fornecer dados sobre o esquema do petrolão as empresas OAS, Galvão Engenharia, Engevix, SOG Óleo e Gás e a holandesa SBM Offshore. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/utc-procura-governo-para-firmar-acordo-de-leniencia>. Acessado em 17/07/15.

investigada a partir da data de propositura do acordo; e a pessoa jurídica admitir sua participação no ilícito e cooperar com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Em defesa da “Operação Lava Jato”, três entidades apresentaram ao Ministério Público de Contas preocupações em relação a possíveis acordos de leniência celebrados, neste momento, pela Controladora Geral da União (CGU) com as empresas investigadas. O procurador Júlio Marcelo de Oliveira, do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União, acatou a argumentação e encaminhou ontem (20) representação ao presidente da Corte, ministro Aroldo Cedraz. Entre os argumentos da representação, o procurador destacou⁶³:

que os acordos ferem “a divisão harmônica dos poderes e competência entre os diversos órgãos da República que estando uma operação em curso, conduzida pelo Ministério Público Federal com suporte da Polícia Federal, com amplas repercussões cíveis e penais, possa um órgão do Poder Executivo, com esfera de atuação muito mais limitada, atravessar a operação para celebrar acordos de leniência que tenham por substrato fático o mesmo conjunto de fatos já investigados pelo Ministério Público Federal”, explica.

Júlio Marcelo de Oliveira, Procurador do Ministério Público de Contas junto ao TCU, explica⁶⁴:

De fato, a Lei Anticorrupção não oferece resposta para o caso de atuação concorrente de dois órgãos legitimados para dar início as ações anticorrupção. Embora a lei não ofereça uma solução clara, ela pode ser deduzida da lógica do ordenamento jurídico. Tanto o Ministério Público Federal como a Controladoria-geral da União tem legitimação ativa para iniciar os procedimentos de responsabilização de pessoas jurídicas de direito privado. A CGU é legitimada para promover a responsabilização judicial tanto pela LAC, quanto por várias outras normas, como a Lei de Improbidade Administrativa, entre outras. Contudo é inegável que o escopo de atuação do Ministério Público Federal, como *dominis litis* da ação penal, como legitimado para ações de improbidade e para ações cíveis, como detentor de prerrogativas de investigação e de independência e autonomia, é muito mais amplo que o do CGU, órgão de controle

⁶³ Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/10650>, acessado em 10/07/15.

⁶⁴ Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/wp-content/uploads/2015/02/Representa%C3%A7%C3%A3o-J%C3%BAlio-Marcelo-Lei-Anticorrupt%C3%A7%C3%A3o-1.pdf>: acessado em 10/07/15.

interno, com espectro de atuação muito mais limitado, subordinado à Presidência da República, sem a independência e a autonomia necessárias para conduzir questões da amplitude e gravidade como essa com que depara o país na operação Lava-Jato, provavelmente o maior escândalo de corrupção do mundo em todos os tempos.

Esse instituto, até então pouco exercitado, começa a ter relevância no direito pátrio após várias delações de empresários na “Operação Lava-Jato”⁶⁵, tais como:

Um dos personagens mais importantes do escândalo do petrolão firmou acordo de delação premiada com o Ministério Público Federal. Júlio Faerman, lobista da construtora de navios SBM Offshore e pagador de propina a funcionários da Petrobras por mais de uma década, aceitou o termo de colaboração no dia 13 de maio. A informação, que até agora não havia vindo a público, consta do despacho que a ministra Rosa Weber enviou à CPI da Petrobras para garantir que Faerman mantenha-se calado no depoimento que deveria prestar nesta terça-feira. Por meio do acordo de delação, Faerman se compromete a revelar todos os atos ilícitos dos quais participou no esquema e a devolver os recursos ilegais que tiver obtido. Vários delatores do esquema de corrupção apontam Faerman como o responsável por pagar propina oriunda de contratos da SBM com a Petrobras. Em sua delação, o gerente da estatal Pedro Barusco chegou a admitir ter recebido propina de Faerman desde 1997 - inicialmente, de forma individual. Depois, já no governo do PT, de maneira "institucionalizada". Barusco também afirmou que o lobista providenciou o pagamento de 300.000 dólares para o caixa dois da campanha de Dilma Rousseff, em 2010. Como os recursos tiveram origem no exterior, a confirmação do episódio pode levar até mesmo à cassação do registro do Partido dos Trabalhadores.

Por meio do referido acordo, a pessoa jurídica obterá somente a isenção das sanções de publicação da decisão condenatória e de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, bem como a redução de dois terços do valor da multa aplicável por atos lesivos à administração pública (ou seja, aquela multa calculada na proporção de 0,1% a 20% sobre o faturamento bruto da empresa ou a multa calculada em reais, de R\$ 6 mil a R\$ 60 milhões (Art. 16, § 2º).

⁶⁵ Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/lobista-da-sbm-fecha-acordo-de-delacao-premiada>: acessado em 10/07/2015.

Segundo o Procurador da República Deltan Dallagnol⁶⁶, estudos sobre negociação ensinam que você só opta pela solução negociada, no caso o acordo de colaboração, quando essa solução é melhor do que a alternativa. Ou seja, compara-se a solução negociada ao que aconteceria caso não fosse feita a colaboração. A impunidade no Brasil é tamanha que a alternativa à colaboração, em grande parte dos casos, é a impunidade. Advogados renomados de colarinhos brancos conseguem protelar processos na Justiça até alcançar a prescrição, isto é, o cancelamento do caso penal pelo decurso do tempo. Quando é possível alcançar a impunidade completa, por que razão alguém faria colaboração, sujeitando-se a uma pena (ainda que reduzida) e a ressarcir os cofres públicos? No caso Lava Jato, existe um alinhamento muito grande de condições que indicam que não haverá impunidade: excelentes juízes, imparciais mas firmes, atuam da primeira à última instância, e há uma perspectiva de celeridade em razão da importância do caso. Se nosso sistema de justiça penal fosse efetivo, poderíamos ter várias Lava Jatos por todo o país.

MPF cobra empresas da Lava Jato⁶⁷:

O MPF ajuizou ações de improbidade contra empresas e executivos investigados pela Operação Lava Jato. Ao todo, o órgão cobra R\$ 4,47 bilhões por desvios de recursos da Petrobras. O montante envolve ressarcimento ao erário, indenização por danos morais coletivos e multa civil. São alvo das ações a Camargo Corrêa, Sanko-Sider, Mendes Júnior, OAS, Galvão Engenharia, e Engevix. Do total cobrado nas cinco ações, a maior parte corresponde a indenizações por danos morais coletivos – R\$ 3,19 bilhões. Outros R\$ 959 milhões dizem respeito a multas civis, enquanto R\$ 319 milhões correspondem a ressarcimento ao erário por desvios de recursos da estatal.

Segundo o MPF, as ações de improbidade, ao contrário das ações penais que já tramitam na esfera criminal contra os acusados, permitem que as empresas também possam ser punidas por eventuais irregularidades. Se aceitas pela Justiça, as ações de improbidade devem tramitar na esfera cível.

O órgão pede ainda a proibição de contratar com o poder público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou de crédito. Ficam sujeitas às sanções, ainda, empresas ligadas ao mesmo grupo econômico eventualmente condenado.

Conforme o MPF, as ações detalham a participação dos envolvidos no pagamento de propina para funcionários da Petrobras. Os valores

⁶⁶Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-corrupcao-nao-e-um-problema-de-um-partido-ou-de-um-governo-diz-procurador-da-lava-jato/> Acessado em 03/08/2015.

⁶⁷ Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/10650>: acessado em 10/07/15.

variavam entre 1% e 3% do total de contratos bilionários obtidos através de licitações fraudadas. Ainda conforme o MPF, o esquema perdurou entre os anos de 2004 e 2012, com pagamentos se estendendo até o ano de 2014.

Logo, a feitura do acordo de leniência apenas abrandará as penalidades a serem impostas à pessoa jurídica, mas não interferirá no dever de reparar integralmente os danos causados. Entendemos que, no caso de impossibilidade fática de reparação integral do dano, a autoridade competente deverá estabelecer condições que contribuam para o ressarcimento do dano pela empresa infratora, ainda que parcialmente e a longo prazo. Desse modo, se a pessoa jurídica autora da conduta ilícita tiver preenchido simultaneamente os requisitos para a celebração do acordo de leniência, fará jus à isenção de sanções e/ou redução da multa mesmo que tenha havido tão-somente reparação substancial do dano.

Também é necessário tecer comentários acerca do artigo 17 da Lei Anticorrupção, o qual visa conceder isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos artigos 86 a 88 da Lei de Licitações por meio de acordos de leniência. Partilhamos do entendimento de Machado (2014, p. 133):

O acordo de leniência é medida excepcional que relativiza o princípio da indisponibilidade do interesse público e, como tal, deve ser acompanhado de intenso regramento. No caso da Lei 12.846/2013, as sanções previstas são exclusivamente pecuniárias e, para os fins a que se destina, o desconto arrecadatário pode compensar o aprofundamento de investigação a ser realizada pelos órgãos de controle. No entanto, ao permitir a celebração de acordo de leniência nas hipóteses dos artigos 86 a 88, se está a abranger as penas de suspensão, impedimento e declaração de inidoneidade, cuja razão de ser é bastante distinta das penas de multa ou advertência.

Assim, pode ocorrer de autoridades imoralmente pactuarem a leniência apenas para romper com a aplicação de penalidades mais gravosas contidas na Lei de Licitações, o que, para nós, inviabiliza o zelo ao dispositivo em comento.

No despacho sobre a condenação de três ex-executivos da Camargo Corrêa na Operação Lava Jato, o juiz Sergio Moro defendeu que a empresa firme um

acordo de leniência com a CGU (Controladoria-Geral da União) para preservar empregos, considerando⁶⁸:

“as provas do envolvimento da empresa na prática de crimes, incluindo a confissão de seu ex-presidente, recomendo à empresa que busque acertar sua situação junto aos órgãos competentes, Ministério Público Federal, CADE, Petrobras e Controladoria-Geral da União”, escreveu o juiz. “Este juízo nunca se manifestou contra acordos de leniência e talvez sejam eles a melhor solução para as empresas considerando questões relativas a emprego, economia e renda”, completou.

Na sentença, ele afirma ainda que a Camargo “tem uma responsabilidade política e social relevante”. Até agora, seis das empresas investigadas demonstraram interesse no acordo com a CGU, mas nenhum foi firmado até agora.

A AGU tem defendido acordos os acordos como solução para evitar a quebra de empreiteiras e manter empregos. Membros do Ministério Público, porém, veem a medida com reservas, por temerem o risco de uma “anistia geral⁶⁹.”

A Advocacia-Geral da União entrou na Justiça para cobrar o ressarcimento dos danos causados aos cofres públicos por causa dos escândalos envolvendo a Petrobras. Segundo o jornal Folha de S.Paulo, o órgão pede a devolução dos lucros obtidos com os serviços prestados à Petrobras, ressarcimento de 3% do valor dos contratos e multa de até três vezes dessas cifras. Só no caso dos 3% esse montante chega a R\$ 187 milhões. Caso as empreiteiras não informem seus lucros, elas terão que pagar o valor integral dos contratos - R\$ 6,2 bilhões -, além de multa. Essa ação irá tramitar na Justiça junto de um processo movido pelo Ministério Público Federal contra empreiteiras. Ainda de acordo com o jornal, os alvos da AGU serão seis contratos da Mendes Junior com a Petrobras, mas outras empresas também devem ser investigadas. São elas Andrade Gutierrez, Odebrecht, Setal, UTC, MPE e KTY. O ex-diretor da estatal, Paulo Roberto Costa, também está na lista. A AGU acusa as construtoras de praticar cartel para conseguir obras na Petrobras e pagar propina.

Em conclusão, para encerrar o presente tópico é importante colacionar alguns obstáculos que podem tornar o acordo de leniência menos atraente. A Lei nº.

⁶⁸ Disponível em: <http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/189683/Moro-defende-acordo-de-leni%C3%A7%C3%A3o-para-protoger-empregos.htm>. Acessado em 27/07/2015.

⁶⁹ Disponível em: <http://www.redetv.uol.com.br/jornalismo/politica/agu-entra-na-justica-contra-empiteiras-para-cobrar-danos-de-escandalos-na>

12.846/2013 pecou em não contemplar possíveis efeitos penais do pacto, podendo o Ministério Público se utilizar das leniências para alcançar decretos condenatórios contra pessoas físicas e eventuais reparações de danos no âmbito civil. A Lei Anticorrupção também falhou em não disciplinar a extinção da punibilidade à pessoa jurídica infratora que efetivamente cooperar com as investigações e com o processo administrativo, limitando-se a estipular apenas redução da pena de multa aplicada.

De igual forma, não houve previsão de leniência dúplice no decorrer do processo administrativo quanto à infração que venha a surgir no decorrer das investigações. E, ainda, o fato de o acordo de leniência não impedir que o órgão ministerial promova ação judicial a fim de aplicar as sanções previstas no artigo 19 da Lei Anticorrupção (Marrara, 2013).

Destarte, verifica-se que o acordo de leniência almeja garantir a efetividade da colaboração realizada pela pessoa jurídica que praticou atos lesivos à Administração Pública, por meio da identificação de outros elementos envolvidos na infração e da obtenção célere de informações e/ou documentos comprobatórios do ilícito apurado, assim como o resultado satisfatório do processo. Contudo, ressalta-se que pode ocorrer de as empresas não se sentirem atraídas para pactuarem a leniência em virtude dos escassos benefícios que lhe serão conferidos.

2.11 Do Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP

No último capítulo da Lei Anticorrupção, capítulo VII, referente às Disposições Finais, foi implantado o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, no âmbito do Poder Executivo federal, responsável por reunir e dar publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo, os quais deverão informar e manter atualizados no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos artigos 87 e 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Em que pese a Lei Anticorrupção não tenha deixado claro qual a função do cadastro, observa-se que a pretensão do legislador foi agrupar e tornar públicas as sanções aplicadas pelo Poder Público às empresas responsabilizadas pela prática de atos lesivos à Administração Pública, bem como aos acordos de leniência celebrados, o qual deverá ser alimentado periodicamente pela autoridade competente de cada órgão.

Da leitura da lei, verifica-se que qualquer punição conferida à pessoa jurídica ensejará na inscrição de sua razão social no Cadastro Nacional de Empresas Punidas. Assim, resta claro que este procedimento visa desestimular a prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, uma vez que será divulgada a imagem da empresa como corrupta, tratando-se, portanto, de uma propaganda negativa para a pessoa jurídica ou, ainda, de uma espécie de rotulação de “empresa ficha suja”.

A instauração do Cadastro Nacional de Empresas Punidas repercutiu no empresariado brasileiro. As empresas que estão aderindo ao programa de *compliance* pugnam para que sejam concedidos méritos, como redução de juros em financiamentos, para aquelas que gozarem de boa reputação no âmbito empresarial (“fichas limpas”). Já as empresas que possuem ações na Bolsa de Valores estão mais receosas pelo fato de se restar configurada sua participação em atos lesivos tipificados na Lei Anticorrupção, o preço de suas ações será surpreendentemente reduzido.

O cadastro deverá conter razão social e CNPJ, tipo de sanção, data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso, e, após transcorrido o prazo do cumprimento do acordo de leniência, da reparação do dano causado ou aquele disciplinado no ato sancionador, os registros serão excluídos mediante solicitação do órgão sancionador.

Registra-se que o legislador não previu prazo máximo para a publicidade das informações constantes no CNEP. Assim, verificamos que, caso a delimitação do lapso configure faculdade da autoridade competente, há possibilidade de a empresa enfrentar arbitrariedades praticadas pelo administrador público,

ocasionando-lhe severas consequências até que a decisão administrativa seja revista na esfera judicial, as quais poderiam ser evitadas se o instituto e o prazo fossem disciplinados concomitantemente.

Além disso, cremos que a inscrição no Cadastro Nacional de Empresas Punidas deveria ter outra implicação legal. O CNEP não deveria apenas reunir e dar publicidade às sanções aplicadas às empresas que tenham praticado condutas ilícitas em desfavor da Administração, mas também servir como banco de dados de análise obrigatória para futuras contratações do Poder Público. Dessa forma, pessoas jurídicas que não tivessem sua “ficha completamente limpa” seriam impedidas de pactuar com a Administração Pública no âmbito federal, estadual ou municipal.

3. TIPOS DE CORRUPÇÃO SEGUNDO O MINISTÉRIO PÚBLICO

A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, dedicada exclusivamente ao combate à corrupção, tem como atribuição atuar nos feitos relativos aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei n. 8.429/92, nos crimes praticados por funcionários públicos ou por particulares (artigos 332, 333 e 335 do Código Penal) contra a administração em geral, inclusive contra a administração pública estrangeira. Ela também é responsável por atuar nos crimes de responsabilidade de prefeitos e de vereadores e nos previstos na Lei de Licitações.



70

Além disso, desde julho de 2014, mais de dez Núcleos e Oficinas de Combate à Corrupção foram criados em todo o Brasil. Cerca de 20 unidades do Ministério Público Federal contam com este tipo de estrutura, que constitui uma estratégia para tornar mais rápida e eficiente a atuação do MPF em processos relativos à corrupção. Há um esforço por parte do órgão para a implantação deste tipo de estrutura em todas as unidades da federação.

4. PROPOSTAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Nesse processo visando o combate a corrupção, o procurador-geral da República, Rodrigo Janot, lançou nesta sexta-feira, 20/03/2015, um pacote com dez propostas que serão enviadas ao Congresso. Entre as medidas, há um anteprojeto de lei para transformar em hediondos os crimes de corrupção que envolvam altos valores, elevando a pena máxima de 12 para 25 anos⁷¹.

⁷⁰ Disponível em: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/tipos-de-corrupcao>

⁷¹ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1605688-pacote-do-mpf-quer-aumentar-pena-e-tornar-corrupcao-crime-hediondo.shtml>

4.1 - Transparência e informação

- Ministério Público propõe que o número de processos e o resultado dos julgamentos sejam melhor divulgados.

- Quer que percentuais mínimos sejam destinados à publicidade de combate à corrupção e visa criar o teste de integridade, quando propina é oferecida a agentes públicos para se testar sua reação.

4.2 - Enriquecimento ilícito

- O MPF quer criminalizar o enriquecimento ilícito de agentes públicos e sugere pena de 3 anos a 8 anos de detenção

4.3 - Aumento das penas para corrupção

- Proposta cria faixas de valores para a corrupção. A pena mínima passaria de 2 anos para 4 anos e a máxima, no caso de crimes que envolvam mais de 10 mil salários mínimos, seria de 25 anos.

- A corrupção, em casos de mais de cem salários mínimos, também passaria a ser um crime hediondo.

4.4- Recursos processuais

- Prevê a possibilidade de encerrar processos quando recursos forem protelatórios, fixa prazo para a devolução de processos quando o magistrado faz pedidos de vista e permite a execução provisória de uma sentença após julgamento em tribunal superior.

4.5 - Celeridade na improbidade

- Institui acordos de leniência para casos de improbidade e cria varas especializadas no tema

4.6 - Prescrição penal

- Propõe regras que tornam mais difícil a prescrição de ações penais

4.7 - Nulidades

- Tenta evitar que pequenos erros na fase de investigação derrubem operações inteiras

4.8 - Partidos e caixa dois

- Tipifica o crime de caixa dois e visa responsabilizar partidos que fazem uso de tal prática, sendo possível a aplicação de multas, suspensão e cassação de registro de agremiações

4.9 - Prisão para devolução de dinheiro

- Prevê a prisão preventiva para permitir identificação e devolução de recursos desviados

4.10 - Recuperação do lucro do crime

- Cria o chamado "confisco alargado", permitindo que no caso de corrupção e tráfico de drogas todo o patrimônio não justificado possa ser confiscado.

O procurador da República Deltan Dallagnol⁷² integra a força-tarefa da Operação Lava Jato, a mais explosiva ação integrada do Ministério Público Federal e da Polícia Federal já deflagrada contra desvios de recursos públicos – o núcleo central da organização criminosa assumiu o controle de contratos bilionários da Petrobrás e distribuiu propinas a políticos e partidos durante uma década. alerta que

O Brasil precisa reconhecer que a corrupção não é um problema de um partido ou de um governo. “Ela é sistêmica”, afirma. Ele condena

⁷² Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-corrupcao-nao-e-um-problema-de-um-partido-ou-de-um-governo-diz-procurador-da-lava-jato/>

a partidarização do discurso “ou a crença ilusória” de que o País vencerá os malfeitos com a mudança de governos ou partidos. “Precisamos de sistemas e instituições saudáveis. A história nos mostra que a corrupção não tem cor ou partido.”(...) Ele quer o que chama de ‘um País mais justo’. “A corrupção sangra o nosso País”, adverte.

A respeito de qual será a maior dificuldade em implementar as dez propostas do MPF, O Procurador Federal Deltan Dallagnol⁷³, citou....

A primeira é a passividade. Martin Luther King, ativista americano pela igualdade racial, dizia que sua maior preocupação não era a maldade dos maus, mas o silêncio dos bons. Se queremos um país melhor, a saída não é ficar reclamando e esperar que ele caia dos céus. Devemos arregaçar as mangas e fazer nosso melhor para que ele aconteça. Hoje a sociedade tem, mais e mais, essa percepção, e estou impressionado com o engajamento na colheita das assinaturas para as 10 medidas. Gente de todo lado do país está fazendo isso. A segunda é a partidarização do discurso ou a crença ilusória de que resolveremos o problema da corrupção com a mudança de governos ou partidos. Precisamos de sistemas e instituições saudáveis que impeçam a corrupção independentemente de quem está no poder. O que a história nos mostra, aliás, é que a corrupção não tem cor ou partido.

5. O RANKING DA CORRUPÇÃO

Luís de Sousa⁷⁴ agrupa as causas da corrupção em quatro dimensões: níveis de desenvolvimento; processos de modernização; cultura cívica; e qualidade das instituições.

Robert Klitgaard⁷⁵, sobre o tema da corrupção, assevera que trata-se de “um crime de cálculo e não de paixão”. Ou seja, que tal comportamento derivaria menos da falta de princípios éticos ou morais e mais das condições materiais propícias para a ocorrência do crime. De acordo com essa teoria, a corrupção envolve principalmente três variáveis: a oportunidade para ocorrer o ato ilegal, a chance de a ação corrupta ser descoberta e a probabilidade do autor ser punido.

⁷³ Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-corrupcao-nao-e-um-problema-de-um-partido-ou-de-um-governo-diz-procurador-da-lava-jato/>

⁷⁴ SOUSA, Luís de. **Corrupção**. Lisboa: FFMS, 2011.

⁷⁵ KLITGAARD, Robert E. **A corrupção sobre controle**. Tradução de Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

O ranking internacional de corrupção é divulgado desde 1995, ele mede a percepção da corrupção, divulgado em 2014 pela ONG Transparência Internacional⁷⁶, mostrou que o Brasil continua estagnado e se baseia em dados levantados por 13 instituições internacionais, entre elas o Banco Mundial, o Fórum Econômico Mundial, o banco africano de desenvolvimento e consultorias como a ISH Global Insight, que estuda 203 países do mundo. Apesar das recentes investigações e julgamentos de casos como o mensalão e o de corrupção na Petrobras, o Brasil ocupa a 69ª posição de um ranking de 175 países, o mesmo lugar de quatro anos atrás. "Andamos para o mesmo lugar", diz o cofundador e codiretor da ONG Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, Luciano Santos.

Segundo Santos, além do andamento nos julgamentos dos casos de corrupção e da função dos órgãos de fiscalização, como a Controladoria Geral da União e o Tribunal de Contas, a sociedade também deve ser protagonista desse trabalho rumo à transparência no Brasil. "O cidadão acha que votando de dois em dois anos ele já cumpre o seu papel", diz. "Mas na verdade, ele tem um papel muito maior de fiscalizar e acompanhar [as investigações]".

Segundo o ranking deste ano da Transparência Internacional, a Dinamarca é o país mais transparente do mundo. Em uma pontuação de 0 (extremamente corrupto) a 100 (muito transparente), o país ficou com 92 pontos, enquanto o Brasil ficou com 43, um ponto a mais que no ano passado. Nenhum país recebeu a pontuação máxima.

A ONG não mede a corrupção política relacionada aos partidos, mas sim como se percebe a corrupção ligada aos servidores públicos, prestação de contas dos recursos e a eficácia de órgãos dos 175 países avaliados. O ranking é elaborado por meio de uma dezena de estudos comparativos.

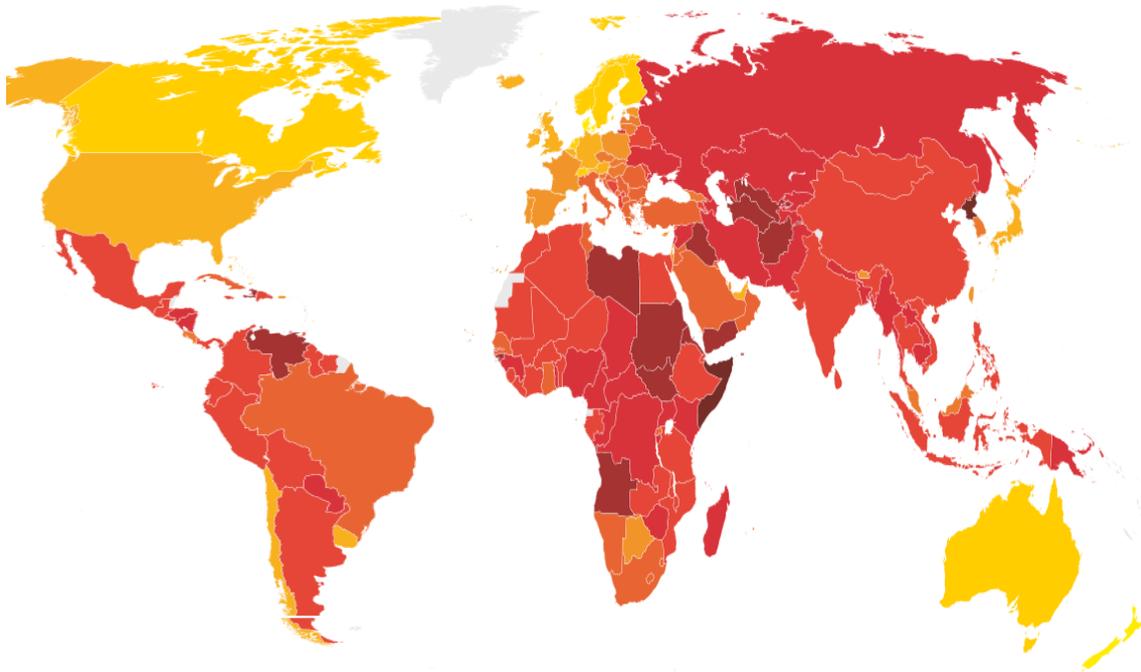
No ano de 2014, o Brasil dividiu o 69 lugar com mais seis países: Bulgária, Grécia, Itália, Romênia, Senegal e Suazilândia, um pequeno país na África. No ano

⁷⁶ <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/12/03/f3fcab2c1a35159bac4b6a7fa717cef3.pdf>: acessado em 09/07/2015

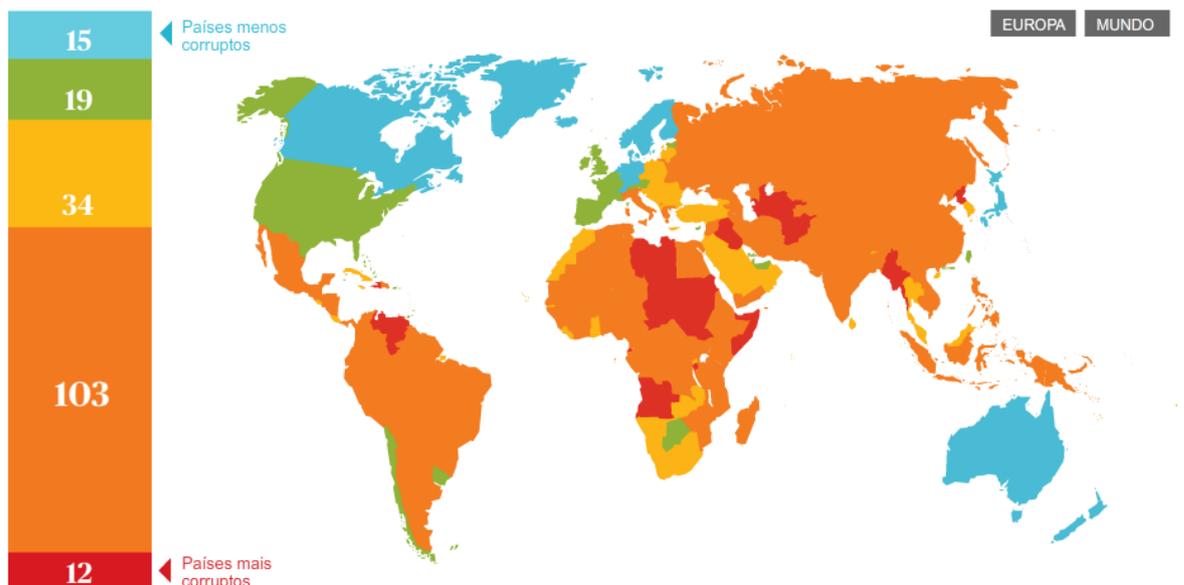
de 2013, o Brasil ficou na 72ª posição, em 2012, em 69º lugar, em 2011, em 73º e em 2010, também em 69º lugar, como nesse ano.

Um recorte classificando apenas os países da América Latina coloca Uruguai e Chile em primeiro lugar. A classificação por regiões situa a Europa Ocidental em primeiro lugar, com 66 pontos, seguida pela América (45), Ásia Pacífico (43), Oriente Médio e Norte da África (38), Leste Europeu e Ásia Central e África Subsaariana (33).





A organização Transparência Internacional criou um mapa-múndi da corrupção, com um índice de como uma população avalia a corrupção do país onde vive. Quanto menor é o índice (1 a 10), menor é a percepção de que os governos, instituições e cidadãos são honestos.



Assim, temos consciência que medir corrupção, quer em sentido bem amplo, como o divulgado em 2014 pela ONG Transparência Internacional, quer em sentido estrito, como a medição da corrupção política, é tarefa altamente complexa. Mas o

que importa é que já há iniciativas nesse sentido e uma tendência natural a que esses estudos sejam aprofundados e apareçam daí novas percepções e metodologias de medição mais precisas e coerentes com a realidade.

6. HÁ COMO CALCULAR CUSTOS DECORRENTES DA CORRUPÇÃO POLÍTICA?

Para a obtenção, mesmo que aproximada, dos custos envolvidos com a corrupção política, de forma que possamos perceber os seus impactos, buscamos na internet dados para a obtenção de dimensões mais realísticas do problema. Atualmente, temos pesquisas que nos mostram, sob uma perspectiva macro, os custos decorrentes da corrupção em geral, não só da corrupção política.

A pedido da Revista Exame, o economista Marcos Fernandes, coordenador da escola de economia da Fundação Getulio Vargas de São Paulo e autor do livro “A Economia Política da Corrupção no Brasil”, calculou o impacto desse mal no crescimento do país.

Pesquisas mostram como a corrupção atrapalha o ambiente de negócios do país

2 pontos percentuais é o que o PIB deixa de crescer por ano devido à corrupção

380 bilhões de reais é quanto a corrupção custou ao país no ano passado

21% das empresas aceitam o pagamento de subornos para conseguir favores

25% das companhias têm despesas de até 10% de suas receitas com subornos

50% dos empresários pesquisados já foram achacados por fiscais tributários

70% das empresas gastam até 3% do faturamento anual com propinas

87% relatam que a cobrança de propina ocorre com alta frequência

96% dizem que a corrupção é um obstáculo importante para o desenvolvimento

Fontes: Marcos Fernandes/FGV e Transparência Brasil

Ainda segundo Marcos Fernandes, trata-se de um resultado assustador, que se explica facilmente. O desrespeito às leis, a falta de transparência nos contratos, um sistema judiciário pouco confiável e a burocracia enlouquecedora reduzem as chances de retorno dos investimentos ou simplesmente afugentam o capital. Com menos investimentos, há menos crescimento. "A corrupção é provavelmente o maior

problema que o Brasil terá de encarar se quiser crescer", diz o financista americano Mark Mobius⁷⁷, um dos homens mais ricos do mundo e um dos maiores especialistas em mercados emergentes, com mais de 3 bilhões de dólares aplicados no Brasil. "É preciso inspirar confiança nos investidores."

O Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes – UNODC⁷⁸ realizou pesquisas que indicam que US\$ 1 trilhão de dólares são gastos, anualmente, em suborno em todo o mundo, o que gera pobreza, atrapalha o desenvolvimento e afugenta investimentos. Observou-se que o quadro de corrupção é ainda mais acentuado em razão do constante desrespeito à legislação, da falta de transparência nos contratos e de um sistema judiciário falho e ineficiente.

O IBOPE investigou, sob outro ângulo, não diretamente vinculado a custos, a corrupção política (Corrupção na Política: Eleitor Vítima ou Cúmplice)⁷⁹, observando se os desvios estariam concentrados nas elites ou se teriam efeitos difusos sobre toda a sociedade. As principais conclusões advindas dos resultados da pesquisa foram as seguintes: 69% dos eleitores brasileiros já transgrediram alguma lei ou descumpriram alguma regra contratual; 75% cometeriam pelo menos um dos 13 atos de corrupção relacionados pela pesquisa, se tivessem oportunidade. Não bastassem essas assustadoras conclusões, a pesquisa mostrou também que muitos desvios de conduta dos governantes, como contratação de parentes e transformação de viagens de serviço em lazer, são considerados normais pelos eleitores.

Diante dessas constatações, vê-se que a regra observada no cotidiano brasileiro é que a sociedade mostra-se apática e conivente com certas práticas políticas que deveriam ser repudiadas, mas não o são. Isso leva à alarmante

⁷⁷ Disponível em: <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/847/noticias/o-custo-da-corrupcao-m0056706>

⁷⁸ Disponível em: 170 ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA DROGAS E CRIMES. Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. In: GOVERNANÇA E ANTICORRUPÇÃO. Disponível em: http://www.unodc.org/brazil/pt/programasglobais_corrupcao_publicacoes.html. Acesso em: 23 ago. 2008.

⁷⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA, PESQUISA E ESTATÍSTICA. *Corrupção na Política: Eleitor Vítima ou Cúmplice*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA, 2, 2006, LOCAL.

<http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=3&proj=PortalIBOPE&pub=T&nome=pesquisa_opp_2006&db=caldb>. Acesso em: 26 ago. 2008.

conclusão de que o pensamento que prepondera é o de que em havendo brechas, pode-se levar vantagem em tudo.

Quem não conhece casos em que ao assumir mandato eletivo, prefeitos e suas famílias ficam ricos do dia para a noite? Isso é muito perceptível nas cidades do interior do País e confirma o discurso popular “Se os outros puderam usar e abusar do dinheiro público, eu também posso”. Há, aliás, eleitores que tacham de burros e ignorantes aqueles que estiveram no poder e não tiraram nenhuma vantagem da posição que ocupavam. Depreende-se daí que, infelizmente, os próprios eleitores apóiam, ora implicitamente, ora explicitamente, os atos de corrupção praticados corriqueiramente pelos agentes políticos que ajudam a eleger. Nem se apercebem, porém, que os maiores prejudicados com as práticas corriqueiras de corrupção política são eles próprios (eleitores), que ao procurarem a prestação de serviços de saúde e educação, por exemplo, são submetidos a situações desumanas, humilhantes, degradantes da sua condição de cidadãos, atribuída constitucionalmente.

Muitos prefeitos apostam mesmo na pouca probabilidade de serem fiscalizados e solapam os recursos que são repassados, por exemplo, por meio de Convênios firmados com a União, fato que restou bem caracterizado no Relatório da CPMI das Ambulâncias, como visto. Não raro desviam recursos, não executam os objetos dos convênios ou os executam de forma parcial, desviam a finalidade do convênio, enfim, usam mil artifícios para lesar a sociedade em benefício próprio. Confiam-se, enfim, na estruturação deficiente de fiscalização do Estado, no excesso da burocracia, nas brechas legais e praticam atos de corrupção com a quase certeza da impunidade.

Observamos, enfim, que não há uma fórmula para calcular o custo da corrupção política no Brasil, mas o que não temos dúvida é que os custos a ela associados são altíssimos e causam sérios gravames sociais.

7. A JUSTIÇA BRASILEIRA EM NÚMEROS

A Justiça brasileira tem 66,8 milhões de ações acumuladas. A penalização do autor do ato corrupto exerce papel saliente no combate à corrupção, de forma imediata; e na sua ocorrência, de forma mediata. A prática da transgressão está particularmente ligada à possibilidade dos atos corruptos serem descobertos.

Nesse sentido, temos que a grande questão está não em se perceber a corrupção, pois ela está latente, mas em puni-la, para que haja uma resposta a sociedade. Além disso, um rígido sistema sancionatório tem a função de causar temor ao pretense corrupto.

A Justiça brasileira é lenta⁸⁰, tem um custo alto e, mesmo com reforço de pessoal, tem se tornado ineficiente para concluir processos antigos. O diagnóstico foi apresentado na pesquisa ‘Justiça em Números’ do CNJ (Conselho Nacional de Justiça).

O Judiciário tem hoje 95,1 milhões de ações judiciais – 70,2% que já tramitavam no início de 2013. No ano passado, o número de funcionários cresceu 2% e o de magistrados, 1,8%, enquanto a quantidade de novos processos subiu 3,4% – ou seja, mais 28,3 milhões.

Há uma indicação de que o Judiciário chegou ao ápice da produtividade. De cada 100 ações judiciais, apenas 29 conseguem chegar à sentença — média que vem se mantendo desde 2009. Cada magistrado tem responsabilidade por em torno de 6.041 processos, mas conseguiu julgar, em média, 1.684 ações – 28 a menos do que em 2012. A maior taxa de congestionamento está na primeira instância, onde de cada 100 processos apenas 14 são solucionados.

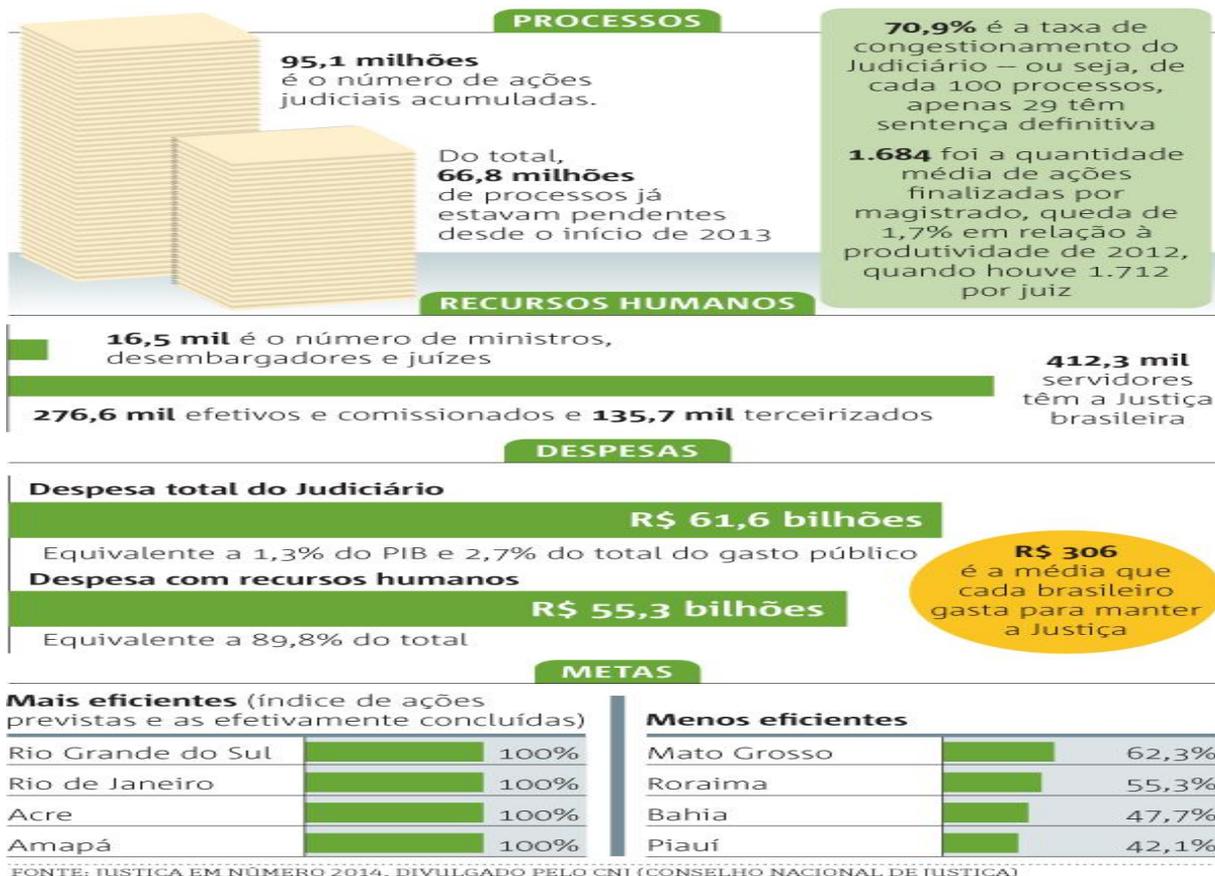
A Justiça teve despesa recorde no ano passado: R\$ 61,6 bilhões. A pesquisa ressalta a distribuição dos recursos nos tribunais: de cada R\$ 10

⁸⁰Disponível em: <http://www.metrojornal.com.br/nacional/brasil/justica-brasileira-tem-668-milhoes-de-aco-es-acumuladas-129405>, acessado em 09/07/2015

investidos, R\$ 8,98 vão para pagamento de pessoal. O gasto médio de cada sentença foi de R\$ 2,1 mil.

A JUSTIÇA EM NÚMEROS

Veja os principais dados do diagnóstico do Poder Judiciário feito nos 112 tribunais do país:



No Brasil, a corrupção também prospera graças à complexidade da legislação e à pouca confiabilidade da justiça. "o sistema judiciário do país deve ser reformado para se tornar honesto, justo e seguro para todos os cidadãos", diz financista americano Mark Mobius⁸¹. O país tem muitas leis, algumas contraditórias entre si, o que deixa brechas e, muitas vezes, impede uma operação 100% legal. Abre-se, assim, um atalho para a corrupção e para os vendedores de facilidades.

⁸¹ Disponível em: <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/847/noticias/o-custo-da-corrupcao-m0056706>: acessado em 09/07/2015.

Segundo o advogado Floriano Peixoto de Azevedo Marques⁸², professor de direito da USP, além de processos de compra viciados, a burocracia do Estado colabora para o surgimento de uma gestão alternativa em algumas empresas. "É quase impossível receber em dia sem pagar propina", diz Marques. Note a distorção: em alguns casos de processos sérios de licitação, não basta ao empresário entregar o melhor produto pelo melhor preço. É preciso pagar para receber aquilo a que tem direito. O resultado é o aumento de custos. Empresários que participam de licitações embutem em suas propostas um provisionamento para cobrir atrasos e pagar subornos. Isso cria um círculo vicioso. "Os políticos veem um preço maior e querem ganhar mais", afirma Marques.

O advogado já teve clientes que passaram por problemas de corrupção e constata que as práticas ilícitas se tornaram a regra do jogo. "O dia-a-dia dos negócios com o governo é contaminado, mesmo quando se trata de empresas idôneas", afirma. Um empresário paulista do setor de tecnologia diz viver constantemente esse tipo de situação. Depois de desistir de fabricar parte de seus produtos no Brasil devido à alta carga tributária e às dificuldades criadas pela burocracia, ele decidiu importar as mercadorias da China. Tudo dentro da lei, com impostos recolhidos e guias preenchidas corretamente. Mesmo assim é compelido a pagar propinas. Os fiscais alfandegários têm até cinco dias úteis para liberar os produtos e sabem que seus donos têm pressa para cumprir prazos com os clientes. "Eles dizem abertamente: se não pagarmos, atrasarão o processo até o limite. Então, pagamos", afirma o empresário.

8. FORO PRIVILEGIADO - A IMPUNIDADE DOS PARLAMENTARES INSTITUCIONALIZADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Além das propostas apresentadas pelo Ministério público Federal, entendemos que outras duas situações tem contribuído sobremaneira para aumentar a corrupção por gerar o sentimento de impunidade, uma delas é o dito foro especial por prerrogativa de função - conhecido coloquialmente como foro privilegiado - é um dos modos de estabelecer-se a competência penal. Trata-se de

⁸² Disponível em: <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/847/noticias/o-custo-da-corrupcao-m0056706>: acessado em 09/07/2015.

um mecanismo propiciador da impunidade e precisa ser extirpado do nosso ordenamento jurídico.

Criado de forma proposital pelo legislador constituinte, o sistema de foro privilegiado foi adotado pelo Brasil, em decorrência do exercício da função pública de Deputado e Senador, figuras componentes do nosso Poder Legislativo. Assim, as ações penais direcionadas contra essas autoridades tramitam nos Tribunais e não nos Juízos de primeira instância. Importante citar o conceito de foro privilegiado apresentado por Pontes de Miranda: "aquele que cabe a alguém, como direito seu (elemento subjetivo, pessoal, assaz, expressivo); portanto, o foro do juízo que não é o comum".

8.1 Surgimento do Foro Privilegiado no Brasil

Com a proclamação da República em 1889, a Constituição de 1891, no art. 57, § 2º, instituiu a figura do foro privilegiado, outorgando ao Senado Federal a competência para apreciar demandas judiciais em que figurassem no polo passivo os membros do Supremo Tribunal Federal, em relação aos crimes de responsabilidade, e ao STF a competência para apreciar e julgar os magistrados federais inferiores (art. 57, § 2º) e o Presidente da República, como também os Ministros de Estado nos crimes comuns e de responsabilidade (art. 59, II). Os crimes de responsabilidade são aqueles praticados por funcionários públicos e agentes políticos em razão das atribuições do cargo. Posteriormente, as demais Constituições Brasileiras mantiveram o foro privilegiado.

Em 1988, com a Constituição Cidadã, o Senado Federal passa a centralizar a competência para julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II). Quanto ao STF, ampliou-se as suas atribuições, passando a julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores

(STJ, TST, TSE e STM), do Tribunal de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, “b” e “c”)⁸³.

Países como Holanda, Portugal, Espanha, Estados Unidos e Suíça não prevêm em suas cartas constitucionais a figura do foro privilegiado. E aqueles que o prevêm, como a Argentina e a Colômbia, fazem restrição quanto aos beneficiários desta condição. Só no Brasil há tamanha amplitude.

Com este instituto jurídico, o órgão competente para julgar ações penais contra certas autoridades públicas - normalmente as mais graduadas nos sistemas jurídicos que a utilizam - é estabelecido levando-se em conta o cargo ou a função que elas ocupam, de modo a proteger a função e a coisa pública. Por ligar-se à função e não à pessoa, essa forma de determinar o órgão julgador competente não acompanha a pessoa após o fim do exercício do cargo, conforme nos ensina Mirabete:

"Entre as imunidades relativas, em seu sentido amplo, estão as referentes ao foro por prerrogativa de função, consistentes no direito de determinadas pessoas de serem julgadas, em virtude dos cargos ou funções que exercem, pelos Órgãos Superiores da Jurisdição, em competência atribuída pela Constituição Federal ou constituições estaduais⁸⁴.

8.2 Acúmulo de ações judiciais

O foro privilegiado sobrecarrega a Corte Constitucional com situações simplórias, em muitas vezes. De acordo com dados do próprio Tribunal, em maio de 2014, havia 99 ações penais contra parlamentares aguardando julgamento e cerca de 500 inquéritos contra políticos em trâmite na Corte. É humanamente impossível julgar tudo isso, gerando, sem sombra de dúvida, a certeza da impunidade.

⁸³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

⁸⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 10ª Ed., São Paulo: Atlas, 2000

Uma forma de demonstração da não eficiência da prerrogativa de função é que, em 2007, a Associação dos Magistrados Brasileiros fez um levantamento que demonstra o descrédito das instituições que em 18 anos e meio, o Supremo Tribunal Federal (STF) abriu 130 processos criminais contra autoridades que têm foro privilegiado, e ninguém foi condenado. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), criado em 1989, foram abertas 483 ações penais, mas só cinco pessoas foram condenadas.

"Entre 2003 e 2009 foram iniciadas 172 ações penais contra autoridades com foro diferenciado por prerrogativa de função no STF, sendo que 46 delas foram rejeitadas liminarmente pelo tribunal, 9 julgadas improcedentes de plano e, além disso, nenhuma condenação havia ocorrido até janeiro de 2009. (O Estado de S. Paulo de 3/1/09, p. A6)

Em 2010 e 2011 ocorreram as cinco primeiras condenações no STF de pessoas com foro privilegiado desde a Constituição Federal de 1988. O primeiro caso foi o do deputado José Geraldo, por crime de responsabilidade, que condenado a dois anos e dois meses de prisão em regime aberto, teve pena convertida no pagamento de cinquenta salários mínimos e prestação de serviços à comunidade. "Uma semana depois foi condenado o deputado federal Cassio Taniguchi por mau uso de dinheiro público, o qual não teve que cumprir pena devido à prescrição do crime."

O legislador ao estabelecer o foro por prerrogativa de função intencionava a proteção das atividades e a função dos cargos, mas, na prática, a prerrogativa torna-se foro privilegiado e conseqüentemente sinônimo de impunidade.

Só no STF, mais de 40 políticos respondem a inquérito por corrupção⁸⁵ na "Operação Lava Jato", ou seja, se deduz dos fatos que uma grande leva de pessoas no Brasil escolhem a carreira política, pois através do foro privilegiado acreditam na certeza da impunidade:

85

Disponível em:
http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2015/07/15/internas_polbraeco,490386/investigacao-da-lava-jato-chega-ao-coracao-do-congresso.shtml: acessado em 15/07/15.

A Polícia Federal cumpriu 53 mandados de busca e apreensão: no Distrito Federal (12), na Bahia (11), em Alagoas (sete), em Santa Catarina (cinco), no Rio de Janeiro (cinco) e em São Paulo (cinco). Foram apreendidos oito veículos, duas obras de arte, joias, relógios, computadores, documentos e aproximadamente R\$ 4 milhões em espécie. Os agentes ainda recolheram 45 mil dólares e 24,5 mil euros. Em apenas uma empresa, sediada em São Paulo, os policiais encontraram R\$ 3,67 milhões. O objetivo principal é evitar a destruição de provas importantes do caso. Segundo a apuração do Ministério Público e da Polícia Federal, um cartel de empreiteiras combinava licitações na Petrobras, superfaturava obras na estatal e repassava o excedente sob a forma de propinas a políticos e a funcionários da petroleira. Só no STF, mais de 40 políticos respondem a inquérito por corrupção e lavagem de dinheiro. Segundo a PF, após pedido de delegados e procuradores, os ministros do Supremo autorizaram a apreensão de bens supostamente obtidos por meio dos crimes. Além de corrupção e lavagem de dinheiro, há suspeita de evasão de divisas, fraude à licitação e organização criminosa.

O desembargador Alexandre Victor de Carvalho⁸⁶, da 5ª Câmara Criminal do TJMG, comenta sobre esse tema, afirmando que

O maior problema nosso não é a quantidade da pena e sim o cumprimento dela. A pena é pouco executada e, quando é, tem muitos benefícios na execução penal. A meu ver, esses benefícios deveriam ser diminuídos, como o benefício da progressão de regime para crimes hediondos. O fato de enquadrar a corrupção como crime hediondo resolve, na medida em que outros procedimentos judiciais forem alterados, como o foro privilegiado, o Congresso tem de aplicar uma série de possibilidades existentes. Não é somente enquadrar a corrupção como crime hediondo, mas também acelerar o processo e o julgamento desses crimes, como a corrupção.

Em despacho favorável à prisão do ex-deputado André Vargas (sem partido-PR), investigado pela Operação Lava Jato e detido na última sexta-feira, 10, o juiz federal Sérgio Moro disse ser "inaceitável que agentes políticos em relação aos quais existam graves indícios de envolvimento em corrupção e lavagem de dinheiro permaneçam na vida pública sem grandes consequências". Para o magistrado, é necessária "infelizmente a intervenção do Poder Judiciário para poupar a sociedade do risco oferecido pela perpetuação na vida pública do agente político criminoso". Moro conduz uma investigação que aponta para o envolvimento

⁸⁶ Disponível em: <http://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/112267094/entrevista-desembargador-comenta-a-corrupcao-como-crime-hediondo>. Acessado em 27/07/2015.

de pelo menos 52 políticos - entre deputados, senadores, governadores e ex-parlamentares. É o maior contingente de agentes políticos sob suspeita de crimes de corrupção e lavagem em um mesmo escândalo⁸⁷.

O foro privilegiado sobrecarrega a Corte Constitucional com situações simplórias, em muitas vezes. De acordo com dados do próprio Tribunal, em maio de 2014, havia 99 ações penais contra parlamentares aguardando julgamento e cerca de 500 inquéritos contra políticos em trâmite na Corte. É humanamente impossível julgar tudo isso, gerando, sem sombra de dúvida, a certeza da impunidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, a presença do foro privilegiado, em nosso entendimento, representa uma lástima na busca por uma justiça plena e não seletiva, na qual se punem apenas negros e pobres. Dados mostram que os processos direcionados ao STF em decorrência do foro privilegiado não chegam a sequer ter o mérito analisado. Assim, espera-se que, com a aprovação da PEC 470/05, haja o fim da figura do foro privilegiado, mantendo-se a prerrogativa de foro aos crimes de responsabilidade, excluindo-a quanto aos crimes comuns.

9. O QUINTO CONSTITUCIONAL

Outra alternativa colocada além das propostas do Ministério Público para minimizar as causas da corrupção é o chamado quinto constitucional previsto no Artigo 94 da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo um dispositivo que prevê que 1/5 (um quinto, ou seja, 20%) dos membros de determinados tribunais brasileiros - quais sejam, Tribunais de Justiça estaduais, do Distrito Federal, dos Territórios, TRF, TST e TRT sejam compostos por advogados e membros do Ministério Público. Para tanto, os candidatos integrantes tanto do Ministério Público quanto da OAB precisam ter, no mínimo, dez anos de carreira ("exercício profissional" no caso dos advogados) e reputação ilibada, além de notório saber jurídico para os advogados⁸⁸.

⁸⁷ Disponível em: http://www.istoe.com.br/assuntos/semana/detalhe/413615_. Acessado em 20/07/2015.

⁸⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

Vejamos a matéria publicada no O Estado de São Paulo:

“Repercuta matéria veiculada no Jornal “O Estado de São Paulo”, intitulada “Magistratura não é emprego”, na qual o advogado criminalista Antônio Cláudio Mariz de Oliveira aponta vários argumentos que se opõe ao denominado ‘quinto constitucional’. O fato mais marcante, para o advogado, é que a busca por uma vaga nos tribunais “transformou-se em disputa eleitoral”.

No dia 12 de novembro de 2013, durante sessão do CNJ, Ministro Joaquim Barbosa, afirmou que o lugar cativo do Ministério Público e da advocacia não traz nada de extraordinário. “Simplesmente acho desnecessário”, disse o presidente do STF em meio à discussão sobre a composição do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, assunto que surgiu após a aposentadoria de um desembargador oriundo do quinto constitucional.

Em mais uma derrota do governo Dilma Rousseff, a Câmara aprovou o primeiro turno da Proposta de Emenda Constitucional que amplia de 70 para 75 anos a idade máxima para a aposentadoria de ministros dos Supremo Tribunal Federal (STF), do Tribunal de Contas da União e dos demais tribunais superiores. Conhecida como PEC da Bengala, a emenda vai tirar da presidente Dilma Rousseff o direito de indicar cinco ministros do STF durante este segundo mandato. A emenda foi aprovada por 318 votos a favor - 131 contra e 10 abstenções - e terá ainda que ser votada em segundo turno, para que a votação seja concluída⁸⁹.

Assim, o efeito mais drástico parece ser, mesmo, o de reduzir a prerrogativa da Presidente da República de renovar, até o final de seu mandato, cinco cargos no STF, além de quase 30 cargos em outros Tribunais Superiores, e, a longo prazo, reduzir as chances de que magistrados de carreira ou advogados de renome possam chegar à Suprema Corte e Tribunais Superiores, em vista da menor rotatividade das vagas que decorrerá da medida.

⁸⁹ Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/camara-derrota-dilma-aprova-pec-da-bengala-15505985>. Acessado em 15/07/2015.

Ou seja, em tese, a presidente Dilma Rousseff (PT) poderia chegar ao fim de seus oito anos de governo tendo indicado 10 dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), um recorde. Nenhum outro presidente da República desde os anos de 1950 teve a prerrogativa de indicar um número tão extenso de integrantes da Suprema Corte brasileira. Caso esse volume de indicações se confirmasse, Dilma terá feito o quarto maior número de indicações de ministros do STF, perdendo apenas para os presidentes Getúlio Vargas, Floriano Peixoto e Deodoro da Fonseca. Nem no período da Ditadura Militar, um presidente foi responsável por esse volume de nomeações, só Gilmar Mendes, indicado por Fernando Henrique Cardoso, não teria sido escolhido pelo governo do PT.

Durante o julgamento dos embargos no mensalão, após a absolvição dos réus que haviam sido condenados por formação de quadrilha, o então Ministro do STF Joaquim Barbosa afirmou que os novos ministros foram escolhidos para livrar os mensaleiros⁹⁰:

"Temos uma maioria formada sob medida para lançar por terra o trabalho primoroso desta corte no segundo semestre de 2012", disse. Barbosa também fez um alerta: "Sinto-me autorizado a alertar a nação brasileira de que esse é apenas o primeiro passo. É uma maioria de circunstância que tem todo o tempo a seu favor para continuar sua sanha reformadora".

⁹⁰ Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/em-2016-pt-tera-indicado-10-dos-11-ministros-do-stf/>; acessado em 15/07/15.

Se depreende dos comentários do Ex-Ministro do STF Joaquim Barbosa que o mensalão, configurou crime de controle da maioria do legislativo por meio de financiamento corrupto por dinheiro público. Sem a aprovação da conhecida PEC da bengala, pode haver também uma maioria no Supremo Tribunal Federal (o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e que a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição Federal), suficiente para reverter decisões, modificando todo o entendimento do plenário da casa.

Momentos após a promulgação da Emenda Constitucional 88, oriunda da PEC da Bengala (PEC 42/2003), que ampliou de 70 para 75 anos a idade de aposentadoria obrigatória de ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), demais tribunais superiores e Tribunal de Contas da União (TCU), o senador Reguffe (PDT-DF) defendeu em Plenário o preenchimento desses cargos por meio de concurso público. A inovação consta de proposta de emenda à Constituição (PEC 52/2015) de sua autoria, apresentada esta semana⁹¹.

— O Judiciário hoje sofre um total tráfico de influência, onde interesses os mais variados tentam predominar. É claro que há juízes e ministros sérios e independentes. Mas não é correto um modelo onde o indicado vai julgar as ações de quem o indicou. Isso não é bom para a democracia e a sociedade brasileira — disse Reguffe. Além dos ministros do STF, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do TCU, a PEC 52/2015 estabelece a exigência de concurso público — de provas e títulos — para escolha dos conselheiros dos Tribunais de Contas dos estados e dos municípios. Outra novidade é a nomeação dos selecionados para mandatos de cinco anos. — Com o mandato de cinco anos, mais pessoas neste país vão ter oportunidade de chegar aos tribunais superiores. A vitaliciedade não é boa. É preciso oxigenar o sistema — afirmou Reguffe.

Subtende-se que a *ratio legis* da finalidade do dispositivo do art. 94 seria num primeiro momento arejar o Poder Judiciário em suas instâncias superiores com profissionais que já atuaram em áreas no todo distintas da magistratura é democratizar o Poder Judiciário, mas o que constatamos de fato na realidade brasileira é um total tráfico de influência, onde interesses os mais variados tentam

⁹¹Disponível em: http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2015/05/07/reguffe-defende-concurso-publico-para-ministros-do-stf-stj-e-tcu?utm_source=midias-sociais&utm_medium=midias-sociais&utm_campaign=midias-sociais

predominar é que a busca por uma vaga nos tribunais transformou-se em disputa eleitoral.

Entendemos que o quinto constitucional previsto no art. 94 para composição dos tribunais para exercer função típica jurisdicional, prerrogativa do Poder Judiciário, fere o princípio da indelegabilidade de atribuições típicas dos Poderes, que excepcionalmente é permitido quando houver expressa previsão no Texto Constitucional, mas de funções atípicas e de natureza transitória.

Quanto à investidura em cargo ou emprego público, esta depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, como determina o inciso II do art. 37 da Carta Política de 1988.

Propugnamos no entendimento como raciocinam Cintra, Grinover e Dinamarco⁹² (2013, p. 191):

A posição do Poder Judiciário, como guardião das liberdades e direitos individuais, só pode ser preservada através de sua independência e imparcialidade. Por isso é de primordial importância, no estudo desse Poder do Estado, a análise das garantias que a Constituição institui para salvaguardar aquela imparcialidade e aquela independência.

Nesse sentido, posiciona-se também Lenza⁹³ (2012, p.705):

As garantias atribuídas ao Judiciário assumem importantíssimo papel no cenário da tripartição de Poderes, assegurando a independência desse órgão, que poderá decidir livremente, sem se abalar com qualquer tipo de pressão que venha dos outros Poderes.

É bom lembrar que a origem do quinto se deu na Constituição de 1934, na era Vargas, o que leva a crer que resultou de um produto do paternalismo que

⁹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, daPellegrini. Teoria Geral do Processo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁹³ LENZA, Pedro. Direito constitucional Esquemático. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

historicamente predominava na organização social e política naquela época em nosso País.

O ingresso de membro do MP e advogados para composição dos tribunais pelo quinto constitucional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes para exercerem função típica de jurisdição, prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, ferem o princípio da indelegabilidade de atribuições típicas do Estado e conflitam com o art. 37, Caput, da CF/88, bem como são incompatíveis com o Caput do art. 103-B e § 4º introduzido pela EC 61/2009 superveniente àquelas regras insculpidas nos artigos 94, 111-A e 115 da CF/88, sendo um caso de revogação tácitas.

Portanto, membro do MP, advogados e cidadãos integram o Poder Judiciário na função fiscalizadora e jamais na função judicante que pertence àqueles magistrados com ingresso na magistratura por concurso público de provas e títulos.

CONCLUSÃO

Buscamos, no presente trabalho, contribuir com informações que possam abrir caminho para discussões promissoras acerca do tema corrupção política e seu impacto na improbidade administrativa. Nesse sentido, convém empreender breve recapitulação do percurso seguido ao longo da dissertação.

Inicialmente na busca de solução ao problema proposto: O Impacto da Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção) na probidade administrativa, o trabalho percorreu sucintamente um histórico do ato de improbidade, previsto na Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), na jurisprudência e doutrina.

A jurisprudência mais recente firmou entendimento pacífico no sentido da necessidade de demonstração do dolo nas hipóteses de ato de improbidade que importem enriquecimento ilícito ou que atentem contra os princípios da Administração Pública. Sendo “despicienda a configuração do elemento subjetivo doloso, contentando-se a norma, por sua literal redação, com a culpa” para enquadramento de condutas que causem prejuízo ao erário, conforme segue⁹⁴:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. LICITAÇÃO IRREGULAR. HOMOLOGAÇÃO. DANO AO ERÁRIO NÃO COMPROVADO. VIOLAÇÃO DO ART. 10 DA LEI 8.429/1992 CONFIGURADA. (...) 3. A jurisprudência do STJ rechaça a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 – que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente – e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário.

Constatamos que o Supremo Tribunal Federal ainda não fez a devida distinção entre improbidade administrativa e imoralidade administrativa, mas, no âmbito doutrinário, encontramos essas definições, através do eminente professor José Afonso da Silva⁹⁵, em abalizada lição, ensinando que:

⁹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. REsp 414.697/RO. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 25 mai. 2010. DJ 16.09.2010.

⁹⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 652-653.

moralidade administrativa é definida como princípio da Administração Pública (art. 37 da CF/88), não podendo ser considerada moralidade comum, mas moralidade de feição jurídica. A improbidade administrativa, por sua vez, é espécie do gênero, vez que é forma de moralidade administrativa, que mereceu especial consideração pela Constituição de 1988, que prevê a punição do ímprobo com a suspensão dos direitos políticos (art. 15, inciso V da CF/88), dentre outras sanções. (grifo nosso)

No entendimento de de Plácido E Silva, aludido por Fazzio Júnior, verificou-se que a improbidade é uma derivação da imoralidade. É ímprobo aquele que não procede bem; é ímprobo o mau caráter, “o transgressor da lei e da moral”⁹⁶.

Destartes, quando a Administração Pública exige do administrado uma atuação proba, infere-se que “não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração”⁹⁷. Ou seja, numa definição sintética, improbidade refere-se à atuação imoral e desonesta, que invalida o comportamento do agente público, com a violação dos princípios éticos essenciais à boa gestão da coisa pública.

Em suma, “o ato de improbidade viola deveres, nega valores, ofende a legalidade, agride uma pluralidade de bens jurídicos, é imoral, já foi visto como mera infração disciplinar, depois como ilícito penal e, hoje, como ilícito civil e político-administrativo”⁹⁸.

⁹⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71.

⁹⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.p. 695.

⁹⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 73. Fazzio Júnior define o ato de improbidade como “ilícito pluriofensivo, agride pessoas jurídicas públicas e privadas, pessoas naturais, categorias políticas, deveres sociais e valores”. (p. 73). O aspecto político-administrativo do ato de improbidade é extraído dos tipos de sanções estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa, nas palavras do autor: “Em contrapartida, se não se trata de ilícito penal, por igual não se confina ao parentesco exclusivamente civil. O caráter civil do ilícito aqui examinado não é puro. Efetivamente, a responsabilidade cogitada pelo art. 37, § 4º, da Carta Magna e disciplinada na Lei nº 8.429/92 não é puramente civil, dado que a perda de função pública, a proibição de contratações públicas e a suspensão dos direitos políticos atingem as esferas administrativas e política. Daí por que ao consórcio de penalidades civis, políticas e administrativas, torna-se viável adotar, para efeito de estudo, o epíteto responsabilidade civil e político-administrativa.” (p. 84).

Em seguida, observamos a questão da corrupção política sob o ângulo filosófico, da estrita correlação entre a ética a moral, como condutas indissociáveis à *práxis* da atividade política. Frisamos o quanto isso é impróprio e que não há como dissociar a ética da política, pois então seria esse proceder o grande impulso para a disseminação da corrupção instalada, em larga escala, no âmbito político.

Colocamos que ética e moral têm significados etimológicos semelhantes, reportando-se a tudo aquilo que se refere ao modo de ser ou caráter resultantes da prática de hábitos bons. Destartes, no presente estudo, empregamos os termos “moral” e “ética” indistintamente, apesar dessas distinções.

Vimos que a partir da obra “O Príncipe”, de Maquiavel a ética e a moral passaram a se dissociarem da política, esta passou a não mais ser pensada em termos de ética e de religião, o que provocou uma ruptura tanto com o pensamento dos antigos clássicos greco-romanos, quanto com os valores cristãos da Idade Média.

Nesse período a política passou a ser vista com mais realismo e ceticismo em sua clássica obra, “O Príncipe”, Maquiavel buscava demonstrar, em cada capítulo, para o Magnífico Lourenço de Médici, como a política deveria ser exercida e como tirar proveito da fortuna, da *virtù*, da força militar no exercício do poder. A partir daí, Maquiavel torna pública e memorável sua célebre e polêmica frase: “Os fins justificam os meios,” ou seja, para se conseguir poder pleno, legítimo e duradouro, deve-se desconsiderar por completo questões éticas concernentes ao exercício da política.

Vimos que nos preocupa o dizer popular “Rouba mas faz”, e que sob essa perspectiva, esse exercício irracional das razões do poder leva-nos a um jogo político com à implantação, em nosso país, de uma perversa corrupção, de difícil controle, que faz com que práticas corruptas sejam tidas como normais, não devendo ensejar qualquer tipo de punição, vez que são justificadas como

necessárias ao exercício do poder político, generalizando e atingindo as bases fundamentais do Estado Democrático de Direito.⁹⁹

A Operação Lava Jato, é o nome de uma investigação realizada pela Polícia Federal do Brasil, cuja deflagração da fase ostensiva foi iniciada em 17 de março de 2014, com o cumprimento de mais de uma centena de mandados de busca e apreensão, prisões temporária, preventivas e conduções coercitivas, tendo como objetivo apurar um esquema de lavagem de dinheiro suspeito de movimentar mais de dez bilhões de reais. É considerado pela Polícia Federal, como a maior investigação de corrupção da história do País¹⁰⁰.

Destartes, o escândalo da Operação Lava Jato e o exemplo prático que coloca-nos a refletir sobre uns problemas que as afirmações maquiavelianas encerram em si, quais sejam: o que se pode e o que não se pode fazer para atingir determinado fim? Se se pensa que o fim é justo, tudo se justifica?

Como consequência desses fatos, presenciamos em 6 de março de 2015, o ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal (STF) determinando a abertura de 28 inquéritos para investigar 47 políticos suspeitos de envolvimento na Petrobras. Na lista estão congressistas, senadores e deputados, supostamente envolvidos com o recebimento de propina da estatal, além de dois operadores do esquema – o tesoureiro do PT, João Vaccari Neto, e lobista do PMDB Fernando Soares, o Fernando Baiano¹⁰¹.

⁹⁹ Canotilho acentua que “A idéia de um Estado domesticado pelo direito alicerçou-se paulatinamente nos Estados ocidentais de acordo com as circunstâncias e condições concretas existentes nos vários países da Europa e, depois, no continente americano. Na Inglaterra sedimentou-se a idéia de *rule of Law* (<<regra do direito>> ou <<império do direito>>). Na França emergiu a exigência do Estado de Legalidade (État legal). Dos Estados Unidos chegou-nos a exigência do Estado Constitucional, ou seja, o Estado sujeito a uma Constituição. Na Alemanha construiu-se o princípio do Estado de direito (Rechtsstaat), isto é, um Estado subordinado ao direito.” E continua, desta feita sobre o Estado de direito democrático, ensinando que: “O Estado constitucional responde ainda a outras exigências não integralmente satisfeitas na concepção liberal-formal de Estado de direito. Tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do <<direito>> e do <<poder>> no Estado Constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos.” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Disponível em: <<http://scholar.google.com.br>>. Acesso em: 17/07/2015).

¹⁰⁰ Disponível em: Entenda o caso *lavajato.mpf.mp.br*. Visitado em 08/03/2015.

¹⁰¹ Disponível em: Luciana Lima, Mel Bleil Gallo, Vasconcelo Quadros e David Shalom (6 de março de 2015). *Lava Jato: confira a lista de políticos envolvidos em escândalo* iG. Visitado em 10 de março de 2015.

Diante dessa realidade, a falta de ética é de moral é tão latente na realidade da política brasileira que seus reflexos são devastadores na montagem do mosaico do fenômeno da corrupção e improbidade. Maquiavel pelo menos enfatizava a saúde do Estado, numa passagem de “Discursos: Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio”¹⁰², aqui no Brasil despreza-se até essa máxima:

“Quando é necessário deliberar sobre a saúde da pátria, não se deve deixar de agir por considerações de justiça ou injustiça, humanidade ou crueldade, glória ou ignomínia. Deve-se seguir o caminho que leva à salvação do Estado e à manutenção de sua liberdade, rejeitando-se tudo o mais.” Quis ele dizer com isso que “A salvação do Estado é a lei suprema (*salus rei publicae suprema lex*).”

Vimos que na época atual, pela visão da ética política, ainda buscamos a filosofia dos Gregos, aquele bem viver e a felicidade, propostos por Aristóteles na antiguidade clássica¹⁰³. Entretanto, vemos que a prática tem mostrado que a felicidade, para muitos agentes políticos eleitos representantes do povo, democraticamente, está, na maioria das vezes, relacionada diretamente com o alcance do poder político e a sua manutenção, mesmo que para isso seja necessário agir mal, fora, portanto, dos padrões morais desejáveis.

Concluimos, em relação às teorias filosóficas do bem e da felicidade, que, em geral, o homem em toda a sua história tem buscado realmente a felicidade. Mas, no exercício do poder político, cremos que não poderíamos chamá-lo de altruísta, mas, por que não dizer, egoísta, pois o que se procura é o benefício próprio.

¹⁰² MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos: Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 45.

¹⁰³ Na obra “Ética à Nicômaco”, o filósofo grego fez uma sistematização de padrões de comportamento éticos (catálogo das virtudes) a serem observados pelos cidadãos nos seus relacionamentos, a fim de se alcançar a excelência ética. Nesse sentido, para todas as ações existe um fim, que deve ser o nosso bem supremo, qual seja: a felicidade. Por meio dos diálogos os cidadãos poderiam exercitar seus comportamentos éticos e contraditar padrões de verdades e mentiras. Nas obras Aristotélicas, enfim, a ética diz respeito aos indivíduos e é considerada como uma parte ou um capítulo da política, antecedendo a própria política que vê o homem na sua dimensão social.

Demos um salto para a filosofia moderna, nos estudos kantianos¹⁰⁴, trouxe-nos contestações acerca dos antigos pontos de partida voltados para o ser e passou a concentrar os estudos na consciência humana, que, apesar de criticados, contêm teorias que se mantêm vivas e aplicáveis, até hoje, aos problemas centrais da modernidade. Percebemos que também ele teoriza a busca da felicidade, mas ressaltando que para que a atinjamos devemos ser dignos dela, isto é, a felicidade torna-se efeito do mérito. A existência humana adquire, assim, uma finalidade moral. Mas essas finalidades morais não devem ser arbitrárias, mas categóricas, abrangendo, para isso, valores absolutos, não condicionais, não relativos a certos fins e desejos.

Kant considerava que todos devem ter a consciência de que há um conjunto de regras a serem cumpridas por mais que não tenhamos vontade de cumpri-las. Os imperativos categóricos incondicionais devem ser seguidos, não por medo, mas por uma convicção moral intrínseca, que pressupõe respeito aos valores socialmente estabelecidos. Nossa visão foi na interpretação de que, mesmo diante da liberdade de que dispõe, o homem político, em geral, não a conduz em prol do bem comum e sim de interesses pessoais e da manutenção do poder.

Portanto, os imperativos devem ser revestidos por características formais próprias. Essa é uma das missões da filosofia moral (ética) e da ciência jurídica, ou seja, pensar quais imperativos mais se amoldam à *práxis* política, para serem

¹⁰⁴ Sobre a relação da liberdade com a virtude, ensina-nos Kant que: “O próprio conceito de virtude já tem como implícito que a virtude precisa ser adquirida (que não é inata); não há necessidade de recorrermos ao conhecimento antropológico baseado na experiência para percebermos isso, uma vez que a faculdade moral de um ser humano não seria virtude, não fosse ela produzida pela força da resolução do ser humano no conflito com poderosas inclinações opostas. A virtude é o produto da pura razão prática, na medida em que esta ganha ascendência sobre tais inclinações com percepção de sua supremacia (fundada na liberdade). Que a virtude pode e precisa ser ensinada é consequência já de não ser ela inata; uma doutrina da virtude é, portanto algo ensinável. Mas visto que não se conquista o poder de pôr na práticas as regras da virtude simplesmente se ensinando como se deve comportar, a fim de conformar-se ao conceito de virtude, os estóicos se limitaram a entender que a virtude não pode ser ensinada meramente por conceitos de dever ou mediante exortações, necessitando, ao contrário, ser exercitada e cultivada mediante esforços, com o fito de combater o inimigo interior dentro do ser humano, pois não se pode incontinenti fazer tudo que se quer fazer sem primeiramente ter experimentado e exercitado os próprios poderes. A decisão, contudo, para fazer isso tem que ser tomada de imediato e por completo, uma vez que uma disposição para ceder por vezes ao vício, com o propósito de escapar dele gradativamente, seria ela mesma impura e mesmo viciosa, não gerando, conseqüentemente, nenhuma virtude (a qual está baseada num princípio único). (KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2008, p. 319-320).

juridicizados e aí não só proporcionarem uma reprovação intrínseca, mas, propriamente, uma reprovação jurídica pública de ações fora dos padrões de moralidade.

Em relação à ética utilitarista¹⁰⁵, tão bem delineada pelos pensadores ingleses Jeremy Bentham¹⁰⁶, não vislumbramos como a noção de utilidade possa servir de medida de valoração para o comportamento humano, mais especificamente para o dos agentes políticos, vez que o ser humano, em particular o agente político não seja capaz de renunciar à sua própria felicidade em prol da felicidade dos outros, aí entendidos como a coletividade, podendo até acontecer, mas como fatos excepcionais.

Nietzsche como importante pensador da corrente às éticas da era da linguagem, rompe com qualquer interpretação teleológica (de caráter providencial ou moral) da atividade prática humana, rejeitando, também, a fé na liberdade de vontade, pois para ele esta é, na verdade, representada pelos instintos naturais, está impregnada de um mistério impenetrável¹⁰⁷, sendo que estes têm que ser validados e justificados enquanto juízos morais, de forma que saibamos quais são verdadeiros e necessários, e em que sentido o são.

Portanto, no nosso sentir, mesmo diante do fato de a política ser uma ciência autônoma e detentora de uma lógica própria, a ligação entre o direito, a ética e a política não se pode romper, sob pena de se instalar um campo bastante fértil para a inobservância de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, onde os normativos jurídicos devem fazer uma interface entre política e ética, harmonizando-as, permitindo aos julgadores punir de forma austera, aqueles que ameaçam a moralidade e não abrindo espaços para a impunidade, que funciona como um incentivo para a prática de atos corruptos das mais diversas espécies.

¹⁰⁵ CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, op. cit., p. 6.

¹⁰⁶ CORTINA, Adela. *Ética*. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 75.

¹⁰⁷ CORTINA, Adela. *Ética*. São Paulo: Loyola, 2005. p. 80.

Partindo dessas premissas, apresentamos algumas considerações sobre a lei nº 12.846/13, batizada como Lei Anticorrupção, que apesar de recente inserção no mundo jurídico já está sendo efetivamente bastante empregada no combate a corrupção, em especial na “Operação Lava-Jato”, já que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas (empresas) pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Até então, a lei brasileira só permitia punir indivíduos por esses atos. Como dizem Pierpaolo Bottini e Igor Tamasauskas, em seu artigo “Nova Lei Anticorrupção vai estimular compliance”¹⁰⁸, onde houver um corrompido, há sempre um corruptor interessado na prática espúria, e a nova lei tem como objetivo punir esse corruptor. Em realidade, o que se quer atingir, agora, é a empresa favorável a quem atuou como corruptor.

Entendemos que para se obter crescimento econômico e combater efetivamente a corrupção empresarial é necessário atribuir mais efeitos prejudiciais do que benéficos às pessoas jurídicas que pactuam de modo ilícito com o poder público. Da leitura da Lei Anticorrupção empresarial, observa-se que há passos nessa direção, haja vista a previsão de sanções mais rigorosas que intimidam as empresas de praticarem atos ilegais contra a Administração Pública o que, como corolário, eleva a nação a uma posição de destaque no cenário mundial.

Acreditamos portanto, que o objetivo da Lei nº. 12.846/2013 é combater frontalmente a corrupção através de desestímulos de práticas ilícitas por parte de empresas privadas que se relacionam com o poder público, e proporcionar maior segurança e integridade ao mercado econômico.

Entretanto, ainda prevalece na cultura existente no Brasil, uma visão intrínseca positivista, há o conceito de que tudo pode ser resolvido com a edição de uma lei regulamentando determinado assunto. Assim aconteceu, em 1992, a título exemplar, quando o ex-presidente Fernando Collor de Melo, foi eleito sob promessa

¹⁰⁸ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-06/direito-defesa-lei-anticorrupcao-estimular-compliance>. Acesso em: 17/07/2015.

de que extirparia a corrupção do país. Havia uma grande mobilização em torno da edição de uma legislação que previsse penas severas para os que porventura praticassem atos de corrupção e improbidade administrativa.

Foi aprovada, então, a Lei de Improbidade Administrativa, no mesmo ano de 1992. Passados mais de vinte anos da entrada em vigor da lei, pouca coisa mudou, o que significa dizer que a legislação por si só não é suficiente para promover o combate à corrupção. Precisa-se de mais que isso.

Todavia, quanto ao motivo que garantirá o sucesso da Lei Anticorrupção, é clara a divergência entre os operadores do Direito. Enquanto alguns, como o ministro-chefe da Controladoria Geral da União, Jorge Hage, apostam “no poder inibitório da simples existência da previsão de multas pesadas, mostrando ao empresário que vale a pena ele se prevenir” (HAGE, 2014), outros sustentam a efetiva aplicação da lei.

Para nós, o êxito da nova Lei Anticorrupção Empresarial depende de sua *efetiva* aplicação. Entendemos que para qualquer lei ser efetivamente cumprida é necessária fiscalização. Logo, não foge à regra a Lei Anticorrupção, que, de igual forma, somente atingirá seus objetivos se houver efetiva fiscalização por parte das autoridades competentes.

Observamos até então, que felizmente está ocorrendo a efetiva aplicação da lei:

Em 6 de março de 2015, o ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal (STF) determinou a abertura de 28 inquéritos para investigar 47 políticos suspeitos de envolvimento na Petrobras. Na lista estão congressistas, senadores e deputados, supostamente envolvidos com o recebimento de propina da estatal, além de dois operadores do esquema – o tesoureiro do PT, João Vaccari Neto, e lobista do PMDB Fernando Soares, o Fernando Baiano¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Disponível em: Luciana Lima, Mel Bleil Gallo, Vasconcelo Quadros e David Shalom (6 de março de 2015). Lava Jato: confira a lista de políticos envolvidos em escândalo iG. Visitado em 10 de março de 2015.

MPF cobra empresas da Lava Jato¹¹⁰:

O MPF ajuizou ações de improbidade contra empresas e executivos investigados pela Operação Lava Jato. Ao todo, o órgão cobra R\$ 4,47 bilhões por desvios de recursos da Petrobras. O montante envolve ressarcimento ao erário, indenização por danos morais coletivos e multa civil. São alvo das ações a Camargo Corrêa, Sanko-Sider, Mendes Júnior, OAS, Galvão Engenharia, e Engevix. Do total cobrado nas cinco ações, a maior parte corresponde a indenizações por danos morais coletivos – R\$ 3,19 bilhões. Outros R\$ 959 milhões dizem respeito a multas civis, enquanto R\$ 319 milhões correspondem a ressarcimento ao erário por desvios de recursos da estatal. Segundo o MPF, as ações de improbidade, ao contrário das ações penais que já tramitam na esfera criminal contra os acusados, permitem que as empresas também possam ser punidas por eventuais irregularidades. Se aceitas pela Justiça, as ações de improbidade devem tramitar na esfera cível. O órgão pede ainda a proibição de contratar com o poder público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou de crédito. Ficam sujeitas às sanções, ainda, empresas ligadas ao mesmo grupo econômico eventualmente condenado.

Conforme o MPF, as ações detalham a participação dos envolvidos no pagamento de propina para funcionários da Petrobras. Os valores variavam entre 1% e 3% do total de contratos bilionários obtidos através de licitações fraudadas. Ainda conforme o MPF, o esquema perdurou entre os anos de 2004 e 2012, com pagamentos se estendendo até o ano de 2014.

A partir do momento em que as autoridades tornarem efetiva a fiscalização sobre as empresas que pactuam com o poder público, processando-as e multando-as, caso pratiquem algum ilícito previsto na Lei nº. 12.846/2013, as demais empresas se tornarão temerosas e buscarão agir com maior cautela para cumprir os deveres estabelecidos em lei.

É nítido que a lei atua na prevenção. Por tal razão, não se espera que a corrupção seja totalmente banida pelo advento da Lei nº. 12.846/2013, mas o fato de estabelecer punições ao corruptor-empresário almejando prevenir práticas ilícitas e desonestas contra a Administração Pública levará a sociedade a um aprendizado de grande valia que será responsável pela mudança de inúmeros comportamentos no âmbito empresarial brasileiro, garantindo, assim, seu real triunfo.

¹¹⁰ Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/10650>: acessado em 10/07/15.

Em seguida, trouxemos para o trabalho dados para corroborar como a corrupção é um grave problema nacional e no mundo, através do “ranking internacional de corrupção”, medido pela “ONG Transparência Internacional¹¹¹”, que é divulgado desde 1995, e que mede a percepção da corrupção no mundo, verificando-se que no ano de 2014, o Brasil dividiu o 69 lugar com mais seis países: Bulgária, Grécia, Itália, Romênia, Senegal e Suazilândia, um pequeno país na África. No ano de 2013, o Brasil ficou na 72ª posição, em 2012, em 69º lugar, em 2011, em 73º e em 2010, também em 69º lugar, como nesse ano.

Como medidas preventivas no processo visando o combate a corrupção, é visando dar maior efetividade a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), apresentamos um pacote do procurador-geral da República, Rodrigo Janot com dez propostas que serão enviadas ao Congresso, destacando-se entre as medidas, um anteprojeto de lei para transformar em hediondos os crimes de corrupção que envolvam altos valores, elevando a pena máxima de 12 para 25 anos¹¹².

Atestamos que no dia a dia a corrupção tem o seu custo, e procuramos colocar uma avaliação feita a pedido de Revista EXAME, através do economista Marcos Fernandes, coordenador da escola de economia da Fundação Getulio Vargas de São Paulo e autor do livro “A Economia Política da Corrupção no Brasil”, o cálculo do impacto desse mal no crescimento do país, quais sejam:

2 pontos percentuais é o que o PIB deixa de crescer por ano devido à corrupção; 380 bilhões de reais é quanto a corrupção custou ao país no ano passado; 21% das empresas aceitam o pagamento de subornos para conseguir favores; 25% das companhias têm despesas de até 10% de suas receitas com subornos; 50% dos empresários pesquisados já foram achacados por fiscais tributários; 70% das empresas gastam até 3% do faturamento anual com propinas; 87% relatam que a cobrança de propina ocorre com alta frequência e que 96% dizem que a corrupção é um obstáculo importante para o desenvolvimento.

¹¹¹

Disponível

em:

<http://ep00.epimg.net/descargables/2014/12/03/f3fcab2c1a35159bac4b6a7fa717cef3.pdf>: acessado em 09/07/2015

¹¹² Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1605688-pacote-do-mpf-quer-aumentar-pena-e-tornar-corrupcao-crime-hediondo.shtml>

Entretanto, verificamos que quando o assunto é corrupção, podemos afirmar que não existe causa única para sua existência, tampouco solução singular. Ela existe em decorrência de uma variada quantidade de fatores, conforme assevera Luís de Sousa¹¹³, ao agrupar as causas da corrupção em quatro dimensões: níveis de desenvolvimento; processos de modernização; cultura cívica; e qualidade das instituições.

Nesse diapasão de raciocínio, atestamos que segundo o diagnóstico da pesquisa “Justiça em Números” apresentado do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), a Justiça brasileira tem 66,8 milhões de ações acumuladas e extremamente lenta¹¹⁴, tem um custo alto e, apesar do recorde no ano passado: R\$ 61,6 bilhões.

A pesquisa ressalta a distribuição dos recursos nos tribunais: de cada R\$ 10 investidos, R\$ 8,98 vão para pagamento de pessoal. O gasto médio de cada sentença foi de R\$ 2,1 mil e mesmo com reforço de pessoal, tem se tornado ineficiente para concluir processos antigos.

Segundo esses mesmos dados o Judiciário tem hoje 95,1 milhões de ações judiciais – 70,2% que já tramitavam no início de 2013. No ano passado, o número de funcionários cresceu 2% e o de magistrados, 1,8%, enquanto a quantidade de novos processos subiu 3,4% – ou seja, mais 28,3 milhões.

Há uma indicação de que o Judiciário chegou ao ápice da produtividade. De cada 100 ações judiciais, apenas 29 conseguem chegar à sentença — média que vem se mantendo desde 2009. Cada magistrado tem responsabilidade por em torno de 6.041 processos, mas conseguiu julgar, em média, 1.684 ações – 28 a menos do que em 2012. A maior taxa de congestionamento está na primeira instância, onde de cada 100 processos apenas 14 são solucionados.

Nesse sentido, pela análise dos dados, do CNJ, temos que a grande questão está não em se perceber a corrupção, pois ela está latente, mas em puni-la,

¹¹³ SOUSA, Luís de. **Corrupção**. Lisboa: FFMS, 2011.

¹¹⁴ Disponível em: <http://www.metrojornal.com.br/nacional/brasil/justica-brasileira-tem-668-milhoes-de-aco-es-acumuladas-129405>, acessado em 09/07/2015

para que haja uma resposta a sociedade e acabe de vez com o sentimento de impunidade, que é uma das fontes que alimenta a corrupção, é infelizmente isso na prática não está efetivamente tendo o resultado almejado .

Além das propostas apresentadas pelo Ministério Público Federal, entendemos outra situação tem contribuído sobremaneira para aumentar a corrupção por gerar o sentimento de impunidade, é o dito foro especial por prerrogativa de função - conhecido coloquialmente como foro privilegiado - é um dos modos de estabelecer-se a competência penal. Trata-se de um mecanismo propiciador da impunidade e precisa ser extirpado do nosso ordenamento jurídico.

Constatamos que trata-se de uma herança arcaica de políticas protecionistas, visto que Países como Holanda, Portugal, Espanha, Estados Unidos e Suíça não preveem em suas cartas constitucionais a figura do foro privilegiado. E aqueles que o preveem, como a Argentina e a Colômbia, fazem restrição quanto aos beneficiários desta condição. Só no Brasil há tamanha amplitude.

Para corroborar esses argumentos pesquisamos demonstramos os seguintes fatos:

Uma forma de demonstração da não eficiência da prerrogativa de função é que, em 2007, a Associação dos Magistrados Brasileiros fez um levantamento que demonstra o descrédito das instituições que em 18 anos e meio, o Supremo Tribunal Federal (STF) abriu 130 processos criminais contra autoridades que têm foro privilegiado, e ninguém foi condenado. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), criado em 1989, foram abertas 483 ações penais, mas só cinco pessoas foram condenadas.

"Entre 2003 e 2009 foram iniciadas 172 ações penais contra autoridades com foro diferenciado por prerrogativa de função no STF, sendo que 46 delas foram rejeitadas liminarmente pelo tribunal, 9 julgadas improcedentes de plano e, além disso, nenhuma condenação havia ocorrido até janeiro de 2009. (O Estado de S. Paulo de 3/1/09, p. A6)

Em 2010 e 2011 ocorreram as cinco primeiras condenações no STF de pessoas com foro privilegiado desde a Constituição Federal de 1988. O primeiro caso foi o do deputado José Geraldo, por crime de responsabilidade, que condenado a dois anos e dois meses de prisão em regime aberto, teve pena convertida no pagamento de cinquenta salários mínimos e prestação de serviços à comunidade. "Uma semana depois foi condenado o deputado federal Cassio Taniguchi por mau uso de dinheiro público, o qual não teve que cumprir pena devido à prescrição do crime."

No ordenamento jurídico brasileiro, a presença do foro privilegiado, em nosso entendimento, representa uma lástima na busca por uma justiça plena e não seletiva, na qual se punem apenas negros e pobres. Dados mostram que os processos direcionados ao STF em decorrência do foro privilegiado não chegam a sequer ter o mérito analisado. Assim, espera-se que, com a aprovação da PEC 470/05, haja o fim da figura do foro privilegiado, mantendo-se a prerrogativa de foro aos crimes de responsabilidade, excluindo-a quanto aos crimes comuns.

Outro alternativa proposta nesse trabalho, além das propostas apresentadas pelo Ministério Público, a fim de minimizar as causas da corrupção é o conhecido quinto constitucional, previsto no Artigo 94 da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo um dispositivo que prevê que 1/5 (um quinto, ou seja, 20%) dos membros de determinados tribunais brasileiros - quais sejam, Tribunais de Justiça estaduais, do Distrito Federal, dos Territórios, TRF, TST e TRT sejam compostos por advogados e membros do Ministério Público.

Subtende-se que a *ratio legis* da finalidade do dispositivo do art. 94 seria num primeiro momento arejar o Poder Judiciário em suas instâncias superiores com profissionais que já atuaram em áreas no todo distintas da magistratura é democratizar o Poder Judiciário, mas o que constatamos de fato na realidade brasileira é um total tráfico de influência, onde interesses os mais variados tentam predominar é que a busca por uma vaga nos tribunais transformou-se em disputa eleitoral.

Entendemos que o quinto constitucional previsto no art. 94 para composição dos tribunais para exercer função típica jurisdicional, prerrogativa do Poder Judiciário, fere o princípio da indelegabilidade de atribuições típicas dos Poderes, que excepcionalmente é permitido quando houver expressa previsão no Texto Constitucional, mas de funções atípicas e de natureza transitória.

Nesse sentido, posiciona-se também Lenza¹¹⁵ (2012, p.705):

¹¹⁵ LENZA, Pedro. Direito constitucional Esquematizado. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

As garantias atribuídas ao Judiciário assumem importantíssimo papel no cenário da tripartição de Poderes, assegurando a independência desse órgão, que poderá decidir livremente, sem se abalar com qualquer tipo de pressão que venha dos outros Poderes.

Portanto na busca de soluções para o objetivo desse trabalho que pontualmente avaliar o Impacto da Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção) na probidade administrativa, de forma a verificar as possibilidades de redução da improbidade, tendo o zelo específico de verificar os pontos de contato e convergências da lei anticorrupção e a Lei de Improbidade Administrativa.

Ressaltamos que as ideias aqui delineadas não constituem a solução de todos os problemas relacionados à corrupção na política e suas formas de controle. Mas são contribuições para que possamos, paulatinamente, avançar e encontrar ferramentas e caminhos que propiciem maior eficiência e eficácia no controle e prevenção desse fato social altamente prejudicial para o alcance do Estado Social Democrático de Direito.

É latente a constatação de que a corrupção política traz malefícios inestimáveis para a concretização dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos, concluímos que não há fórmulas predefinidas sobre qual o caminho a seguir, mas que se faz necessário pensar em reformas para as nossas instituições jurídico-políticas e de controle para um maior controle desse fenômeno social, abrindo também a possibilidade de maiores discussões no meio acadêmico, tudo para estimular a modificação do *status quo*.

Diante dos problemas identificados e de acordo com os resultados das leituras e pesquisas realizadas, deixamos, como contribuição, uma enumeração de ideias complementares que entendemos importantes para o enfrentamento da questão da corrupção política:

As auditorias de obras públicas, por exemplo, realizadas continuamente pelo TCU, para que os recursos retornem aos cofres públicos; sorteios de municípios, realizados pela Controladoria-Geral da União que se gera uma expectativa de controle; identificar vulnerabilidades nos controles formais tradicionais e incrementar os controles preventivos; buscar melhor integração e cooperação entre

os órgãos de controle repensar os sigilos bancário e fiscal dos agentes públicos, aí incluídos os políticos; encontrar mecanismos para agilizar o ritmo processual de processos de improbidade administrativa junto ao Judiciário; implantar o financiamento público das campanhas eleitorais; implementar mecanismos que incrementem o controle social; aumentar a transparência dos gastos públicos, tanto para o governo federal, quanto para os governos estaduais e municipais; tornar mais rígida a legislação eleitoral, em especial a Lei Complementar nº 64/1990 (Lei de Inelegibilidades).

Temos plena consciência de que a presente dissertação não esgotou o tema, ao contrário abriu um leque de questões a serem respondidas. Questões de direito comparado, tais como: modos de atuação dos órgãos de controle de outros países para o combate e prevenção da corrupção política; efetividade dos normativos legais que tratam da matéria; boas práticas no combate à corrupção, estão fora do alvo do presente trabalho, mas desde já inspiram curiosidade para a feitura de trabalhos posteriores.

Finalmente, considerando todo o aprendizado, considerando a atualidade das questões tratadas, considerando a gravidade do fenômeno social da corrupção política, e mesmo diante da advertência de Luhmann¹¹⁶ de que a corrupção é uma imperfeição da natureza humana, somos otimistas e acreditamos no Brasil, na força do seu povo, nas suas instituições, que devem, é claro, repensar continuamente suas formas de atuação para obter maior eficiência.

¹¹⁶ “El riesgo de un conocimiento y una voluntad tan extrapolados (capaz de equivocarse o apartarse) se hizo visible, en general, en la corrupción o, más precisamente, en la imperfección de la naturaleza humana.” (LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 30-31.)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: UNESP, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia, a política e as lições dos clássicos*. São Paulo: Campus, 2006.

BIBLIA. Português. Bíblia sagrada. Tradução: Centro Bíblico Católico. 34. ed rev. São Paulo: Ave Maria, 1982.

BUGALHO, Gustavo Russignoli. *Improbidade administrativa: comentários à lei n° 8.429*. Leme: JH Mizuno, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Disponível em: <<http://scholar.google.com.br>>. Acesso em: 17/07/2015

CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Que devo fazer? A filosofia moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal* (Comentários à Lei 9.784, de 29/1/1999). 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, da Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Código Civil, lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Código de Defesa do Consumidor , lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CORTINA, Adela. *Ética*. São Paulo: Edições Loyola, 2005

COSTA, José Armando da. *Contorno Jurídico da improbidade administrativa*. 2ª ed. rev. e amp. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade-efetividade. Tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007.

DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático de direito civil*. São Paulo: Atlas 2012.

Entenda o caso *lavajato.mpf.mp.br*. Visitado em: março 2015.

Ética: Problemas e Propostas. Tradução Mário Mascherpe e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. *Crimes contra o meio ambiente - responsabilidade e sanção penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

HARE, Richard Mervyn. *Ética: Problemas e Propostas*. Tradução Mário Mascherpe e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: Editora UNESP.

HAGE, Jorge. Lei Anticorrupção vai mudar a atitude do empresariado brasileiro. *Carta Capital*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/lei-anticorruptao-vai-mudar-atitude-e-mentalidade-do-empresariado-brasileiro201d-2906.html>>. acessado em: julho 2015.

<http://www.conjur.com.br/2013-ago-06/direito-defesa-lei-anticorruptao-estimular-compliance>. acessado em: julho 2015.

<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/utc-procura-governo-para-firmar-acordo-de-leniencia>. acessado em: julho 15.

<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/10650>. acessado em: julho 15.

<http://www.contasabertas.com.br/website/wp-content/uploads/2015/02/Representa%C3%A7%C3%A3o-J%C3%BAlio-Marcelo-Lei-Anticorrupt%C3%A7%C3%A3o-1.pdf>. acessado em: julho 15.

<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/lobista-da-sbm-fecha-acordo-de-delacao-premiada>. acessado em: julho 15

<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/10650>. acessado em: julho 15.

<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/189683/Moro-defende-acordo-de-leni%C3%A7%C3%A3o-para-protger-empregos.htm>. Acessado em: julho 15.

<http://ep00.epimg.net/descargables/2014/12/03/f3fcab2c1a35159bac4b6a7fa717cef3.pdf>. acessado em: julho 15.

<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/847/noticias/o-custo-da-corrupcao-m0056706>. acessado em: julho 15

<http://www.metrojornal.com.br/nacional/brasil/justica-brasileira-tem-668-milhoes-de-aco-es-acumuladas-129405>. acessado em: julho 15.

<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/847/noticias/o-custo-da-corrupcao-m0056706>. acessado em: julho 15.

<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/847/noticias/o-custo-da-corrupcao-m0056706>. acessado em: julho 15

<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1605688-pacote-do-mpf-quer-aumentar-pena-e-tornar-corrupcao-crime-hediondo.shtml>. acessado em: julho 15

http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2015/07/15/internas_polbraeco,490386/investigacao-da-lava-jato-chega-ao-coracao-do-congresso.shtml. acessado em: julho 15.

<http://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/112267094/entrevista-desembargador-comenta-a-corrupcao-como-crime-hediondo>. acessado em: julho 15.

<http://www.istoe.com.br/assuntos/semana/detalhe/413615>. acessado em: julho 15.
<http://oglobo.globo.com/brasil/camara-derrota-dilma-aprova-pec-da-bengala-15505985>. Acessado em julho 2015.

<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/em-2016-pt-tera-indicado-10-dos-11-ministros-do-stf/>. acessado em: julho 2015.

http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2015/05/07/reguffe-defende-concurso-publico-para-ministros-do-stf-stj-e-tcu?utm_source=midias-sociais&utm_medium=midias-sociais&utm_campaign=midias-sociais. acessado em: abril 2015.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10567>>. Acessado em: janeiro 2010

<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-corrupcao-nao-e-um-problema-de-um-partido-ou-de-um-governo-diz-procurador-da-lava-jato>. acessado em: agosto 2015.

<http://infograficos.estadao.com.br/public/politica/operacao-lava-jato/esquema/>. acessado em agosto 2015.

<http://infograficos.estadao.com.br/public/politica/operacao-lava-jato/politicos/>. acessado em: agosto 2015.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2832494.NUME.+OU+32494.DMS.%29%28%28CELSO+DE+MELLO%29.NORL.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.NPRO.+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29.DMS.%29%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/oew83r5>. Acessado em agosto 2015

JALORETO, Jair. Advogados alertam para efeito inverso de lei anticorrupção. Em *Consultor Jurídico*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-19/especialistas-alertam-risco-lei-anticorrupcao-efeito-inverso>. acessado em: abril 2015.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2008.

KLITGAARD, Robert E. *A corrupção sobre controle*. Tradução de Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

Lei Ordinária nº 12.846/2013 em 02 de agosto de 2013.

Lei da Concorrência, lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Lei do Sistema Financeiro, lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Luciana Lima, Mel Bleil Gallo, Vasconcelo Quadros e David Shalom (6 de março de 2015). Lava Jato: confira a lista de políticos envolvidos em escândalo iG. Visitado em 10/03/2015.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. México: Anthropos; Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

TURISMO, Conferência Nacional do Comércio de Bens, Serviços. CNC, Manual sobre a Lei Anticorrupção – lei 12.846/2013 como as empresas devem se prevenir das sanções previstas por esta lei – o Programa de Compliance.

LAKATOS, Eva M. e MARCONI, Marina A. *Técnicas de pesquisa*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LEMONS JÚNIOR, Arthur. Nova lei anticorrupção. *Carta Capital*. Disponível em: www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-serapiao/201ce-mais-uma-ferramenta-para-combater-a-criminalidade-economica-organizada201d-diz-promotor-826.html. Acessado em: julho 2015.

MACHADO, Fernando Moreno. *As sanções administrativas da lei de licitações e a desconsideração da personalidade jurídica*. Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil*. São Paulo: Saint Paul, 2008.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92*. 3ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos: Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Editora. Medeiros, 38º ed. 2012;

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiro, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10ª Ed., São Paulo: Atlas, 2000.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 2012.

MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. *Processo administrativo. Lei nº 9784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDEIROS, João Bosco. *Redação científica: a prática de fichamentos, resumos, resenhas*. São Paulo: Atlas, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 1998.

PENA, Eduardo Chemale Selistre. Punição às empresas é diferencial da Lei Anticorrupção. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-26/eduardo-pena-punicao-empresas-diferencial-lei-anticorruptao>. Acessado em: abril 2015.

PINTO, João Otávio Torelli. Responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, Direito Penal para que? *Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA)*, v. 1, n. 1, 2014.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. Lei anticorrupção, origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS JÚNIOR, Belisário; Pardini, Isabella Leal. Lei Anticorrupção gera Incertezas, mas Consolida a Necessidade do Compliance. *Interesse Nacional*, ano 6, n. 24, jan-março 2014. Disponível em: <http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/lei-anticorruptao-gera-incertezas-mas-consolida-a-necessidade-do-compliance/>. Acessado em: maio 2015.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, E. L e MENEZES, E. M. Metodologia da Pesquisa e Elaboração de Dissertação. Florianópolis: UFSC, 2001.

SELHORST, Fábio. Lei Anticorrupção reforça importância do compliance. Em *Consultor Jurídico*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-21/fabio-selhorst-lei-anticorruptao-reforca-importancia-compliance>. acessado em: 17/05/2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. REsp 876886/MG. Ministro HERMAN BENJAMIN. Brasília, DF, 25/05/2010. DJe 16/09/2010. Acessado em 13/08/2015.

TIEDEMANN, Claus. Responsabilidade penal de las personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 11, 1995.

SELISTRE PEÑA, Eduardo Chemale. Punição às empresas é diferencial da Lei Anticorrupção. <http://www.conjur.com.br/2013-set-26/eduardo-pena-punicao-empresas-diferencial-lei-anticorruptao>. Acesso em: 17/079/2015.

SOBRE, MANUAL A LEI ANTICORRUPÇÃO – LEI 12.846/2013 COMO AS EMPRESAS DEVEM SE PREVENIR DAS SANÇÕES PREVISTAS POR ESTA LEI – O PROGRAMA DE COMPLIANCE, Conferência Nacional do Comércio, de bens e serviços e Turismo.

SOUSA, Luís de. Corrupção. Lisboa: FFMS, 2011.

170 ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA DROGAS E CRIMES. Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. In: GOVERNANÇA E ANTICORRUPÇÃO. Disponível em: http://www.unodc.org/brazil/pt/programasglobais_corruptao_publicacoes.html>A cessado em: ago 2008.

172 INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA, PESQUISA E ESTATÍSTICA. Corrupção na Política: Eleitor Vítima ou Cúmplice. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA, 2, 2006, LOCAL. Disponível em: http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=3&proj=PortalIBOPE&pub=T&nome=pesquisa_opp_2006&db=caldb>. Acessado em: ago. 2008.